

УНИВЕРЗИТЕТ „ГОЦЕ ДЕЛЧЕВ” - ШТИП
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ
GOCE DELCHEV UNIVERSITY IN SHTIP, FACULTY OF LAW
УНИВЕРСИТЕТ ИМ. ГОЦЕ ДЕЛЧЕВА, ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

СЕДМА МЕЃУНАРОДНА
НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА
SEVENTH INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE
СЕДЬМОЙ 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, 2020
SHTIP, 2020

**УНИВЕРЗИТЕТ „ГОЦЕ ДЕЛЧЕВ“ – ШТИП
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ**



СЕДМА МЕЃУНАРОДНА КОНФЕРЕНЦИЈА

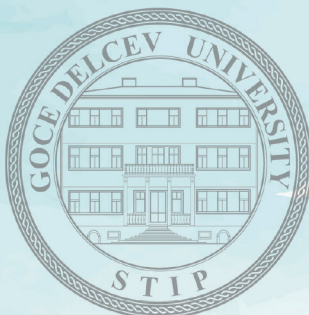
**ОПШТЕСТВЕНИТЕ ПРОМЕНИ ВО
ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ**

ЗБОРНИК НА ТРУДОВИ

**GOCE DELCHEV UNIVERSITY - SHKOPJE
FACULTY OF LAW**

**ШТИП, 2020
SHTIP, 2020**

GOCE DELCHEV UNIVERSITY IN SHTIP
FACULTY OF LAW
Republic of North Macedonia



SEVENTH INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE

SOCIAL CHANGES IN THE GLOBAL WORLD

PROCEEDINGS



Shtip, 2020

**УНИВЕРСИТЕТ ИМ. ГОЦЕ ДЕЛЧЕВА
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ ШТИП
Республика С. Македония**



СЕДЬМОЙ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

СОЦИАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ

СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ



Штип, 2020

Seventh International Scientific Conference: SOCIAL CHANGES IN THE GLOBAL WORLD
© 2018 Copyright Goce Delchev University in Shtip, Republic of North Macedonia.
Address: Goce Delchev University, Shtip, Faculty of Law,
ul. Krste Misirkov bb, PO box 201, 2000, Shtip, R. N. Macedonia.
www.ugd.edu.mk

Печати / Print Универзитет „Гоце Делчев,,- Штип / University "Goce Delchev" - Shtip

Уредник: Милица Шутова, Јорданка Галева, Наташа Донева

Технички уредник: Кире Зафиров

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

32(062)

34(062)

МЕЃУНАРОДНА конференција "Општествените промени во
глобалниот свет" (7 ;2020 ; Штип)
Општествените промени во глобалниот свет : [политика, правници] :
зборник на трудови : [Штип, 3-4 Септември, 2020] / Седма
меѓународна конференција. - Штип : Универзитет "Гоце Делчев",
Правен факултет, 2020. - [762] стр. : илустр. ; 23 см

Фусноти кон текстот. - Библиографија кон трудовите

ISBN 978-608-244-778-0

а) Политика -- Собири б) Право -- Собири

COBISS.MK-ID 52580869

- 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 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

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

Jordanka Galeva PhD, Faculty of Law, Goce Delchev University, Shtip, Republic of North Macedonia, jordanka.galeva@ugd.edu.mk

Natasa Doneva LL.M, Faculty of Law, Goce Delchev University, Shtip, Republic of North Macedonia, natasa.doneva@ugd.edu.mk

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 Delchev 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 Delchev University in Shtip, Macedonia, andon.majhosev@ugd.edu.mk

Belul Beqaj PhD, University of Business and Technology, Department of Political Science, Prishtina, Kosovo, belul.beqaj@gmail.com

Borka Tushevska PhD, Faculty of Law, Goce Delchev 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 Delchev 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 Delchev"- 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 Delchev University in Shtip, Macedonia, kristina.miseva@ugd.edu.mk

Kristine Whitnabe PhD, Faculty of Law, Goce Delchev University in Shtip, Macedonia, kristine.whitnabe@ugd.edu.mk

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

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

Naser Ademi PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia, dr.naserademi@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 Koshevaliska PhD, University "Goce Delchev"- Shtip, Faculty of Law, Macedonia, olga.kosevaliska@ugd.edu.mk

Ruzica Simic Banovic, PhD, Assistant Professor, 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@g.ail.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 Delchev 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

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

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	15
Valdis Bluzma UNIFICATION VS. LOCAL AUTONOMY: EVOLUTION OF LAW IN BALTIC PROVINCES UNDER RULE OF THE GREAT POWERS IN 16TH – 19TH CENTURY	17
Vanda Božić, Suzana Dimić, Mirjana Đukić TAX CRIMINAL OFFENSES AS A HIGH DEGREE OF THREAT FOR MONEY LOUNDERING	41
Natalia Butusova RESPONSIBLE STATE AND CONSTITUTIONAL REFORMING (ON THE EXAMPLE OF RUSSIA)	57
Iliya Vasilev WHAT IS THE “FAIRNESS” IN CASE OF APPLYING FOR THE RETROACTIVE THERAPEUTIC USE EXEMPTION IN SPORTS	83
Dejan Vitanski DETERMINATION OF THE MATERIAL TRUTH IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE	97
Jadranka Denkova, Andon Majhosev, Strasko Stojanovski ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF THE ADMINISTRATIVE DISPUTE IN THE MACEDONIAN LEGAL SISTEM	113
Darko Dimovski, Misha Vujčić, Milan Jovanović HATE CRIME – CRIMINOLOGICAL AND LEGAL ASPECTS	127
Madalina Dinu COMPARATIVE ANALYSIS OF THE GROUNDS LEADING TO THE DISSOLUTION OF MARRIAGE WITHIN DIFFERENT EUROPEAN LAWS	143
Toni Gjorgiev, Goce Stoilovski THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN CASE OF BIOLOGICAL WAR	151
Dijana Gorgieva, Emilija Gorgioska, Zorica Stoileva FOR THE NEED OF A SCIENTIFIC DEVELOPMENT OF THE EUROPEAN CIVIL PROCEDURE LAW	165
Zametina Tamara Vladimirovna, Kombarova Elena Valerievna CONSTITUTIONAL REFORM AND IMPROVEMENT OF THE PUBLIC POWER SYSTEM IN RUSSIA	181
Risto Ilioski LEGAL NATURE ON THE RIGHT TO COMPULSORY PORTION, SPECIFICS	203
Ivica Josifovik, Igor Kambovski ARTICLE 50 OF THE TREATY ON EUROPEAN UNION VIS-A-VIS THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION	215

Miro Katić CONCEPTUAL DEFINITION OF VICTIM AND THE RELATIONSHIP OF INTERNATIONAL LAW TO VICTIMS	231
Olga Koshevaliska, Elena Maksimova, Lazar Naney CRIMINAL OBSERVATION OF THE CONSEQUENCES OF THE EUROPEAN MIGRANT CRISIS	251
Sami Mehmeti THE 19TH CENTURY GERMAN LEGAL SCIENCE AND ITS CONTRIBUTION TO CONTEMPORARY PRIVATE LAW	269
Michaela Moravčíková REGISTRATION OF CHURCHES AND RELIGIOUS SOCIETIES, REFUSAL OF REGISTRATION AND CANCELLATION OF REGISTRATION IN CONNECTION WITH THE FIGHT AGAINST RADICALISM AND EXTREMISM	283
Edita Naskovska NEW LAW ON MISDEMEANOURS -EFFICIENT JUDICIAL PROTECTION.....	297
Božidar Otašević, Saša Atanasov, Dejan Labović PREVALENCE OF ILLEGAL LABORATORIES FOR MARIJUANA PRODUCTION IN SERBIA	315
Danijela Petrović THE ROLE OF EXPERT WITNESSES IN COMPENSATION OF NON – PECUNIARY DAMAGE PROCEEDINGS IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA	331
Olga Porotikova THE CONCEPT OF OBLIGATION	347
Angel Ristov, Dejan Mickovikj GRATITUDE GROWS OLD VERY QUICKLY (OB INGRATITUDINEM).....	361
Aleksandra Rogleva PREVENTING CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENTS IN DOMESTIC LEGAL SYSTEM	379
Aleksandra Rogleva, Elena Maksimova PREVENTING CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENTS IN DOMESTIC LEGAL SYSTEM	397
Zorica Siljanovska, Krume Dzikoski THE ACTUAL STATE IN THE REGULATION OF THE NATIONAL NATURAL GAS MARKET	413
Stanka Stjepanović COMPENSATION OF DAMAGE CAUSED BY BEARS THROUGH THE PRISM OF COURT PRACTICE.....	429
Biljana Todorova THE IMPACT OF THE ENVIRONMENTAL TRANSITION ON WORKPLACE	445
Borka Tushevska Gavrilovikj, Violeta Sakleva SYSTEMS OF CONTROL IN PUBLIC PROCUREMENT WITH SPECIAL REVIEW ON PREVIOUS (EX-ANTE) PROCEDURE	459

Sejdefa Dzafce ENVIRONMENTAL TAXES AS INSTRUMENTS IN THE ENVIRONMENTAL PROTECTION POLICY OF THE EUROPEAN UNION – SPECIAL EMPHASIS ON THE ECOLOGICAL COMPONENT DURING TAXATION OF MOTOR VEHICLES	487
POLITICS	503
Nikola Ambarkov THE COMPOSITION OF THE MAIN ELECTION BODIES IN THE COUNTRIES OF THE FORMER SFRY	505
Nikolai Baranov “DIGITAL PANOPTICON” AS AN OBJECTIVE REALITY OF THE GLOBAL WORLD	529
Ivanka Vasilevska, Sinisa Ivanovski THE ENLIGHTENED ABSOLUTISM IN WESTERN EUROPE SOCIETY	545
Jordanka Galeva GEOPOLITICAL ASPECT OF DEFENCE POLICY AND THE MILITARY FORCES OF ISRAEL, SINGAPORE AND REPUBLIC OF MACEDONIA	557
Alexandra Glukhova CIVIL AGENDA IN RUSSIA AND THE POLITICAL REGIME RESTRICTIONS	579
Nikolai Grishin, Anna Maria R. Leenders INTERNATIONAL NGOS AS ACTORS OF ELECTORAL GOVERNANCE.....	597
Ana Nikodinovska Krstevska ILLEGAL MIGRATION, REPUBLIC OF MACEDONIA AND THE EUROPEAN UNION: SOME OBSERVATIONS ON THE READMISSION AGREEMENT	605
Fiammetta Ricci SHARP POWER AND DIGITAL SURVEILLANCE: THE NEW COGNITIVE WAR	619
SOCIETY.....	631
Marin Beroš ON HOSPITALITY (AFTER THE CRISIS)	633
Irena Avirovikj Bundalevska, Martin Ivanov CHALLENGES OF MIGRANT FAMILIES FROM EASTERN MACEDONIA	643
Negrov Evgeny Olegovich MECHANISMS OF YOUTH POLITICAL COMMUNICATION IN VIRTUAL SPACE AND ITS IMPACT ON POLITICAL SUSTAINABILITY: "A THING-IN-ITSELF" OR A FACTOR OF STABILITY?.....	665
Radomir Stojanović THE SOCIAL ESSENCE OF LAW AND POLITICS	685

Makedonka Radulovic, Sanja Mishevska HARACTERISTICS OF THE FAMILY MODELS IN URBAN AND RURAL AREAS	693
Slavejko Sasajkovski THE PAPIISM OF FANAR AND THE AUTOCEPHALITY OF THE MACEDONIAN ORTHODOX CHURCH – ARCHDIOCESE OF	713
Strashko Stojanovski, Limonka Kocева Lazarova, Biljana Todorova HIGER EDUCATION POLICIES:PROBABILITY OF HEIGHT SCHOOL STUDENTS FOR CONTINUED STUDDING ON UNIVERSITIES	729
MEDIA AND COMUNICATIONS.....	757
Andon Majhoshev, Jordanka Galeva, Iskra Koroveshoska, Jadranka Denkova PERCEPTION OF FREEDOM OF EXPRESSION OF MEDIA WORKERS IN THE EASTERN REGION OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA	759

LAW

UNIFICATION VS. LOCAL AUTONOMY: EVOLUTION OF LAW IN BALTIC PROVINCES UNDER RULE OF THE GREAT POWERS IN 16TH – 19TH CENTURY

Valdis Blūzma

Dr. hist., Professor

Turība University (Riga, Latvia)

Email;valdisbl@yahoo.com

Abstract

The impact of policies pursued by the neighbouring great powers on the evolution of law in the Baltic provinces in the 16th – 19th centuries is a little-studied topic of legal history. Although a number of studies of Estonian, Latvian, Finnish, German, Russian, English, and American scholars have been published in recent decades that touch upon various aspects of this topic, there is still no general analysis of the factors that caused the transition of policy of Polish-Lithuanian Commonwealth, Kingdom of Sweden and Russian Empire from the principle of preserving the administrative and legal autonomy of the Baltic provinces to a gradual unification of their administrative and legal system. The comparison of legal policy of these great powers in Baltic provinces facilitate the better understanding of the common features and differences of legal policies implemented by these states in Baltic region. The author concludes that the promises made by rulers of the great powers to observe and protect previous laws of newly acquired Baltic provinces slowed down the further development of these territories in the field of law, which became especially clear in the 19th century, when the Russian government began to extend the force of its modern laws to the Baltic governorates. The new national states, which were founded in 1918 in place of the former Baltic governorates - Latvia and Estonia - were not bound by the promises to respect the previous law and were able to abolish the privileges of Baltic German nobility and modernize law by eliminating territorial particularism.

***Keywords:** Baltic provinces, administrative autonomy, legal autonomy, local law, unification of law, majesty clause*

Introduction

This article is devoted to the analysis of the struggle between two trends in policy of the great powers in relation to legal autonomy of Baltic provinces (territory of modern time Latvia and Estonia) in 16th – 19th centuries. The first of these trends was the preservation of the local law, which was in effect at time when territories of the Baltic provinces were included into the empires of the neighbouring great powers, but the second trend may be characterized as a gradual unification, i.e. attempts, more or less successful, to replace the local law by law of great power.

History of European states in early period of modern history (1500 – 1815) is marked by large number of armed conflicts, which were often generated by the imperialistic aspirations of powerful states to seize new territories, obtaining new natural resources, prospective trade routes, the infrastructure of the conquered territories, and their population as new human resources. The annexation of new territories required the settlement of different legal issues both the delimitation of the new borders of the victorious state in a peace treaty with the defeated state, and also issues of administrative system at newly acquired territory, official language of its local administrative and judicial bodies, freedom of religion for new subjects of victorious state, applying of previous laws and customs, warranties for the former rights of subjects and privileges of nobility and burghers.

For Livonia (confederation (*Staatenbund*) of five ecclesiastical states established in 13th century as a result of crusade from Holy Roman Empire in territory of modern Estonia and Latvia) these issues became actual in the middle of 16th century because it was not able to repel the military offensive launched by Tsar of Russia Ivan IV after the declaration of war against Livonia in 1558. In order to avoid the conquest of the country by despotic Ivan the Terrible and not having any military support from the decentralized Holy Roman Empire, the rulers of different parts of Livonia decided to submit voluntarily to the neighbouring states – Grand Duchy of Lithuania and Kingdom of Sweden in order to protect the territory of country from Russian invasion.

1. Legal policy of Poland-Lithuania in Livonian province in 16th – 17th centuries

On 28th of November 1561 in Vilnius (Wilno) King of Poland and Grand Duke of Lithuania Sigismund II Augustus and last Master of Livonian Order Gotthard Kettler signed a Pact of Subjection (*Pacta subiectionis*).¹ By this treaty Livonian Confederation was liquidated, and in the southern part of its territory the secular vassal state – Duchy of Courland and Semigallia (usually named as Duchy of Courland) was established under supreme power (*dominium directum*) of Polish king and Grand Duke of Lithuania as overlord. Gotthard Kettler became the first Duke of Courland with the dynastic right of his male descendants to hereditary fief of the Duchy of Courland.²

The northern part of the Livonian Confederation over the Daugava River was transferred under the direct authority of the Polish king and the Grand Duke of

¹ See original Latin text of Treaty of Vilnius in: Dogiel, M., *Codex Diplomaticus Regni Poloniae et Magni Ducatus Lituaniae*, Tomus V, Vilnae, MDCCLIX, Doc. CXXXVIII, pp. 238 – 243; Ziegenhorn von, Ch., *Staatsrecht der Herzogtümer Curland und Semigallen*, J.J.Kanter, Königsberg, 1772, pp. 51 -56.

² Евстратьев, О., *Курляндское герцогство в политической системе Речи Посполитой (вторая половина XVI - конец XVIII вв.)*, Беларускі гісторычны зборнік, No. 47, 2017, pp. 45 – 47.

Lithuania and received the name of the Livonian province and the title of Trans-Daugava Principality (*Ducatus Ultradunensis*). However, Baltic German knighthood of the northern part of modern time Estonia and burghers of Reval (now Tallinn) decided to submit to the authority of Sweden in June of 1561,³ but the Polish king did not recognize the legitimacy of this act in Pact of Subjection considering that he had the exclusive rights on all the territory of Livonian Confederation because Master of Livonian Order and bishops of Livonian bishoprics recognised his authority.

The Pact of Subjection contained the obligation of Polish king do not obstruct the freedom of the Lutheran church in Livonian province, as well as, to observe the rights, freedoms and privileges of the nobility and clergy. A readiness to recognize “jurisdiction in general according to ancient laws, customs and habits” was also declared in this treaty by the ruler of Poland and Lithuania manifesting legal autonomy for Livonian province. Pact of Subjection also stipulated principle of *Ius indigenatus* (right of local birth – Lat.) for Livonian province, declaring that the local offices would continue to be “reserved only to people of German descent and language and certainly to the locals”.

However, the treaty contained a reservation that the privileges of Livonian Germans for office would be fully recognized only after the Livonian War, until then Poles or Lithuanians, or people of other nationalities who had proved their courage, trust and loyalty to ruler of Poland and Lithuania could become administrators of castles and fortresses. The next Polish rulers did not keep this promise. Sejm constitutions (legislative acts issued by Diet of Polish-Lithuanian Commonwealth) of 1589 prescribed that only Poles or Lithuanians could be the administrators of *starosties* (local territorial administrative units of Polish-Lithuanian Commonwealth) in Livonian province⁴ which after Lublin Union of 1569 became a condominium of both Kingdom of Poland and Grand Duchy of Lithuania.

Simultaneously with Pact of Subjection Sigismund II Augustus also approved Privilege for knighthood of Livonian Order “*Privilegium Sigismundi Augusti*”⁵ in which the request for a new codification of Livonian law by vassals of the Livonian Order was included asking that “certain and general provincial laws be drawn up we therefore ask you again and again to appoint certain men who know the laws so that they may collect and put in place such draft provincial laws and, once all the Livonian estates have agreed to it, bring them before Your Saint Royal Majesty to review, approve and promulgate it.”

³ Dogiel M., *op. cit.*, Doc. CXXXVII, pp. 236 – 238; Russow, B., *Chronica der Prowintz Lyfflandt*, Bart, s.l., 1584, pp. 64 – 66; Rusovs, B., *Livonijas kronika*, Aka, Grand Haven, 1976, pp. 88 – 90.

⁴ See original Polish text of Sejm constitutions of 1589 in: *Volumina Legum*. Przedruk zbioru praw staraniem XX. pijarów w Warszawie, od roku 1732 do roku 1782, wydanego. Tom II, *J. Ohryzko*, Petersburg, 1859, pp. 277 – 280.

⁵ See original Latin text of *Privilegium Sigismundi Augusti* in: Dogiel, M., *op. cit.*, Doc. CXXXIX, pp. 243 – 248.

However, it took a long time before such permission of a codification of local law was given to Livonian province. There was an attempt in Sejm constitutions of 1589 to transplant a foreign law in Livonia - Magdeburg law for cities and Saxon law for rural regions which were unknown in Livonia but were applied in Poland. This attempt to unify Livonian law with Polish law proved unsuccessful, as it caused outrage among the Livonian Germans, because it clearly contradicted to the privilege granted to Livonia by the Polish king's acts of 1561 and 1566⁶ to draw up a code of law from ancient laws of the province.⁷ In 1598, Livonian province was finally allowed to codify its laws. Following an agreement reached by a commission sent by Polish king Sigismund III Vasa with the nobility of Livonian province, the work of editing of the codification was assigned in March 1599 to David Hilchen, a prominent lawyer from Riga. In five months, David Hilchen drafted a project entitled “Livonian Land Laws and Constitutions” (*Liefländische Landt-Rechte und Constitutiones*). However, the final reviewing and approving of this draft-code was postponed from Warsaw Sejm of 1600 to the next Sejm, but Sigismund III allowed provisional applying of it.⁸ The outbreak of the Polish-Swedish war in 1600 prevented the completion of the procedure for the entry into force of this draft-code which never came in effect, but it was applied in Livonian province in early years of 17th century as judges and notaries of voivodship's courts received an instruction to decide disputes “according to the new land law”.⁹

After the unsuccessful outcome of the war, Poland was forced to hand over most of the Livonian province with its capital Riga to Sweden, retaining by the terms of the Olive Peace Treaty (1660) only a smaller south-eastern part of the Livonian province under its power known as Polish Inflanty¹⁰ (now Latgale region in eastern part of Latvia).¹¹ After regaining of its territory from Russia in 1667, Poland actively stimulated the polonization and recatolization of privileged estates. The Ordinance of Duchy of Inflanty which was issued by Polish Sejm in 1677 stated that henceforth in the territory of the Duchy of Inflanty (this title of Inflanty Voivodeship was established in 1677) the laws adopted by Sejm and the Statute of the Grand Duchy of Lithuania (the 3rd edition, issued in 1588) must be applied by local authorities and courts.¹² Consequently, the previous laws from times of the Livonian Confederation and draft-code by Hilchen became invalid. Thus, by this act of unification of law Inflanty or Polish Livonia lost its legal autonomy and was included into legal space of Lithuania.

2. Local and Swedish law in Swedish Livonia (17th century – early 18th century)

A similar trend from the recognition of the autonomy of local law to the gradual unification of law by extending the application of law of great power was also seen in those regions of previous Livonian Confederation which in the 16th and 17th centuries

¹² See original Polish text of ordinance “*Ordynacya Xięstwa Inflanckiego*” in: *Volumina Legum*, T. V, J. Ohryzko, Petersburg, 1860, p. 237.

came under Swedish rule. The first attempt on unification of law was made already in 1600 - 1601, when the Swedish regent, Duke Karl of Södermanland, proposed to the nobility of the Estonian, as well as, Livonian province, which had just been conquered by Swedish army, to adopt Swedish land laws. However, the nobility of both provinces rejected this proposal, noting that they want to keep their local laws forever.¹³

It should be noted, however, that Swedish kings recognised in general terms the earlier rights, freedoms and privileges of knighthood and landed gentry, as well as, burghers including the right to their property and possessions. The first General Confirmation to Livonian nobility rights and privileges was given by Gustav II Adolph in 1629,¹⁴ but privileges and rights of Riga burghers were confirmed in so called *Corpus privilegiorum Gustavianum* in 1621.¹⁵

After strengthening of Swedish administration in Livonian province (now southern Estonia and central region of Latvia) in twenties of 17th century Swedish law was prescribed as a subsidiary source of law in Swedish Livonia by Royal ordinance on establishing of High Court for Livonia (*Königliche Hofgerichtsordnung für Livland*) of 6th September 1630.¹⁶ In 1709, Swedish land law (*Landslag*, 1608) and city law (*Stadtslag*, 1618) were translated into German and published in Riga to make them more comprehensible to lawyers and judiciary in Swedish Livonia.¹⁷ The Baltic Germans, however, considered that the force of the of supplementary law must be recognised to the modern use of Roman law (*usus modernus pandectarum, heutiges römisches Recht*) as it was in judicial practice from the last period of Livonian Confederation.¹⁸ This discrepancy between procedure law regulations of Swedish Livonia and judicial practice of local courts has been noted by Finnish legal historian Heikki Pihlajamäki, who pointed out that Swedish law had been

¹³ *Историческія свѣденія об основаніях и ходѣ мѣстнаго законодательства губерній Остзейскихъ*, pp. 140, 161 - 162.

¹⁴ Schwedisch-Königliche Bewahrungs-Bestätigung der Privilegien und Rechte der Livländischen Ritterschaft, Anno 1629. – Buddenbrock, G.J. v. (editor), *Sammlung der Gesetze, welche das heutige Livländische Landrecht enthalten, kritisch bearbeitet*. Bd. II. Aeltere hinzugekommene Landesrechte, Abt. I, Landesordnungen vom Jahr 1621 bis 1680, Häcker, Riga, 1821, pp. 3 – 4.

¹⁵ *Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen und der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements. Besonderer Theil*, Drukerei der Zweiten Abtheilung S.K.M. Eigener Kanzellei, St. Petersburg, 1845, pp. 153 - 155.

¹⁶ See 25.§ of *Königliche Hofgerichtsordnung für Livland* in German in: Buddenbrock, G.J. v. (editor), *op. cit.*, pp. 52 - 53.

¹⁷ *Das Schwedische Land- und Stadt-Recht*. G.M. Nöller, Riga, 1709. As noted in legal studies, this publication has facilitated the application of Swedish law in the courts of Livonian province after it became part of the Russian Empire in 18th - 19th centuries. See: Luts, M., *Private Law of the Baltic Provinces as a Patriotic Act*, Juridica International, No. 1, 2000, p.163.

¹⁸ Kalniņš, V., *Latvijas PSR valsts un tiesību vēsture. I, Zvaigzne, Rīga, 1972, p. 177.*

applied infrequently in Livonian courts, mentioning duel ordinances of 1680¹⁹ and the prohibition of judicial torture in courts of Livonia by Charles XI in 1686²⁰ as most obvious exceptions. One can agree to the conclusion of H. Pihlajamäki that “legal practice reveals that Swedish statutory law gained only limited influence in Livonia”.

²¹

Original feature of Swedish law was that it did not know the institute of serfdom that existed in Swedish Livonia. Swedish government also had made several attempts to free the peasants in Livonia. The last one was made by Charles XI which proposal on abolishing of serfdom “in the name of justice and good virtues” was submitted by his representative Major General Robert Lichton to Landtag (provincial assembly of Livonian knighthood) in 1681 but Landtag rejected this proposal as dangerous and premature.²²

In order to prevent the replacing of local law by Swedish one, the Landtag deputies in 1643 submitted to Queen Christina a new draft-code of local law “Land Law of the Principality of Livonia” (“*Landrecht des Fürstenthums Lieffland*”), codified by Baltic German lawyer Engelbrecht von Mengden, for approval. However, Christina postponed approval of draft-code until its evaluation by a special commission,²³ but in 1648 she allowed provisional using of the Middle Livonian Knightly Law (*Mittleres Livländisches Ritterrecht*) - an archaic source of Livonian law of early 15th century till new code of law will be compiled and published in Livonia.²⁴ The subsequent efforts of Livonian knighthood to obtain approval of Mengden’s draft-code from Charles XI also proved unsuccessful.

Apparently, this reluctance of the Swedish government to approve Livonian draft-code was related with different political considerations: to develop a single new codification of law for Sweden, Estonia, Livonia, and Pomerania. A special Legislative Commission was set up in 1694 in Stockholm to carry out this task and began the preparational works, which were suspended after the death of Charles XI in 1697.²⁵

¹⁹ Kotkas, T., *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden: The Emergence of Voluntaristic Understanding of Law*, Brill, Leiden, 2014, pp.117, 163.

²⁰ See original Swedish text of the letter of Swedish king Charles XI of 22nd December 1686 to High Court of Livonia in: Zemzaris, T., *Spīdzināšana kā procesa elements Vidzemē*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 1, 1938, pp. 202 – 203.

²¹ Pihlajamäki, H., *op. cit.*, p. 263.

²² *Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen und der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements*. Besonderer Theil, pp. 148 – 149; Švābe, A., *Latvijas tiesību vēsture*. III daļa, LU stud. Padomes grāmatnīcas izdevums, [Rīga], 1934, pp. 5 – 6.

²³ Buddenbrock, G.J. v. (editor), *op. cit.*, p. 183.

²⁴ *Ibid.*, p. 222.

²⁵ *Историческія свѣденія об основаніях и ходѣ мѣстнаго законодательства губерній Остзейскихъ*, p. 145.

The last attempt to replace the local laws of Livonia with Swedish laws was taken by Charles XII in time of the Great Northern War by issuing a special document on June 12, 1707, stipulating that henceforth only Swedish laws will be applied in Livonia. But this order could not be carried out because almost all of territory of Livonia had been occupied by Russian troops since 1705.²⁶ So, the last attempt of unification of law of Livonian province with law of Sweden was unsuccessful because Sweden lost the war and was forced to hand over Livonia, Estonia and Ingria to the Russian Empire.

3. Recognition of the privileges of Baltic German upper classes in Baltic governorates by the Russian Empire in 18th century

The privileges of the Baltic German knighthood (*Ritterschaft*) and gentry (*Landschaft*), as well as, upper classes of cities of the Baltic governorates - Estonia and Livonia – were recognised by Russian state in 1710 when territory of these governorates of Sweden was occupied by Russian troops.²⁷ On 30th September 1710 Russian tsar Peter I issued a book of grace to the nobility of the Duchy of Livonia (General Confirmation), by which all the privileges of nobility of Livonia were confirmed, among others also *The Privilege of Sigismund Augustus* (1561) to the knighthood of Livonian Order that was not recognised by the rulers of Poland and Sweden, which ruled after Sigismund II Augustus. However, the text of the General Confirmation contained a reservation that the previous rights of Livonian nobility are recognized “as far as they are in conformity with the present Government and time”.²⁸ This meant that privilege of Sigismund Augustus was not fully recognized, but as far as it did not contradict to administrative and legal system of Livonia as it was in early 18th century and fundamental laws of Russia. Thus, for example, the landlords of Livonia did not obtain the right to criminal jurisdiction over their serfs, that was given them by *The Privilege of Sigismund Augustus*, because they had already completely lost the judicial power over their peasants under Swedish rule.

²⁶ *Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen und der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements*. Allgemeiner Theil, Drukerei der Zweiten Abtheilung S.K.M. Eigener Kanzellei, St. Petersburg, 1845, p. 127.

²⁷ Июля 4. [1710] Аккордные пункты, заключенные в лагерь подь Ригой между Шляхетствомъ и Земствомъ Княжества Лифляндскаго и Генераль-Фельдмаршаломъ Графомъ Шереметевымъ. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2279, pp. 519 – 526; Сентября 29. [1710] Договорные пункты, учиненные в Главной Квартирѣ Гаркъ близъ Ревеля, между Шляхетствомъ и Земствомъ Герцогства Эстляндскаго и Россійскимъ Генераль – Поручикомъ Боуеромъ. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2299, pp. 567 – 575; Июля 4. [1710] Договорныя статьи, предложенныя депутатами города Риги. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2278, pp. 515 – 519; Сентября 29. [1710] Договоръ, заключенный в лагерь подь Ревелемъ депутатами онаго города съ Россійскимъ Генераль – Поручикомъ Бауеромъ. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое, Томъ IV, док. № 2298, pp. 560 – 567.

²⁸ Сентября 30. [1710] Жалованная грамота дворянству Княжества Лифляндскаго. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2301, p. 576.

It should be noted that knighthood of Livonia hoped to obtain from Russian government the right to an autonomous court system with the Supreme Court of Appeal in Riga, where all appeals against judgments of Livonian courts would be finally decided, as it was stipulated in Point VI of *The Privilege of Sigismund II Augustus* and was basically observed during the time of Polish and Swedish rule. However, under the pretext of financial difficulties at the time, Peter I postponed the implementation of the request until a more appropriate time, which never came.²⁹ So, in 18th century Baltic provinces lost judicial autonomy as the highest judicial instance for courts of Baltic governorates became the St. Petersburg Justice College for Livonian, Estonian and Finnish Affairs.³⁰

It must be added that in the General Confirmation a majesty clause was also included which declared that the authority and rights of ruler and his states must be observed by all.

On the same date when General Confirmation was issued to Livonian nobility, the city of Riga also received a book of grace from Peter I, in which the Russian tsar confirmed all previously granted privileges, city rights, statutes, municipal positions, freedoms, ancient customs, benefits, justice, inheritable estates and possessions.³¹ A similar confirmation of rights and privileges for the knighthood and land gentry of the Estonian province and the burghers of Reval took place in the books of grace issued in March of 1712.³²

The incorporation of Livonia and Estonia, as well as, Ingria and Karelia into the Russian empire was finalised by the Treaty of Nystad of 1721,³³ which put an end to the Great Northern War. In Treaty of Nystad, Russian government promised that all the inhabitants of Livonia and Estonia, as well as, the inhabitants of Ösel (Saaremaa) island, both noble and non-noble, and the cities, magistrates and craft guilds of these provinces in “the privileges, customs, laws and justice of the Swedish ruling time will be permanently and irrevocably maintained and protected” (Art. 9). In fact, this

²⁹ Октября 12. [1710] Рѣшеніе государя Петра I – на представленные въ волю Его Величества, пункты дворянства и жителей Лифляндскихъ, при покореніи ихъ Россійской державѣ. – Данное въ Санкт-Петербургѣ за подписаніемъ канцлера Графа Головкина. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, Томъ IV, док. № 2304, р. 579.

³⁰ Bartlett, R., *The Russian Nobility and the Baltic German Nobility in the Eighteenth Century*, Cahiers du monde russe et soviétique, vol. 34, n°1-2, Janvier-Juin 1993, p. 235; Zeids T., *Senākie rakstītie Latvijas vēstures avoti*, Zvaigzne, Rīga, 1992, pp. 173 – 174.

³¹ Сентября 30. [1710] Жалованная грамота городу Ригѣ. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2302, р. 577.

³² Марта 1. [1712] Жалованная грамота шляхетству и земству Эстляндскаго княжества. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2495, р. 810; Марта 13. [1712] Жалованная грамота городу Ревелю. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое. Томъ IV, док. № 2501, р. 819.

³³ Августа 30. [1721] Трактатъ, заключенный на конгрессѣ въ Ништагѣ уполномоченными Министрами, о вѣчномъ мирѣ между обоими Государствами. – ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ VI, док. № 3819, pp. 420 – 431.

article of the Treaty of Nystad was partly in discrepancy with the confirmation of *The Privilege of Sigismund Augustus* by Russian tsar in 1710 because it never was recognised by the Swedish government.

There would be an interesting question about motives why the Russian authorities so favourably responded to the demands of the Baltic German elite on issues of preserving the former local administrative system and laws, accepting the local official language as German, instructing the Governing Board of each Baltic governate to establish a special German chancellery for correspondence with local administration institutions and domestic addressees, as well as, Russian chancellery for correspondence with central institutions.

Usually, motives of generosity of conqueror are explained by scholars from aspect of the current considerations of the conquering country in areas of domestic and foreign policy, without touching on more abstract principles laying in the field of legal culture. For example, contemporary Russian legal historians Sergei Kodan and Sergei Fevralev pointed out that “the supreme authority of Russia was well aware that by reaching sympathy of the local elites and, if possible, the majority of the population, will promote the legitimisation of Russian power among the population, it would be able to ensure internal political stability in the national region and the geopolitical stability of the Russian state in relations with neighbouring countries”.³⁴

In turn, the contemporary German historian of Baltic German origin, Jürgen von Ungern-Sternberg, has noted that not only the current domestic and foreign policy considerations of Russian government must be taken into account, but a special attention must be devoted also to the practice of international law, which had developed in Europe long before the 18th century, regarding the conclusion of agreements on the surrender of a state, land, city, fortress to the enemy.³⁵ Comparison of surrender agreements which were concluded between Kingdom of France and city of Strasbourg in 1681, and between Habsburg Empire and Transylvania in 1688 with 1710 capitulation agreements between officials of Tsardom of Russia and representatives of knighthood of Livonian and Estonian governorates allowed J.Ungern-Sternberg to make a conclusion that all these surrender agreements were highly similar in their form and content. The main purpose of these agreements was to guarantee the status quo of the local administrative regulation and local law of the newly acquired territories on the part of the new ruler. For Peter I, as it was pointed out by J.Ungern-Sternberg, “they were an essential part of his strategy to integrate

³⁴ Кодан, С.В., Февралёв, С.А., *Местное право национальных регионов Российской империи: истоки, место в политике и идеологии, юридическая природа (вторая половина XVII - начало XX вв.)*. In: Юридические исследования. 2013, № 2, [online]. DOI: 10.7256/2305-9699.2013.2.464 URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=464, с. 74 - 154. Accessed 10 June 2020.

³⁵ Ungerns-Šternbergs, J. fon, *Kā notiek kapitulācija? Baltiešu kapitulācijas Pēterim I Eiropas kontekstā*, Latvijas Vēsture, No. 4 (48), 2002, pp. 11 – 20.

Russia into the system of European states”.³⁶

One of the most important points (10. §) of the surrender agreement of 1710 was the demand of the Livonian knighthood for the codification and ratification of provincial law. As it was noted before, this requirement, which was accepted by *The Privilege of Sigismund Augustus* in 1561, was implemented neither in the period of the Polish-Lithuanian Commonwealth, nor in the period of Swedish rule in Livonia. How it was noted by English historian Roger Bartlett, codification would have given permanent legal validity to these insecure rights of Livonian knighthood, because their recognition without codification was considered as a personal grant of monarch and the confirmation of these rights was necessary anew each time when a new reign was started.³⁷ Upon a request for passing new laws or codification for the province of Livonia, Peter I adopted a resolution stating that the request could be granted when peace-time would be given by God.³⁸ The new request for codification of provincial law was sent by Landtag of Livonia to Emperor Peter II, who by resolution of 12th of September 1728 ordered to establish special commission of Livonian knighthood for preparing of new codification of provincial knighthood and land law.³⁹ The Codification Commission of 7 members was constituted by Livonian Landtag in 1730, but active codifiers were only two – Vice – President of Dorpat High Court Johann Gustav Budberg and Assessor of this court Johann Schrader.⁴⁰ Their work was completed in 1737 by preparing a new draft-code with a title “*Knighthood and Land Laws of the Duchy of Livonia*” (“*Des Herzogthums Livland Ritter- und Landrechte*”) which was adopted by Landtag in 1740 and in the next year was sent for final approving in St Petersburg. In 1755 the Russian translation of Budberg – Schrader draft-code was received in Senate and there it was mentioned for the last time in the act of 1764. At this time Empress Catherine II started to realise a policy of the centralization of administrative system and unification of law in all the Russian Empire and as result there was a loss of interest to Livonian draft-code in the governing circles.⁴¹ This attempt of 18th century to codify provincial law of Livonia was no more successful as two previous ones in times of Polish and Swedish rule.

The last territory ruled by Baltic Germans – Duchy of Courland was incorporated

³⁶ Ibid., p. 16.

³⁷ Bartlett, R., *op. cit.*, p. 235.

³⁸ Октября 12. [1710] Ршеніе государя Петра I – на представленные въ волю Его Величества, пункты дворянства и жителей Лифляндскихъ, при покореніи ихъ Россійской державѣ. – Данное въ Санкт-Петербургѣ за подписаніемъ канцлера Графа Головкина. – ПСЗРИ, Собрание 1-ое, Томъ IV, док. № 2304, p. 579.

³⁹ Сентября 12. [1728] Именной, состоявшійся в Верховномъ Тайномъ Совѣтѣ. - ПСЗРИ, Собрание 1-ое, Томъ VIII, 1728 – 1732, док. № 5330, pp. 89 - 90.

⁴⁰ Vipers R., *Budberga un Šrādera kōdeka projekta izstrādāšana 1730. – 1740.g.*, Senatne un Māksla, No. 4, 1936, pp. 19 -27.

⁴¹ Zeids, T., *op. cit.*, pp. 187 – 188.

into the Russian Empire in context of the Third Partition of Poland (1795) by which neighbouring great powers – Russia, Prussia and Austria liquidated Polish state. Nobility of the Duchy of Courland, troubled by the growing political instability because of uprising in this vassal state supported by T. Kościuszko revolutionary army, decided in a Landtag of the Duchy of Courland convened in late June - early July 1794 to ask Empress Catherine II to take a protectorate over the Duchy, “until Poland will return to order”.⁴² In talks with Russian representatives in St. Petersburg, delegates of Landtag had to agree to the liquidation of the status of vassal state for Duchy of Courland by incorporation of its territory directly into the Russian Empire, yet preserving its existing laws and nobility privileges. The duke of Courland, Peter Biron, who arrived in St. Petersburg in February 1795, was also forced to accept these conditions.

On 7th March 1795 the Landtag of the Duchy of Courland in Mitau (now Jelgava) adopted two historical acts - a *Manifesto for the Abandonment of the existing ties with Poland*,⁴³ by which the nobility of the Duchy of Courland renounced the Treaty of Subjection of 1561, and the *Act of Submission to the rule of the Russian empress Catherine II*,⁴⁴ by which status of the Courland as a vassal state was renounced and it was directly subjected to Catherine II. After adoption of these acts by Landtag, duke Peter Biron had no other choice but to sign on 17th of March 1795 an abdication from throne of the Duchy of Courland and his rights as duke.⁴⁵

Developments in the District of Pilten (it was earlier territory of former Bishopric of Courland of Livonian Confederation) which was under direct rule of Poland, enjoying local autonomy, were similar. On 17th of March 1795 the Collegium of Landrates of the District of Pilten and representatives of the knights and nobility from the parishes of district gathered in Hasenpoth (now Aizpute in Latvia) for a land conference, which, as before Landtag of the Duchy of Courland, adopted a Manifesto on Abandonment of previous ties with the Polish state.⁴⁶ Immediately after it, the land conference adopted an Act of Submission to Russian Empress Catherine II, stating that a small area had to subject its political existence to a “wise and humane

⁴² Dunsdorfs, E., *Latvijas vēsture. 1710. – 1800.* Daugava, [Stockholm], 1973, p. 164.

⁴³ Manifest einer Wohlgebohren Ritter= und Landschaft der Herzogthümer Curland und Semgallen, über zeitherigen Verbindung mit Pohlen. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIII, док. № 17319, pp. 668 – 672.

⁴⁴ Unterwerfungsakte Einer Wohlgebohren Ritter= und Landschaft der Herzogthümer Curland und Semgallen, an Ihro Kayserlichen Majestät. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIII, док. № 17319, pp. 672 – 676.

⁴⁵ Akt der Entsagung Sr. Durchlaucht des Herzogs von Curland und Semgallen von den ihm, als regierendem Herzoge daselbst zuständigen Rechten. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIII, док. № 17319, pp. 666 – 668.

⁴⁶ Manifest der Regierung und Einer sämtlichen Wohlgebohren Ritter - und Landschaft des Piltenschen Kreises, über die Entsagung ihrer bisherigen Verbindung mit Pohlen. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIII, док. № 17319, pp. 676 – 683.

arrangement of strong monarchs”.⁴⁷

In response to declarations made by the Landtag of Duchy of Courland and the land conference of the District of Pilten attained by Russian political pressure, Catherine II on 15th of April 1795 published a book of grace promising not only the freedom of religion, preserving existing law, privileges, respect for lawfully owned property, but also the granting of the rights and freedoms enjoyed by Russian subjects.⁴⁸

Unlike the provinces of Livonia and Estonia, the Duchy of Courland as vassal state adopted in 16th – 17th centuries several important acts of legislation in both public and private law. The first of these was *The Privilege of Gotthard (Privilegium Gotthardinum, 1570)*,⁴⁹ issued to the Duchy’s nobility by the first Duke Gotthard Kettler. It received the confirmation of King of Poland-Lithuania Stephen Báthory in 1581.⁵⁰ *The Privilege of Gotthard* largely took over the rules of *the Privilege of Sigismund Augustus*. However, the guarantees given to a person in *The Privilege of Gotthard* were extended, because this act stipulated not only the inviolability of property, but also the inviolability of the person. The subjects had guaranteed the right to complain to the court about illegal actions of administrative authorities. The King of Poland, who was to assume the function of constitutional supervision, was mentioned as a guarantor of the constitutional rights of the subjects of the Duchy of Courland. Privilege also confirmed full supreme and lower judicial authority of nobility over their peasants, including the grave crimes, as it was earlier approved by the Privilege of Sigismund Augustus.

In 1611, after the approval of King Sigismund III of Poland, *The Laws and Statutes of the District of Pilten* (“*Gesetze und Statute des Piltenschen Kreise*”),⁵¹ codified by the local nobleman Carl von Sacken in German came into force. This fact provoked complaints from the nobility of the Duchy of Courland to the King of Poland that the promise given in the Privilege of Gotthard to codify the laws of duchy had not yet been fulfilled. In response to these complaints, Sigismund III sent in 1617 a commission led by Bishop of Kulm Jan Kuczborski. The commission

⁴⁷ Unterwerfungsakte der Regierung und einer sämtlichen Wohlgebohrnen Ritter- und Landschaft des Piltenschen Kreises, an Ihro Kayserlichen Majestät. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIII, док. № 17319, pp. 683 – 685.

⁴⁸ Апрель 20. [1795] Именный, данный Сенату. О присоединении на вѣчныя времена къ Россійской Имперіи Княжествъ Курляндскаго и Семигальскаго, также округа Пильтенскаго и о приглашеніи уполномоченныхъ въ Сенатъ для учиненія присяги на вѣрность подданства. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIII, док. № 17319, pp. 664 – 666.

⁴⁹ See German text of the Privilege of Gotthard in: Ziegenhorn, Ch. G., *op. cit.*, No. 76, pp.85 – 88.

⁵⁰ See original text of Confirmation in: LVVA (Latvian State Historical Archives), Collection 554, Inventory 1, File 33.

⁵¹ See German text of codification of *The Laws and Statutes of the District of Pilten* in: Rummel, C. von., *Die Quellen des Curländischen Landrechts*. Bd. I, Lief. 4, F. Kluge, Dorpat, 1850, pp. 1 - 93.

prepared two draft laws - the Formula of Government (“*Formula Regiminis in Ducatu Culandiae et Semigalliae*”)⁵² and the Statutes of Courland (“*Statuta Curlandica*”).⁵³ *The Formula of Government* was the first written constitution which was in effect in territory of Latvia and, consequently, it was one of the oldest European constitutions. The Statutes of Courland was a code of procedure, civil and criminal law of the Duchy of Courland which was not approved by king of Poland, because of hostilities of that period, but it was used by the courts of the Duchy of Courland and later was recognised also by Polish government.⁵⁴

4. The attempt towards liquidation of the legal autonomy of Baltic governorates in the reign of Catherine II

For the most part of the 18th century the administrative privileges of Baltic German knighthood in Livonian and Estonian governorates were observed by Russian authority (German was accepted as official language in both governorates, previous courts and their litigation procedures were recognised, as well as, applying of the former knighthood and land law, urban law in cities, and Roman pandect law as subsidiary law in legal disputes was continued).

However, in the eighties of 18th century storm clouds brooded in the Baltic governorates over knighthood representative institutions – landtags, which had limited rights of legislation - to prepare and adopt local draft-laws which had to be approved by monarch of the Russian Empire to come in effect. The first serious step on unification was made by Empress Catherine II applying the reform of the Russian territorial administrative system of 1775⁵⁵ to the governorates of Estonia and Livonia which were renamed by her decrees of 1783 as Reval and Riga governorates.⁵⁶ There was introduced administrative regime of so-called vicegerency (*наместничество*) in these governorates, as well as, in the newly established governorate of Courland in 1796.⁵⁷

⁵² See Latin text of Formula Regiminis in: Rummel, C. von., *Die Quellen des Curländischen Landrechts*. Bd. I. Lief. 3. Acta Commissionis de anno 1617. F.Kluge, Dorpat, 1848, pp. 19 – 37.

⁵³ See Latin text of Statuta Curlandica in: *Ibid.*, pp. 43 – 92.

⁵⁴ *Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen und der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements*. Allgemeiner Theil, p. 161.

⁵⁵ Учреждения для управления Губерній Всероссийскія Имперіи. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XX, 1775 – 1780, док. № 14392, с. 231 - 232.

⁵⁶ Июля 3. [1783] Именной, данный Сенату. – Обь учрежденіи Ревельской Губерніи изъ пяти округовъ или уѣздовъ. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. 1649 – 1825 гг. Томъ XXI. Съ 1781 по 1783, док. № 15774, с. 967; Июля 3. [1783] Именной, данный Сенату. – Обь учрежденіи Рижской Губерніи изъ девяти округовъ или уѣздовъ. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. 1649 – 1825 гг. Томъ XXI. Съ 1781 по 1783, док. № 15775, с. 967.

⁵⁷ Ноября 27. [1796] Именной, данный Сенату. – О составленіи Курляндской Губерніи изъ девяти уѣздовъ. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. 1649 – 1825 гг. Томъ XXIII. Съ 1789 по 6 ноября 1796, док. № 17410, с. 818.

Catherine II had intended to create a uniformed social estate of nobility throughout Russia eliminating in this way Baltic German knighthood as a special estate in the Baltic governorates along with its special representative institutions. On 21st of April 1785 Catherine II granted the Russian nobility a book of rights, freedoms, and privileges,⁵⁸ which established a unified legal framework for nobility and their organisations in all the Russian Empire. By regulations of this book, the nobles could meet at the nobility meetings of governorate every three years on the initiative and permission of the Governor-General or Governor. The landtags of Riga and Reval governorates were abolished, since henceforth all the nobles had the equal right to participate in the nobility meetings, whether they belonged to the Baltic German knighthood or not. The nobility meeting nominated two candidates for the position of governorate nobility leader, one of whom was appointed by the Governor-General or Governor for a term of three years. The nobility meetings were conferred the right to respond to proposals by the Governor-General or Governor, to petition the Governor-General or Governor for public needs, to complain to the Senate, and to the Emperor. Unlike landtags, no legislative power was conferred to the nobility meetings. By the decree of 12th August 1786, Catherine II also liquidated collegia of landrats (executive bodies of landtags) in the Riga and Reval governorates, forcing to hand over the estates, which provided funding for the activities of collegia of landrats, to the crown chambers of these governorates.⁵⁹ As a result, the political position of the Baltic German knighthood was seriously undermined and the legislative and administrative autonomy of the Baltic provinces was abolished. Radical reform of limited self-government was also implemented by Catherine II in the cities and towns of Baltic governorates, by which a unified administrative arrangement for all the cities of the Russian Empire was established.⁶⁰

American scholar of political science Nicklaus Laverty has characterized policy of Catherine II in Baltic governorates as “mild administrative Russification”, pointing out that “the object of Catherine’s reforms was to harmonize peripheral territories into the administrative structure of the empire, while still leaving most cultural rights and privileges (such as religion or language) untouched”,⁶¹ but Estonian historian

⁵⁸ Апрель 21. [1785] Грамота на права, вольности и преимущества благороднаго Россійскаго дворянства. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXII. Съ 1784 по 1788, док. № 16187, с. 344 - 358.

⁵⁹ Августа 12. [1786] Именной, данный Сенату. - О небытіи въ Рижской и Ревельской губерніяхъ Ландратамъ и Ландратскимъ Коллегіямъ и о принятіи въ вѣдомство Казенныхъ Палатъ деревень, с коихъ доходы собирались на содержаніе Ландратовъ. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXII, Съ 1784 по 1788, док. № 16424, с. 671 - 672.

⁶⁰ Апрель 21. [1785] Грамота на права и выгоды городамъ Россійской имперіи. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXII, док. № 16188, с. 358 – 384.

⁶¹ Laverty, N., *Imperial Janus: Patterns of Governance in the Western Borderlands of the Tsarist Empire*. (2014). Doctoral Dissertations. 148, p.177-178. - https://scholarworks.umass.edu/dissertations_2/148. Accessed 5 June 2020.

Mati Laur noted that “as a result of the reforms attempted by Catherine II society in the Baltics began to change gradually; instead of society ruled by upper classes a society of integrated citizens subjected to the government of absolute state power started to develop”.⁶²

Catherine II also had a far-reaching plan to establish a unified system of new law for all territories of the Russian state based on principles of natural law and she was very disappointed that representatives of Baltic governorates in Legislative Commission of 1767 defended the retaining of the existing local law for Baltic governorates.⁶³ But her design was unsuccessful because of the contradictions of the members of the Legislative Commission, many of whom were not ready to accept the ideas of the Enlightenment as personal liberty, legal equality etc., as well as, the lack of proper legal qualifications for many of them.

So, for a comparatively short period the trend of unification began to prevail in Baltic governorates. After death of Catherine II in 1796 her son - Emperor Paul abolished her reforms and restored administrative system of Baltic governorates in main features as it was before 1785⁶⁴ renewing also the historical names of the Livonian and Estonian governorates.⁶⁵ Thus Paul sought to emphasize the inviolability of the traditional rights which the Russian rulers had undertaken to guarantee. Thereby, the administrative and legal autonomy of the Baltic provinces was maintained for more than a century, though with the political dominance of the Baltic German elite over the indigenous peoples - Latvians and Estonians.

5. Evolution of local law of Baltic governorates in 19th century – reforms, codification, and growing unification trend

The situation in the legal system of the Baltic provinces in 19th century maybe characterized as a growing discrepancy between the obligation of Russian state to maintain the legal framework of Baltic governorates as it was in times of Swedish rule or Duchy of Courland and necessity to take in account new public needs and

⁶² Laurs, M., *Katrīna II un muižniecības autonomija Baltijā*, Latvijas Vēstures Institūta Žurnāls, No. 3, 2013, p. 44.

⁶³ *Ibid.*, p. 36 – 37.

⁶⁴ Ноября 28. [1796] Именной, данный Сенату. – О возобновленіи въ Лифляндіи и Эстляндіи Присутственныхъ мѣсть, кои по тамошнимъ правамъ и привиллегіямъ существовали до 1783 года. ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIV. Съ 6 ноября 1796 по 1798, док. № 17584, с. 20 – 21; Декабря 24. Именной, данный Сенату. – О возобновленіи въ Курляндской Губерніи Присутственныхъ мѣсть, существовавшихъ по прежнимъ правамъ и привиллегіямъ до открытія Намстничества. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. Томъ XXIV. Съ 6 ноября 1796 по 1798, док. № 17681, с. 251.

⁶⁵ Декабря 12. [1796] Именной, данный Сенату. – О новомъ раздѣленіи Государства на губерніи. - ПСЗРИ. Собрание 1-ое. 1649 – 1825 гг. Томъ XXIV. Съ 6 ноября 1796 по 1798, док. № 17634, с. 229 - 230.

changes in social ideology and relations which no longer corresponded to old legal framework. There were two possible options to solve this conflict of old law with new reality: (1) to adopt special new laws for Baltic governorates taking in account the specific features of social relations and local legal traditions; (2) to apply modern laws of the Russian Empire also at Baltic governorates, including, if it would be necessary, special local rules in them. It should be noted that both these methods were used during 19th century: until the seventies the method of adopting of new local laws prevailed, but later the Russian government began to extend the application of new Russian laws to the Baltic governorates.

The significant example of using of the first method was preparing and adopting the peasantry laws of Baltic governorates by which the peasants were emancipated from yoke of serfdom (on 1816 in Estonia, 1817 in Courland and 1819 in Livonia) i.e. more than forty years before serfdom was abolished in Russian governorates. The laws on the liberation of peasants of the Baltic governorates were apparently a pilot project of Alexander I before preparing the corresponding law for the Russian governorates. But these laws were worked out by the special legislative commissions established for any Baltic governorate. The draft-laws then were adopted by landtag of the respective governorate and after translation of their texts from German into Russian they were approved by emperor Alexander I, acquiring the force of local law applied in territory of the respective governorate.⁶⁶

The main contribution of the following rulers of the Russian Empire - Nicholas I and Alexander II in the development of Baltic law was codification of *Local Laws of Baltic governorates* (LLBG)⁶⁷ so ensuring their easier and more effective applying in the administrative bodies and the courts. LLBG was the only example of codification of local law in the Russian Empire. This code consisted of three parts (Part 1 “Institutions” (1845), Part 2 “Laws of Estates” (1845), Part 3 “Civil Laws” (1864)) which were codified by the method of consolidation of the previous laws and legal customs of different epochs which were in effect from 12th century till moment of codification at territory of Baltic governorates, especially, Roman law which was recognised as subsidiary law by Baltic German lawyers. This method of codification was based on theory of the German Historical School of Jurisprudence which was accepted by Nicholas I. The codifier of Part 1 and 2 was a Vice-President of the High Court (*Hofgericht*) of Livonian governorate Reinhold Samson von Himmelstiern, but of Part 3 – former professor of legal history of Dorpat (now Tartu) University and

⁶⁶ See further: Blūzma V., *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*. In: Social Changes in the Global World. 6th International Scientific Conference. Proceedings. Shtip, 2019, pp. 575 – 588.

⁶⁷ Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ. Часть первая. Учрежденія. СанктПетербург, 1845; Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ. Часть вторая. Законы о состояніяхъ. СанктПетербург, 1845; Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ. Часть третія. Законы гражданскіе. СанктПетербург, 1864.

syndic (legal adviser) of Reval Friedrich Georg von Bunge. It was planned also to codify Part 4 (Civil Procedure Law) and Part 5 (Criminal Procedure Law),⁶⁸ but as Russian Judicial Statutes of 1864 came into effect at Baltic governorates in 1889 the codification works of these parts were discontinued.⁶⁹

Unlike the peasantry laws, LLBG was a single codification for all three Baltic governorates. But along with the common rules which were in effect in all Baltic governorates, it also contained the rules applied in one or another governorate, in territories of cities or in land areas of any governorate. The special rules for different privileged estates also were included in this code. The codifiers had no rights to add any new rules, they had to make references to historical sources for every article of this codification. Civil law of Part 3 was applied only by the nobility, clergy, and citizens, but peasants had to apply civil law as it was regulated in the codes of peasantry laws, but civil law rules of LLBG might be applied by them as subsidiary source only. So, characteristic feature of LLBG was the territorial and estate particularism of law. The analysis of references on sources of articles for Part 3 allows researchers to make a conclusion that 63% of all the articles (2882 from 4600) were based directly or indirectly on Roman law.⁷⁰

In the end of sixties of 19th century, prominent Russian Slavophile Yury Samarin began a discussion against the opinion of the Baltic German authors that the capitulation acts of Baltic German nobility and burghers to Russia of 1710 were international treaties between the privileged estates of the Baltic provinces and ruler of Russian state. He argued that the Baltic knighthood and burghers were not persons of international law and when they came under power of Russian state, they could no longer be in a treaty relationship with Russian emperor. Therefore, the acts of capitulation of 1710 should be regarded as books of grace only, the legal force of which depended on the will of the Russian emperor.⁷¹ Pointing to fact that the privileges of the Baltic German elite are now codified in LLBG, and the autocratic power is the only source of general and local laws of the Russian Empire, Y.Samarin questioned the possibility of preserving the privileges of the Baltic German elite in future, noting with good reason that “throughout the whole world the road of historical progress is littered with fragments of privileges and in this respect even the Baltic region is no exception.”⁷² In defence of the historical privileges of the Baltic Germans, Carl Shirren, a professor of Russian history of the University of Dorpat, replied to Y.Samarin by pamphlet trying to challenge his theses and declaring that “the German nation and its descendants in these lands and these lands for the

⁶⁸ See Art. 3 of Part 1 of LLBG.

⁶⁹ See also: Лутс-Соотак М., *Гражданское уложение Остзейских губерний (1864/65) как памятник римского права*, Вестник НГУ. Серия: Право. 2012. Том 8. Выпуск 2, pp. 262 – 273.

⁷⁰ Kalniņš, V., *op. cit.*, p. 304.

⁷¹ Самарин, Ю. Ф., *Окраины России*. Серия первая. Русское Балтийское поморие. Выпуск I, Прага, 1868, pp. 165 – 183.

⁷² *Ibid.*, p. 183.

German nation and its descendants, that is the sum of all capitulation”.⁷³ After this publication in which he asked Russian government to stop the trend of unification and russification in Baltic governorates, he had been dismissed from professor post and was forced to emigrate to Germany.

In the second half of 19th century policy of protecting of local autonomy of Baltic governorates and developing of local law was changed by Russian government to policy of gradual unification of Baltic governorates into single administrative and legal system of the Russian Empire. The applying of the modern Russian laws in the Baltic governorates was started from the Russian Criminal code of 1845⁷⁴ which came in effect in May 1846 in Baltic governorates as in the other territories of Russia repealing the previous local criminal laws of Baltics.

In its fighting against Baltic German efforts to protect their privileges and local autonomy of Baltic governorates Russian government based on the majesty clause. So, answering on memorandum by which Landtag of Livonia objected to decision of Committee of Ministers of 1850 on replacing German by Russian as official language in crown institutions of Baltic governorates,⁷⁵ Russian emperor Alexander II in the resolution of 28th February 1870, prepared by himself, stated that “since general and local laws gain power from the authority of the sovereign power only, the request of Livonian knighthood must be rejected (..)”.⁷⁶

In 1877 previous local urban laws of Baltic governorates were abolished replacing them by unified Municipal Statute of the Russian Empire (1870).⁷⁷ In result administrative functions were transferred from medieval patriciate body – City Council (*Rat*) to new institution - City Duma which members were elected every three years and represented the broader circles of the wealthy classes.

Unification policy became highly active in reign of emperor Alexander III. It was a first precedent when Russian emperor ascending the throne did not confirm the protection of the rights of Baltic privileged estates, but formally it might be explained by fact that they were already codified in LLBG as local laws. In reign of Alexander III applying of the Russian Judicial Statutes of 1864 was extended to the Baltic governorates (1889)⁷⁸ with some changes in rules (for example, institute of jury was

⁷³ Schirren, C., *Livländische Antwort an Herrn Juri Samarin*. 3. Auflage, Duncker & Humblot, Leipzig, 1869, p. 194.

⁷⁴ Уложение о наказаниях уголовныхъ и исправительныхъ. Санкт-Петербург, 1845.

⁷⁵ Января 3 [1850]. Высочайше утвержденное положеніе Комитета Министровъ, опубликованное 7 Марта. – О введеніи въ коронныхъ присутственныхъ мѣстахъ Остзейскихъ губерній дѣлопроизводства на Русскомъ языкѣ. - ПСЗРИ, Собрание 2-ое, т. XXV, Отд. 1, док. № 23796, pp. 5 - 6.

⁷⁶ Citation from: Švābe, A., *Latvijas vēsture 1800 – 1914*. 1, Avots, Rīga, 1991, p. 352.

⁷⁷ Марта 26 [1877]. Высочайше утвержденныя Правила о примненіи высочайше утвержденного, 16 Юня 1870 года, Городоваго Положенія къ городамъ Прибалтійскихъ губерній. – ПСЗРИ, Собрание 2-ое, т. LII, Отд. 1, док. № 57101, pp. 262 – 266.

⁷⁸ Юля 9. [1889]. Высочайше утвержденныя Положенія о преобразованіи судебной части въ

not implemented in criminal procedure of Baltic governorates). The former system of courts in Baltic governorates was liquidated and Russian was established as official language not only for the administrative system of the Baltic provinces but also for the proceedings of courts.

Russification of public life in Baltics manifested itself particularly in sphere of education after adoption on 10th of April 1887 Regulation of Committee of Ministers on replacing of German to Russian as teaching language in all the schools of secondary education financed from state budget in Dorpat educational region (included all three Baltic governorates) from 1887/8 school year.⁷⁹ Later in the same way teaching language from German to Russian was changed also in University of Dorpat, but German professors, which were not ready to read lectures in Russian, were replaced by Russian ones.⁸⁰ Russian historian of pedagogy Mikhail Goncharov explained policy of russification in sphere of education in the last decades of 19th century by factors of foreign policy (changing the orientation of Russia from Germany to France and necessity to oppress pro-German orientation of Baltic German privileged minority in Baltic governorates), as well as, factors of home policy (strengthening of ties between central power and western borderlands).⁸¹ Police reform of 1888 in Baltic governorates also reflected the unification trend.

At the beginning of 20th century no significant legal reforms were carried out in the Baltic governorates. It should be mentioned, however, that during the 1905 revolution, it was declared in the decree on the establishing of the interim Baltic Governorate-General that there is a need to work out a draft-law on the introducing of *Zemstvos* (local self-government institutions on the model of such bodies in the Russian governorates) in the Baltic governorates,⁸² but in practice this declaration was not realised, because competence of *zemstvos* was more narrow than that which was recognised for *landtags* in sphere of legislation and Baltic German knighthood was active in defence of their rights.

During the preparation of the draft Civil Code of the Russian Empire (the work was completed in 1905, but the draft-code never entered into force), some Russian lawyers expressed the opinion that its effect should be extended to the territory where local civil law was applicable, particularly in Baltic governorates and Tsardom of

Прибалтийскихъ губернійхъ. – ПСЗРИ, Собрание 3-е, т. IX, док. № 6188, pp. 411 – 449.

⁷⁹ Апрелья 10 [1887]. Высочайше утвержденное положение Комитета Министровъ. О введеніи преподаванія на Русскомъ языке въ правительственныхъ среднихъ учебныхъ заведеніяхъ Дерптскаго учебнаго округа. – ПСЗРИ, Собрание 3-е, т. VII, док. № 4343, pp. 152 - 153; Kģūze, A., Zigmunde, A., *Izglģitģbas un pedagoģiskģas domas attģstģba Latvģjģ.* – In: *Latvija un latvieģi.* IV sģj, Latvijas Zinģtģnu Akadģmģja, Rģga, 2013, p. 103.

⁸⁰ Гончаров, М., *Национально-образовательная политика на западных окраинах Российской империи XIX – начала XX вв.*, The Humanities and Social Science, No. 25, 2015, pp. 84 – 85.

⁸¹ *Ibid.*, p.84.

⁸² Ноябрья 28 [1905]. Именной Высочайшій указъ, данный Сенату. Объ учрежденіи временнаго Прибалтїйскаго генераль-губернаторства. - ПСЗРИ, Собрание 3-е, т. XXV, Отд. 1, док. № 26973, pp. 844 – 845.

Poland. So, Professor Alexei Gulyaev called for an immediate unification of civil law, stating that “there is no reason to postpone the complete merger of local laws with the common civil laws of the Empire.”⁸³ In turn, the first Latvian legal historian Kārlis Ducmanis cautiously assessed the proposal to replace the Baltic civil law with the Russian civil law, pointing out how “this issue will be resolved in practice, it is difficult to judge in our days, which are so rich in any unexpected contingencies “.⁸⁴ The outcome of World War I for Russia was that unexpected contingency which led to the revolution and collapse of the Russian Empire, the liquidation of the estate system and the emergence of national states - Latvia and Estonia - in the place of the Baltic governorates.

Some conclusions

The comparison of legal policy of the Polish – Lithuanian Commonwealth, the Kingdom of Sweden and the Russian Empire in Baltic provinces facilitate the better understanding of the common features and differences of legal policies implemented by these states in Baltic region. Despite the differences in the structure and political system of all three states, their political efforts were clearly shifting in the course of time from a policy of respect for the previous law of the newly annexed Baltic provinces to a policy of unification of law by gradual replacing of local law by law of metropolitan state. In turn, the Baltic German political elite of the Baltic provinces had used every opportunity to curb the restriction of local autonomy and local law area, using both domestic political diplomacy methods and foreign policy factors, and has been able to protect limited local autonomy from the 16th century to the beginning of 20th century.

Only the Polish-Lithuanian Commonwealth was able to achieve full unification of law in the Inflanty Voivodship (Polish Livonia), establishing here the laws of the Grand Duchy of Lithuania in effect from 1677 (after including the territory of Inflanty into the Russian Empire (1772), the laws of inner Russia came into force here from 1831).⁸⁵ In turn, the efforts of the Kingdom of Sweden and the Russian Empire to achieve full unification of the law of the Baltic provinces with metropolitan law were not successful, because active resistance of Baltic German elite and changes of the balance of powers in region.

The autonomy of local law of nationally unique regions could not be sustained for a long time in a centralised absolute monarchy. Russian rulers acknowledged the

⁸³ Гуляевъ, А. М., *Единство гражданскаго права и проектъ гражданскаго уложенія*, Киевъ, 1903, р. 140.

⁸⁴ Ducmanis, K., *Iz Baltijas provinču tiesībām*, P.Bērziņš, Rīga, 1913, р. 77.

⁸⁵ Января 1, [1831] Именной, данный Сенату. О введении въ Губерніяхъ: Могилевской и Витебской, какъ по Правительственной, такъ и по Судебной части, того самого порядка, который наблюдается во внутреннихъ Областяхъ государства. - ПСЗРИ, Собрание 2-ое, Т. VI, Отд. 1-ое, док. № 4233, р. 1.

former laws of the Baltic governorates in epoch when Russian administrative and legal culture was on the low level, lagging Western European countries. From the beginning of 19th century it became clear that Baltic governorates had an acute need for legal reforms for transition from medieval system of social estates to bourgeois society of modern times, but the Baltic governorates could not improve their local legal systems without the approval of Russia's central power.

The crucial factor for evolution of Baltic law in 18th – 19th century was a will of Russian emperor. The recognising of previous local law in the newly incorporated territories was interpreted as expressing of the free will of emperor, thus denying any constitutional guarantee of preserving the autonomy of local law should the will of the Russian ruler be changed later. Basing on the majesty clause the central Russian authority in the second half of 19th century proceeded to policy of unification of the administrative and legal system of the Baltic governorates with that in Russian governorates. In itself, the process of unification of rights, as a result of which the modern laws of the Russian Empire replaced the archaic laws of the Baltic provinces, thus ensuring the evolution of law in accordance with the development needs of society, can be seen mainly as a positive process, although it had also the aspects assessed critically as Russification of judicial procedure.⁸⁶

The interests of Baltic German elite to preserve its privileges and positions in the system of local administration had considerable, especially, taking in account the strong influence of Baltic German nobility on the central power, but, however, a secondary role. It is necessary to note that Baltic Germans were minority in population of Baltic region and their positions as elite were weakened in 19th century in acute political struggle with newly formed Baltic nations – Latvians and Estonians. Baltic German elite was not ready to look for compromises with Latvians and Estonians and was strong opponent of all reforms which would diminish its privileges and extend the rights of native peoples of Baltic region.

The establishment of new independent national states - Estonia and Latvia in territory of Baltic governorates in 1918 after collapse of the Russian Empire and defeating of Germany in World War I gave a chance to preserve the Baltic heritage of legal culture and its further development, for example, by codification of Civil Law of Latvia (in effect from 1st January of 1938) which finally liquidated previous territorial and estate particularism of civil law.

Bibliography

1. Bartlett, R., *The Russian Nobility and the Baltic German Nobility in the*

⁸⁶ See: Luts, M., *The Ambivalence of Reforms and their Absence: Baltic Lectons of the 19th Century*, Juridica International, No. 1, 2006, pp. 73 – 74.

- Eighteenth Century*, Cahiers du monde russe et soviétique, vol. 34, n°1-2, Janvier-Juin 1993, pp. 233 – 243.
2. Blūzma, V., *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*. In: Social Changes in the Global World. 6th International Scientific Conference. Proceedings. Shtip, 2019, pp. 575 – 588.
 3. Buddenbrock, G.J. v. (editor), *Sammlung der Gesetze, welche das heutige Livländische Landrecht enthalten, kritisch bearbeitet*. Bd. II. Aeltere hinzugekommene Landesrechte, Abt. I, Landesordnungen vom Jahr 1621 bis 1680, Häcker, Riga, 1821.
 4. Bunge, F.G. v., *Einleitung in die liv-, esth- und curländische Rechtsgeschichte und Geschichte der Rechtsquellen*, F.J.Koppelson, Reval, 1849.
 5. *Das Schwedische Land- und Stadt-Recht*, G.M. Nöller, Riga, 1709.
 6. Dogiel, M., *Codex Diplomaticus Regni Poloniae et Magni Ducatus Lituaniae*, Tomus V, Vilnae, MDCCLIX.
 7. Ducmanis, K., *Iz Baltijas provinču tiesībām*, P.Bērziņš, Rīga, 1913.
 8. Dunsdorfs, E., *Latvijas vēsture. 1710. – 1800*. Daugava, [Stockholm], 1973.
 9. *Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen und der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements. Allgemeiner Theil*, Drukerei der Zweiten Abtheilung S.K.M. Eigener Kanzellei, St. Petersburg, 1845.
 10. *Geschichtliche Uebersicht der Grundlagen und der Entwicklung des Provinzialrechts in den Ostseegouvernements. Besonderer Theil*, Drukerei der Zweiten Abtheilung S.K.M. Eigener Kanzellei, St. Petersburg, 1845.
 11. Kalniņš, V., *Latvijas PSR valsts un tiesību vēsture. I*, Zvaigzne, Rīga, 1972.
 12. Kotkas, T., *Royal Police Ordinances in Early Modern Sweden: The Emergence of Voluntaristic Understanding of Law*, Brill, Leiden, 2014.
 13. Krūze, A., Zigmunde, A., *Izglītības un pedagoģiskās domas attīstība Latvijā, Latvija un latvieši*, IV sēj., Latvijas Zinātņu Akadēmija, Rīga, 2013, pp. 90 – 119.
 14. Laurs, M., *Katrīna II un muižniecības autonomija Baltijā*, Latvijas Vēstures Institūta Žurnāls, No. 3, 2013, p. 31 – 44.
 15. Laverty, N., *Imperial Janus: Patterns of Governance in the Western Borderlands of the Tsarist Empire*, (2014), Doctoral Dissertations, 148. - https://scholarworks.umass.edu/dissertations_2/148.
 16. Luts, M., *Private Law of the Baltic Provinces as a Patriotic Act*, Juridica International, No. 1, 2000, pp. 157 – 167.
 17. Luts, M., *The Ambivalence of Reforms and their Absence: Baltic Lectons of the 19th Century*, Juridica International, No. 1, 2006, pp. 68 -75.
 18. Pihlajamäki, H., *Conquest and the Law in Swedish Livonia (ca. 1630–1710): A Case of Legal Pluralism in Early Modern Europe*, Brill, Leiden, 2017.

19. Ramm – Helmsing, H., *David Hilchen. 1561 – 1610. Syndikus der Stadt Riga*, Deutsche Wissenschaftliche Zeitschrift für Posen. Heft 31, 1936, pp. 141 – 212.
20. Rummel, C. von., *Die Quellen des Curländischen Landrechts*. Bd. I. Lief. 3. Acta Commissionis de anno 1617. F.Kluge, Dorpat, 1848.
21. Rummel, C. von., *Die Quellen des Curländischen Landrechts*. Bd. I, Lief. 4, F. Kluge, Dorpat, 1850.
22. Rusovs, B., *Livonijas kronika*, Aka, Grand Haven, 1976.
23. Russow, B., *Chronica der Prowintz Lyfflandt*, Bart, s.l., 1584.
24. Schirren, C., *Livländische Antwort an Herrn Juri Samarin*. 3.Auflage, Duncker & Humblot, Leipzig, 1869.
25. Švābe, A., *Latvijas tiesību vēsture*. III daļa, LU stud. Padomes grāmatnīcas izdevums, [Rīga], 1934.
26. Švābe, A., *Latvijas vēsture 1800 – 1914*. 1, Avots, Rīga, 1991.
27. Ungerns-Šternbergs, J. fon, *Kā notiek kapitulācija? Baltiešu kapitulācijas Pēterim I Eiropas kontekstā*, Latvijas Vēsture, No. 4 (48), 2002, pp. 11 – 20.
28. Vipers, R., *Budberga un Šrādera kōdeka projekta izstrādāšana 1730. – 1740.g.*, Senatne un Māksla, No. 4, 1936, pp. 19 -27.
29. *Volumina Legum*. Przedruk zbioru praw staraniem XX. pijarów w Warszawie, od roku 1732 do roku 1782, wydanego. T. II, IV, V. J. Ohryzko, Petersburg, 1859 - 1860.
30. Zeids T., *Senākie rakstītie Latvijas vēstures avoti*, Zvaigzne, Rīga, 1992.
31. Zemzaris, T., *Spīdzināšana kā procesa elements Vidzemē*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, No. 1, 1938, pp. 155 – 205.
32. Ziegenhorn von, Ch., *Staatsrecht der Herzogthümer Curland und Semigallen*, J.J.Kanter, Königsberg, 1772.
33. Гончаров, М. *Национально-образовательная политика на западных окраинах Российской империи XIX – начала XX вв.*, The Humanities and Social Science, No. 25, 2015, pp. 79 – 89.
34. Гуляевъ, А. М., *Единство гражданскаго права и проектъ гражданскаго уложения*, Киевъ, 1903.
35. Евстратъев, О. *Курляндское герцогство в политической системе Речи Посполитой (вторая половина XVI - конец XVIII вв.)*, Беларускі гісторічны зборнік, No. 47, 2017, pp. 44 – 56.
36. *Историческія свѣденія об основаніях и ходѣ мѣстнаго законодательства губерній Остзейскихъ*, Санктпетербургъ, 1845.
37. Кодан, С.В., Февралёв, С.А., *Местное право национальных регионов Российской империи: истоки, место в политике и идеологии, юридическая природа (вторая половина XVII - начало XX вв.)*, Юридические исследования, 2013, № 2, [online]. DOI: 10.7256/2305-9699.2013.2.464 URL: https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=464, pp. 74 - 154.
38. Лутс-Соотак, М., *Гражданское уложение Остзейских губерний (1864/65)*

- как памятник римского права*, Вестник НГУ. Серия: Право. 2012. Том 8. Выпуск 2, pp. 262 – 273.
39. Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ), Собрание 1-ое, Типография II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, СанктПетербург, 1830.
 40. Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ), Собрание 2-ое, Типография II Отделения Собственной Его Императорского Величества Канцелярии, СанктПетербург, 1830 – 1885.
 41. Полное собрание законов Российской империи (ПСЗРИ), Собрание 3-е, Государственная типография, СанктПетербург, 1885 – 1916.
 42. Самарин, Ю. Ф., *Окраины Россіи*. Серия первая. Русское Балтійское поморіе. Выпуск I, Прага, 1868.
 43. Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ. Часть первая. Учрежденія. СанктПетербург, 1845.
 44. Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ. Часть вторая. Законы о состояніяхъ. СанктПетербург, 1845.
 45. Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній Остзейскихъ. Часть третія. Законы гражданскіе. СанктПетербург, 1864.
 46. Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. Санкт-Петербург, 1845.

ДАНОЧНИ КРИВИЧНИ ДЕЛА ОД ВИСОК СТЕПЕН ЗАКАНА НА ПЕРЕЊЕ ПАРИ

Доцент др Ванда Божиќ

Правен факултет, Универзитет за бизнис академија во Нови Сад, Белград
vanda.bozic@pravni-fakultet.info

Доцент др Сузана Димиќ

Правен факултет, Универзитет во Приштина, Косовска Митровица
suzana.dimic@pr.ac.rs

Доцент др Мирјана Ѓукиќ

Правен факултет, Универзитет во Приштина, Косовска Митровица
mirjana.djukic@pr.ac.rs

Анстракт

Потребата за живеење во општествена заедница бара обезбедување на средства за финасирање на трошоците на таа заедница, а плаќањето на даноци се смета за општа правна должност на граѓаните и е сосема оправдано. Затоа што тоа има влијание на економската моќ, бидејќи се намалува расположливиот доход, оданочувањето може да предизвика различни модалитети на избегнување од страна на даночните обврзници. Честопати, даночните обврзници намерно и намерно преземаат одредени дејствија со што ги кршат даночните регулативи со цел да ја намалат или целосно да ја исполнат нивната даночна одговорност. Инкриминирањето на најтешките облици на противправното однесување од даночните обврзници како даночни кривични дела, има за цел остварување на кривично правна заштита на фискалниот систем на државата. Наспроти широкиот спектар на високо профитабилни криминални активности, во фокусот на трудот се даночните кривични дела, бидејќи со нив директно се влијае на економската но и на национална безбедност на државата. Во трудот се анализира меѓународната и национална кривична рамка за борба против перење пари како облик на организиран криминалитет. Авторите ја анализираат и испитуваат судската пракса во врска со пријавените кривични дела за перење пари, судски постапки (обвиненија) и донесените пресуди во последните пет години. Правосудната пракса сведочи за сè почесто вршење на оваа категорија кривични дела, како и многу високи профити кои што се стекнуваат со нив. Вака стекнатите профити можат да бидат извор на „валкани пари“, но докажувањето на неговото потекло во праксата е многу тешко. Отежнувачка околност настапува кога нелегално стекнатиот профит се интегрира во легалните финансиски текови. Проблемите од овој вид можат да се избегнат со јака и континуирана соработка помеѓу правосудните и други надлежни органи, која што би резултирала со испитување на потеклото на парите од почетната фаза, фазите на вложување, кога докажувањето и процесуирањето е изводливо.

Клучни зборови: незаконско однесување на даночните обврзници, фискален систем, перење пари.

TAX CRIMINAL OFFENSES AS A HIGH DEGREE OF THREAT FOR MONEY LOUNDERING

Vanda Božić, Assistant Professor

Faculty of Law, University of Business Academy in Novi Sad, Beograd

vanda.bozic@pravni-fakultet.info

Suzana Dimić, Assistant Professor

Faculty of Law, University in Priština, Kosovska Mitrovica

suzana.dimic@pr.ac.rs

Mirjana Đukić, Assistant Professor

Faculty of Law, University in Priština, Kosovska Mitrovica

mirjana.djukic@pr.ac.rs

Abstract:

The need to live in a community requires the provision of funds to finance the costs of that community, and taxation is considered legitimate. Because economic power is captured, as disposable income is reduced, taxation can trigger different taxpayer resistance modalities. Often, taxpayers intentionally and deliberately undertake certain activities that are in breach of tax regulations in order to reduce or completely default on their tax liability. Incriminating the most serious forms of illegal behavior of taxpayers as tax crimes is aimed at providing criminal protection of the fiscal system of the state. Against a wide range of highly profitable criminal activities, tax crimes are the focus of this work, because they directly affect the economic as well as national security of the state. The paper points the international and national criminal framework for combating money laundering as a form of organized crime. The authors has been analyzed and investigated case law in relation to reported money laundering offenses, court proceedings initiated (indictments) and convictions issued in the last five years. The jurisprudence testifies to the increasing frequency of committing this category of offenses, as well as to the extremely high profits generated by them. The profits gained in this way can be a source of “dirty money”, but proving its origin in practice is difficult. An aggravating circumstance occurs when the illicitly acquired profits are integrated into legal cash flows. Difficulties of this kind can be avoided by closer and continuous cooperation between the judiciary and other competent authorities, which would result in an examination of the origin of money at the initial, investment stage, when proof and prosecution are in some way feasible.

Keywords: *illegal behavior of taxpayers, fiscal system, money laundering.*

1. Вовед

Даночите од самиот почеток на постоење се врзуваат за потреба од финансирање и функционирање на државата. Фискалната цел била не само примарна, туку и единствена цел до крајот на деветнаестиот и почетокот на дваесетиот век кога со напуштањето на доктрината на економскиот либерализам,

даноците превземаат улога на инструмент за остварување економски, социјални, демографски и други цели. Даночењето секогаш било осетливо прашање од почетокот до соврмените даночни форми, поради судир помеѓу општиот и индивидуалниот интерес. Од една страна, постои потреба за обезбедување на средства неопходни за оптимално финансирање и функционирање на општествена заедница. Од друга страна, даночењето, граѓаните го доживуваат како терет бидејќи со даночењето се намалува нивниот расположив приход. Заради тоа што со даночењето се намалува нивната економска сила, доаѓа до промени во нивните економски одлуки, предизвикувајќи со посредување на пазарниот механизам ефекти во стопанството. Покрај тоа, често со тенденција да го намалат или потполно да го отстранат својот даночен товар, даночните обврзници преминуваат кон разни облици на даночна евазија. Таа може да биде легална евазија (анг. *tax avoidance*), кога даночните обврзници ги користат можности кои се дозволени согласно закон, како што е на пример, промена на местото на живеење или седиштето на вршење на дејноста. Постои и „неприфатлива“ легална евазија кај која што доаѓа до злоупотребување на правото. Во тој случај активностите на даночните обврзници се упатени на тоа “итро и снаодливо” да го избегнат плаќањето на данокот, а не на остварување деловни или економски цели, на пример, тоа го постигнуваат со заклучување на симулативни правни работи. Кај тн. нелегална евазија (*tax evasion*) активностите на даночните обврзници се упатени на свесно и намерно кршење на даночните прописи со цел намалување или потполно неисполнување на своите даночни обврски. Најтешките облици на противправно однесување на даночните обврзници (даночни деликти) се инкриминирани како даночни кривични дела.

Карактеристично е дека даночните обврзници се насочени кон противправно однесување, не само за избегнување плаќањето на данокот. Во последно време, сè почеста е намерата со избегнување на плаќањето на данокот да се стекне повисок приход на начин кој нивното незаконско потекло ќе се прикрие со легалните финансиски текови. Кога настанува таква ситуација даночните кривични дела представуваат кривични дела -предикатни за перење пари. Затајување на нелегално стекнатите приходи (потекнати од затајување на данок), отвора можност за понатамошно спроведување на разни финансиски трансакции што од повеќе страни му штети на државниот буџет и во согласност со тоа го загрозува финансискиот систем.

2. Даночни кривични дела - основни елементи

Кога не постои почитување на даночните обврски се превземаат мерки на казнена политика. Најтешки облици на даночни деликти се инкриминирани како даночни кривични дела. Даночната кривична пракса е разнообразна во поглед на нормирање на даночните кривични дела. Во повеќето земји се пропишани со кривичното законодавство, а во поедини земји со даночното законодавство. На

пример, инкриминацијата на кривичното дело за даночно затајување во Србија има интересна историја. За време на постоењето на СФРЈ ова кривично дело било регулирано со кривично законодавство, како и некое време по распаѓањето на СФРЈ во рамките на кривичното законодавство во Србија. Со донесувањето на законот во кој што со еден општ акт е регулирана целокупната материја на даночната постапка и даночната администрација,¹ даночното затајување почнува да се регулира во рамките на даночното законодавство. Сепак, со стапување на сила на Кривичниот законик од 2005 година, уредувањето на кривично дело-даночно затајување е вратено во домен на кривичното законодавство.

Постојните законски решенија пропишуваат еден основен и два тешки облици на ова кривично дело, при што линија на разграничување е висината на данокот што се затајува. Износот на затаениот данок е важен не само кај разграничување на обликот на даночното затајување (па според тоа и одредување на висина на казната), туку и за постоењето на ова кривично дело. Тоа е објективен услов за инкриминација, бидејќи доколку износот за неплатен данок е под пропишаниот износ² на активната или пасивната активност од која се состои, дејството на извршување на ова кривично дело нема да претставува кривично дело. Може да содржи елементи кои се однесуваат на даночен прекршок во кој случај ќе се применува прекршочна казна.

Една од карактеристиките на даночните кривични дела е кумулативното пропишување на паричната казна и казна затвор. Со сторување на даночни кривични дела, како и останати даночни деликти, државната каса останува скратена за оној износ на средствата кои би ги имале кога даночните обврзници би ги почитувале своите даночни обврски. Од друга страна, даночните затајувачи со извршување на даночните кривични дела остваруваат корист, затоа што го зголемуваат својот расположив приход за износ од данокот кој што биле должни да го платат. Оттука, при изрекување на казната во конкретниот случај судот ќе биде должен покрај казната затвор да изрече и парична казна.

За да постои вина на сторителот потребно е да бидат исполнети соодветни услови во поглед на вината од истиот. Овие кривични дела можат да се извршат само со умисла а не од невнимание. Бидејќи за нивното постоење е потребна намера на сторителот, овде може да се работи само за директна умисла. Од друга страна, за постоење даночни кривични дела не е потребно сторителот да успее да ја оствари својата цел, односно, да го избегне плаќањето на данокот. Како сторител се јавува и физичко лице кое е даночен обврзник (значи, кое

¹ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, Сл. гласник РС, бр.80/02, 84/02, 79/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/14, 112/15, 15/16, 108/16 и 30/18.

² Наспрам важечки одредби од Кривичниот законик на Србија тоа е сума од милион динари (т.е.околу 8500 евра).

според законот е должен да плати данок), но може и други физички лица, како што се законски застапници, даночни полномошници и сл. Кај овие кривични дела може да постојат сите облици на соучесништво. Таков е случајот, кога две или повеќе лица ќе извршат кривично дело, посебно кога во прашање се износи за неплатен данок. Исто така, можно е потикнување кога едно лице го потикнува другото лице да го изврши ова дело и во тоа да му помага.

Бидејќи даночното затајување е едно од кривичните дела кои можат да се јават со други организирани криминални активности, се поставува прашањето за потекло на приходот кој подлежи на даночење. Едно од начелата на даночната постапка е всушност начелото на утврдување на фактичка состоја, што значи дека даночните факти се утврдуваат според нивната економска суштина.³ Како предмет за даночење се земат фактите со кои се докажува постоење на одредена економска сила на даночниот обврзник. Оттука, се инсистира на економската суштина, бидејќи затајувањето на економска суштина зад правната форма би можело да го наруши начелото за правично даночење.⁴ Во ситуациите кога со симулирана правна постапка се покрива одредена друга правна активност за утврдување на даночните обврски, даночната администрација ќе превземе правна постапка на дисимулираната активност како основ.

Така на пример, ако е фингирана продажната цена на недвижности за да се избегне даночната обврска и плаќањето данок на капитална добивка, што се појавил како разлика помеѓу набавната и продажната цена на недвижноста, во постапката за утврдување на даночна основица како основа ќе се земе вистинската цена на недвижноста, односно, нејзината пазарна вредност. Кривичното право се врзува, исто така, за економскиот фактицитет. Затоа што во опишувањето на работата за извршување на ова кривично дело, законодавецот во Србија не инсистира на тоа дека се работи за законски стекнат приход. Прво, организираниите криминални активности го карактеризираат извршувањата на голем број нелегални активности, но тие можат да бидат пратени или прикриени со некои легални активности. Се поставува прашање, што ќе се случи со приходите кои се стекнати од незаконски активности, со вршење кривични дела, прекршоци и стопански престапи. Ако се земе во обзир економската суштина тоа би значело дека во случај лицето да не поднесе даночна пријава за стекнат приход, ќе постои кривично дело даночно затајување. Така стриктната примена на начелото фактицитет, едно е од битните начела на даночното право. Во тој случај лицето би било кривично одговорно за сторување на незаконски дејствија, на пример, продажба на опојни дроги а во исто време и кривично одговорно за даночно затајување затоа што не го пријавил приходот што го стекнал од таа дејност на даночната администрација. Меѓутоа, во српската

³ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, чл. 9.

⁴ Поповић Д, *Коментар Закона о пореском поступку и пореској администрацији*, Cekos in, 2003, стр.18.

пракса постои став дека нема обврска за самопријавување на деликтни дејствија. Според тоа, доколку би постоела обврска за поднесување на даночни пријави за незаконски стекнат приход и предмети, тоа би значело дека постои обврска за самопријавување.⁵

3. Даночни кривични дела како предикатни кривични дела за перење пари - осврт на одредени прашања во праксата

Кривичните дела во сверата на финансиското работење, вклучувајќи ги и даночните, во последно време добиваат меѓународни размери, а освен тоа се сместуваат во категоријата високопрофитабилни. Даночното затајување, криумчарење, како една од компонентите на организирани криминални активности, носат висок степен на опасност по финансиската безбедност на ниво на меѓународната заедница. За да биде борбата против даночниот криминал поефикасна, поставени се десет глобални принципи на кои што треба да биде заснована соработката помеѓу сите оние органи кои се надлежни за негово спречување, откривање и докажување во кривичната постапка. Еден од нив се однесува на тоа дека надлежните органи треба да посветат повеќе внимание на даночните кривични дела како предикат за перење пари. Ваквата идеја на меѓународното ниво најпрво е представена како идеја од општ карактер во смисла дека сите посериозни кривични дела треба да се третираат како предикат за перење пари.⁶ Според стандардите FATF - Financial Action Task Force (промовира политика на заштита на глобалниот финансиски систем за перење пари и тероризам) воспоставен 2012 година (ревизиран 2019 година), предвидена е листа на таксативно наброени кривични дела кои потенцијално носат висок степен- закана за прење пари, меѓу кои значајно место завземат и даночните кривични дела.⁷ Република Србија е една од земјите кои според напред наведените препораки (стандарди) FATF, изработи национална процена од ризикот за прење пари и финансискиот тероризам согласно податоците собрани во периодот од 2012 до 2017 година.⁸ Иако како генусен поим се користи терминот „ризик“, „закана“ и „ранливост“. Закана, кога зборуваме за перење на пари, ги подразбира сите оние активности или субјекти кои со своите активности носат доволно висок потенцијал за да и направат штета на државата, финансискиот систем, општество и др. Овде би можело да се земат во предвид

⁵ Кулић М, Милошевић Г, *Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаќивање пореза по одбитку у српском кривичном праву*, *Анали Правног факултета у Београду*, година LIX, 2/2011, стр. 327.

⁶ *Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles*, OECD, Paris, 2017, p. 54.

⁷ *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF (2012-2019), Paris, p. 115-116.

⁸ *Procena rizika od pranja novca i procena rizika od finansiranja terorizma*, 2018, str. 6, достапно на: <https://mtt.gov.rs/download/Sazetak%20NRA%20za%20javnost.pdf?script=lat>, пристапено: 25.06.2020.

средствата со кои располагаат припадниците на организирани криминални групи, или приходите стекнати со кривичните дела кај кои се појавува еден сторител. Во двата случаи се работи за претходни кривични дела со кои се остваруваат големите суми на пари. За да може на адекватен начин да се изврши процена од заканата за перење пари, земено се во обзир одредени показатели кои се однесуваат на: кривични дела со кои се стекнува противправна имотна корист, предикатни кривични дела за кои е покрената кривична постапка и за перење пари, висина на откриените /одземените/ проценети противправни имотни користи стекнати со извршувањето на предикатното кривично дело, најчесто извршување на предикатните кривични дела.⁹

Според резултатите на статистичката анализа за периодот од 2007 година до 2017 година, направени како резултат на самостојната истражувачка работа од коавторот,¹⁰ помеѓу даночните кривични дела, како најчесто се покажало затајување на данок. Така вкупниот број на поднесени кривични пријави за даночното затајување изнесува 9.931 или 27% од вкупниот пријавениот-стопански криминалитет а 0,87%, од вкупниот број пријавени кривични дела; вкупниот број поднесени кривични пријави криумчарење изнесува 2.167, што е 6,13% од вкупниот број на поднесени кривични пријави за кривични дела против стопанството а 0,19%, во вкупно пријавениот број кривични дела. Најмал дел на поднесени кривични пријави се однесува на неплаќање данок на добиток, 569, што е 2,25% од вкупниот број поднесени кривични пријави за кривични дела против стопанството а 0,07%, од вкупниот број пријавени кривични дела. Во периодот од 2013 година до 2017 година, со споменатите даночни кривични дела, државниот буџет е оштетен за 55.481.901.670,11 динари (462.349.180,58 еура), додека само за даночното затајување одземен е имот во вредност од 737.855 еура, а привремено заплена имот во вредноста од 1.898.907,66 евра.¹¹ Земајќи ги во вид показателите на кои се темели националното оценување од заканата за перење пари како и од расположивите статистички податоци, даночните кривични дела за примарно затајување на данок, припаѓаат во категоријата висок степен на кривични дела закана за перење пари. Меѓутоа, прашање на кое треба да се посвети внимание е како судовите постапуваат во оние случаи каде постојат основи за сомневања дека нелегално е стекнат профит „испан“, односно кога постапката се води за некое од даночните кривични дела како предикатен воедно и за перење пари. Во нашата правосудна пракса реално постои опасност во вакви случаи, јавниот обвинител ваквите работи на сторителите

⁹ *Ibid*, str. 13.

¹⁰ Dimić S, Đukić M, Tax fraud in Serbia (Normative and practical aspect), International Scientific Conference „Archibald Reiss Days“, Thematic Conference Proceedings of International Significance, Belgrade, 6-7 November 2019, Vol. I, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, 2019, p. 217-230.

¹¹ Procena rizika od pranja novca i procena rizika od finansiranja terorizma, op. cit., str. 15.

кои претставуваат перење пари да ги оквалификува како даночно затајување (поради нивната поврзаност, предикатно-последично кривично дело), сметајќи притоа дека даночното затајување како главно кривично дело многу лесно може да се докаже, отколку понанатамошниот тек на финасиски трансакции кои го вклучуваат стапувањето на нелегално стекнатиот профит (даночно затајување) со легалните финансиски текови. Според искуствата на еден од авторите од нашата правосудна пракса вакви ситуации се можни, а притоа негативно можат да се одразат на државниот буџет затоа што на сторителот му се става на терет само плаќањето на данокот (по одредена даночна стапка), а нема да му се одземе противправната имотна корист стекната со перење на пари, што сèвкупно ја отсликува негативната пракса на нашите судови.¹²

Освен тоа, ваквото постапување се коси со одредбите на Кривичниот законик на Република Србија. Имено, ако сторителот преку пример така наречени фантом фирми изврши одредени трансакции со намера потеклото на стекнатиот приход да го прикрие, на тој начин таквиот заплет на активности треба да се оквалификува како перење на пари. Субјективниот елемент, намерата да се прикрие незаконитото потекло на парите или намерата да се избегне плаќањето на данок, подвлекува јасна линија за различност, но очигледно е анулирана во понапред споменатата негативна судска пракса. Од друга страна, сосем поинаква пракса имаат англиските судови кои што правото на судските прецеданти има за себе позитивно искуство. Така во предметот во кој обвинителот е против Фултон и Вуд, Апелациониот суд во Лондон ја одбил жалбата од одбраната и ја потврдил пресудата на првостепениот суд, со образложение дека поголема штета на финансискиот систем во Англија нанесуваат испраните незаконски приходи (перење на пари), од оние стекнати само со предикатни кривични дела.¹³ Англија инаку држава која што низа години се соочува со феноменот перење пари, така што јавните обвинители имаат доволно искуство во докажување на незаконитото потекло на приходот, а на штета на финансискиот систем секако не ја заобиколуваат оваа задача.

¹² Duzlevski I, Pranje novca, CJP, str. 9, достапно на: http://www.fcjp.ba/analize/Ivan_Duzlevski1-Pranje_novca.pdf, пристапено: 26.06.2020.

¹³ Duzlevski I, op. cit. str. 15. (Случајот „данок рингишпил“; Во кривичната постапка се проценува дека Вуд, како директор на компанијата „Омнис“ и неговиот менаџер Фултон, извршиле 597 трансакции со промет од 35 милиони фунти, и дека во 2011 година избегнале данок од 17,5 милиони фунти (21 милиони евра) на оштетување на Англија. Поради големиот број на трансакции со пари, двајцата беа осудени со првостепена пресуда со затвор за кривично дело перење пари (Вуд, 7 години затвор, Фултон, 4,5 години затвор). Одбраната ја оспорила првостепената пресуда во делот што се однесува на висината на изречените казни. Апелациониот суд ја одбил жалбата и ја потврдил пресудата на првостепениот суд, сметајќи дека постапил правилно, кога во својата пресуда за перење пари ја имал предвид тежината на дејствијата од тоа кривично дело, а не предикативното кривично дело, во овој случај затајување данок. Одлуката беше образложена со фактот дека финансискиот систем е оштетен во висина на паричен износ што претставува перење на нелегален приход а не на оној добиен со извршување на кривично дело.

4. Перење пари

Според чл. 245 од Кривичниот законик (КЗ)¹⁴ “кој ќе изврши конверзија или пренесе имот, ако знаел дека тој имот потекнува од криминална дејност, со намера да се прикрие или лажно прикаже незаконито потекло на имотот, или прикрие или лажно прикаже, фактот за имотот со знаење дека тој имот потекнува од криминална дејност, или стекнал, држи или користи имот со знаење во моментот на прием дека тој имот потекнува од криминална дејност, ќе се казни со казна затвор од шест месеци до пет години и парична казна.”¹⁵ Ова е темелниот облик на кривичното дело. Законот предвидел и неколку квалификаторни облици од ова кривично дело. Првиот, ако износот на парите или имотот преминува еден милион и петстотини илјади динари, сторителот ќе се казни со затвор од една до десет години и парична казна. Другиот квалификаторен облик, ако кривичното дело е извршено во група, казнив е со казна затвор од две до дванаесет години и парична казна. Со законот е предвидено одземање на парите и имотот остварени со извршување на кривично дело перење пари.

Кога зборуваме за перење пари, зборуваме за обид за легализација на имотната корист, стекната со противзаконски дејствија односно предикатното кривично дело. Перење пари опфаќа специфичен процес кој што се состои од повеќе фази.¹⁶ Во првата почетна фаза, полагање на незаконито стекнатите пари се користи за разни плаќања и на тој начин се вклучува во финансиските текови. После тоа, како тн. чисти пари се користат во банковни, трговски, купопродажни, инвестициски и други стопански активности.¹⁷ Намерата на сторителите на кривичното дело е со вложување на незаконито стекнатите пари и внесување на такви пари во легалните активности да не се открие потеклото на парите како и таквите пари да не се поврзат со носителите на криминалните работи. Меѓутоа, во поново време банките и финансиските институции обврзани се да ги пријават сите поголеми готовински трансакции што оди во прилог на рано откривање на извршеното кривично дело-перење пари односно откривање на неговото потекло и природа. Во втората фаза, фаза на лежење се прикрива правото потекло на незаконитите пари низ поединачни легитимни трансакции кои имаат незаконита цел да ги одвојат парите од незаконитиот извор. Вреди да се спомене дека во оваа фаза ќе се одвиваат повеќе банкарски трансфери, интернет плаќања како во националниот така и во меѓународниот сообраќај.

¹⁴ Kривični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

¹⁵ Чл. 245.ст. 1. *Ibid.* KZ

¹⁶ Cindori S, *Sustav sprječavanja pranja novca*, Financijska teorija i praksa 31(1) 2007, p. 56.

¹⁷ Palijaš D, Hržina D, Biluš A, *Preventivni sustav i kazneni progon pranja novca*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2017, p. 4-5.

Третата етапа е фаза на интеграција која подразбира спојување на незаконито стекнатите средства со законите. Во последната фаза која што е насловена како етапа во која е многу отежната детекцијата на изворот на парите, можиме да се сретнеме со различни техники на перења на пари, како што се: основање анионимни компании во државите каде постои заштита на приватноста, со праќање фиктивни сметки со кои што се проценува вредноста на стоката што на перачите на пари им дава можност да можат да ги префрлат средствата на компанијата од една во друга земја, потоа трансфер на пари во законита банка од банка.¹⁸

Од страна на ОН имаме три значајни документи. Првиот документ-*Конвенцијата на ОН против незаконит промет на опојни дроги и психотропни супстанции* од 1988 година¹⁹ која претставува прв целосен меѓународен документ во спречување на илегално производство и трговија на опојни дроги со цел на превземање превентивни и репресивни мерки против перење пари. Потоа, вреди да се спомене *Меѓународната конференција на ОН за сузбивање на финасирање на тероризмот* од 1993 година²⁰ која го уредува спречувањето и откривањето на перење пари во врска со тероризам, на начин што ги обврзува државите потписнички во своето кривично законодавство да го инкриминираат финансирањето на тероризмот како кривично дело.²¹ Трет многу важен меѓународен документ донесен од страна на ОН во Палермо е *Конвенцијата*,²² која пропишува конфискација и одземање пари или имот кој што потекнува од криминал или е користен во криминални цели, па налага меѓународна соработка во поглед на конфискација и одземање на пари или имот.²³

Со *Стразбуриката конвенција за перење, барање, заплена и конфискација на приходи стекнати со криминал* од 1990 година, државите потписнички се обврзале дека во своите националните законодавства ќе го инкриминираат перењето на пари како кривично дело со законска обврска на одземање имотна

¹⁸ Božić V, Nikač Ž, *Comparative overview of money laundering in criminal legislation of the Republic of Croatia and the Republic of Serbia*, Book of Proceedings, 31st International Scientific Conference on Economic and Social Development – Legal Challenges of Modern World”, Faculty of Law University of Split, 7-8 June 2018, p. 454-467.

¹⁹ Закон o ratifikaciji Konvencije UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci, Službeni list SFRJ, br.14/90.

²⁰ Закон o potvrđivanju Međunarodne konvencije suzbijanju finansiranja terorizma, Službeni list SRJ, br.7/02.

²¹ Giraldo J, Trinkunas H, *Terrorism Financing and State Responses: A Comparative Perspective*, Stanford University Press, Paolo Alto, CA, 2007.

²² UNCATOC - UN Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Treaty Series, vol. 2225.

²³ Чл.12-14. *Ibid.*

корист настаната со извршување на кривичното дело.²⁴ Република Србија ја ратификува конвенцијата во 2002 година. После 11 години донесена е *Рамковна одлука на Советот на Европа 2001/500/ЈНА за перење пари, идентификување, истражување, замрзнување, заплenuвање, и конфискување на предмети и имотна корист стекната со кривичните дела*, која што е значајна по тоа што таксативно ги наведува кривичните дела на кои што може да се примени конфискација и воведува конфискација заснована на вредности.²⁵ Во Варшава на 16.05.2005 година донесена е *Конвенцијата на Советот на Европа за перење, истражување, заплenuвање и одземање приходи стекнати со криминал и за финасирање на тероризам*, која што ја замени Конвенција на Советот на Европа за перење, истражување, привремено одземање и одземање на приходи стекнати со кривично дело од 1990 година.²⁶ Со Варшавската Конвенција инкриминирано е финансирањето на тероризмот како кривично дело па се усвоени новини врзани за перење пари и финасирање на терористички организации.

Од страна на Европската унија потребно е да се спомене Директивата (ЕУ) 2015/849 на Европскиот парламент и Советот од 20.мај 2015 година, за спречување и користење на финансискиот состав со цел перење пари или финасирање тероризам,²⁷ па Директивата (ЕУ) 2018/1673 на Европскиот парламент и Советот од 23 октомври 2018 година за борбата против перење пари со кривично правни средства чија главна цел е да го криминализираат перењето на пари ако е направено со намера и знаење дека имотот е стекнат со криминална активност.²⁸

²⁴ Закон o potvrđivanju Konvencije o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom, Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori, br. 7/02.

достапно на: <http://www.mpa.gov.me/biblioteka/zakoni?sortDirection=Desc&pageIndex=7&alphabet=cyr>, пристапено: 01.06.2020.

²⁵ Thomas J, Day L, Jackson F, *Инструменти и најбоље праксе у меѓународној сарадњи за одузимање имовинске користи*, Приручник за обуку, Advice on Individual Rights in Europe (АИРЕ Центар), Регионална антикорупцијска иницијатива (РАИ), 2019 стр.18.

²⁶ Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Council of Europe Treaty Series - No. 198, Warsaw, 16.05.2005, достапно на: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371f>, пристапено: 01.06.2020. Закон o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o pranju, traženju, zapleni i oduzimanju prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma, Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori, br. 19/09.

²⁷ Direktiva (EU) 2015/849 Evropskog Parlamenta i Saveta od 20. maja 2015. o sprečavanju korištenja finansijskog sustava u svrhu pranja novca ili finansiranja terorizma, o izmeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Evropskog Parlamenta i Saveta te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta i Direktive Komisije 2006/70/EZ, Službeni list Evropske unije L 141/73, достапно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>, пристапено: 01.06.2020.

²⁸ Direktiva (EU) 2018/1673 Evropskog parlamenta i Saveta od 23. oktobra 2018.

Националната правна рамка на Република Србија во спречувањето на перење пари опфаќа: Закон за кривична постапка (ЗКП),²⁹ Закон за одговорност на правни лица за кривични дела,³⁰ Закон за девизно работење,³¹ Закон за банките,³² Закон за платен промет,³³ Закон за Народна банка на Србија,³⁴ Закон за заштита на податоците за личноста³⁵ и Закон за спречување на перење пари и финасирање на тероризам.³⁶

5. Кривично дело -перење пари во судска пракса на Република Србија

Табела бр.1. ја прикажува бројната состојба на пријавени, обвинети и осудени лица за кривично дело *Перење пари* од чл.245 на Кривичниот законик на Република Србија (КЗ РС) во последните пет години (од 2014 година во 2018 година). Прво што можиме да приметиме е релативен мал број пријавени, обвинети и осудени лица за наведеното кривично дело во сите години на анализираниот петгодишен период што ни говори во прилог на многу големи темни бројки во извршување на овие врсти криминални активности.

Најголем број пријавени имаме во последните години во периодот 2018 година, во која се евидентирани 32 пријави, додека најмал број пријави е забележен во 2014 година (9). Најмногу обвинети имаме во 2016 година (11), додека најмалку ги има во 2014 и 2017 година (2). Слично е што се однесува до осудените лица, 2016 година забележува најмногу осуди (11), додека најмалку осудени има во 2017 година (1).

Службените податоци за 2019 година се уште не се публикувани што е и причина зошто не се прикажани во оваа испитување.

godine o borbi protiv pranja novca krivičnopravnim sredstvima, L 284/22 Službeni list
Europske unije 12.11.2018., достапно на: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/
PDF/?uri=CELEX:32018L1673&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1673&from=PT), пристапено: 01.06.2020.

²⁹ Законик о кривичном поступку (ЗКП), Сл.гласник РС, бр.72/11,101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19.

³⁰ Закон о одговорности правних лица за кривична дела, Сл.гласник РС, бр.97/08.

³¹ Закон о девизном пословању, Сл.гласник РС, бр.62/06,31/11,119/12,139/14 и 30/18.

³² Закон о банкама, Сл.гласник РС, бр.107/05,91/10 и 14/15.

³³ Закон о платном промету, Сл.лист СРЈ, бр.3/02 и 5/03, Сл.гласник РС, бр. 43/04, 62/06, 11/09-др. закон, 31/11 и 139/14-др.закон.

³⁴ Закон о Националној банци Србије, Сл.гласник РС, бр.72/03,55/04,85/05-др.закон, 44/10, 76/12, 106/12, 14/15, 40/15-УС, 44/18.

³⁵ Закон о заштити података о личности, Сл.гласник РС, бр.87/18.

³⁶ Закон о спречувању прања новца и финансирања тероризма, Сл.гласник РС, бр.113/17, 91/19.

Табела 1. Пријавени, обвинети и осудени лица за кривично дело *Перење пари* од 2014 до 2018 година³⁷

ПЕРЕЊЕ ПАРИ - ЧЛ. 245 КЗ					
	2014	2015	2016	2017	2018
ПРИЈАВИ	9	14	13	13	32
ОБВИНЕНИЈА	2	8	1	3	8
ОСУДЕНИ	2	2	11	1	7

Ако го погледнеме односот на пријавените, обвинетите и осудените лица за кривично дело *Перење пари* во наведената петогодишна судска пракса, ситуацијата е следната: во 2014 години од вкупно пријавени, обвинети се 22,22% од што на крајот 100% се осудени, во 2015 година обвинети се 57,14% од вкупно пријавени од кои 25% се и осудени, во 2016 година од вкупно пријавениот број обвинети се 84,62%, додека осудени се сите 100% обвинети, во 2017 обвинети се 15,38% од вкупно пријавените лица, а осудени 50,00 % од обвинети, во 2018 година обвинети се 25,00% од пријавени лица, а осудени се 87,50 од обвинети лица.

6. Заклучок

Воспоставување на меѓународниот стандард на полето на борба против даночниот криминал е последица на неговата експанзија, во рамките на класичното и што уште повеќе загрижува организираниот и транснационално

³⁷ Републички завод за статистика на Република Србија: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2014, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 603, Београд, 2015. година; Републички завод за статистика на Република Србија: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2015, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 617, Београд, 2016. година; Републички завод за статистика на Република Србија: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2016, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 629, Београд, 2017. година; Републички завод за статистика на Република Србија: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2017, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 643, Београд, 2018. година; Републички завод за статистика на Република Србија: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2018, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 653, Београд, 2019. година.

организираниот криминалитет. Република Србија својата насоченост кон оваа проблема икако ја покажа со изработка на Национална проценка на ризикот од перење пари и финансирање на тероризам, во која што даночните кривични дела се категоризирани како кривични дела со висок степен на закана за перење пари. Оваа констатација ја потврдуваат статистички податоци кои зборуваат во прилог на тоа дека даночните кривични дела се извршуваат стекнувајќи противправна имотна корист во големи износи, па таа доведува до оштетување на државниот буџет.

Со разгледување на поедини прашања од актуелната судска пракса, може да се изведе заклучок дека борбата против стопанскиот криминал (која ги вклучува даночните кривични дела и кривичното дело перење пари) во Република Србија не представува заокружена целост. Нормативните решенија би требало да се надоградат со судска пракса со која што не би се довела во прашање безбедноста и на финансискиот систем. Стекнувањето на висок профит ретко кога завршува со стадиумот избегнување плаќање данок, туку процесот се продолжува со потреба да се прикрие нелегално стекнатиот приход. Овој период тешко е да се докаже, но не е и невозможно. Споредувајќи ги статистичките податоци, можеме да заклучиме дека кривичното дело перење пари значително заостанува зад даночното затајување, во случаите на нивната поврзаност со главното (предикативно) кривично дело и како последица на кривично дело, односно дека има значително помалку гонети лица за перење пари отколку даночни кривични дела.

Во согласност со тоа, се очекува **органите на гонење во соработка со финансиските установи, да вложат повеќе напор во правец на докажување на споменатите парични текови. Непријавувањето на даночните затајувања поради** неможноста да се докаже последователното кривично дело, перењето на пари, може да делува погубно за економска безбедност на државата.

ЛИТЕРАТУРА

1. Božić V, Nikač Ž, *Comparative overview of money laundering in criminal legislation of the Republic of Croatia and the Republic of Serbia*, Book of Proceedings, 31st International Scientific Conference on Economic and Social Development – Legal Challenges of Modern World”, Faculty of Law University of Split, 7-8 June 2018, p.454-467.
2. Cindori S, *Sustav sprječavanja pranja novca*, Financijska teorija i praksa 31(1) 2007.
3. Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism, Council of Europe Treaty Series - No. 198, Warsaw, 16.05.2005, достапно на: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371f>
4. Dimić S, Đukić M, *Tax fraud in Serbia (Normative and practical aspect)*,

- International Scientific Conference „Archibald Reiss Days“, Thematic Conference Proceedings of International Significance, Belgrade, 6-7 November 2019, Vol. I, University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, 2019, p. 217-230.
5. Direktiva (EU) 2015/849 Evropskog Parlamenta i Saveta od 20. maja 2015. o sprečavanju korištenja finansijskog sustava u svrhu pranja novca ili finansiranja terorizma, o izmeni Uredbe (EU) br. 648/2012 Evropskog Parlamenta i Saveta te o stavljanju izvan snage Direktive 2005/60/EZ Evropskog Parlamenta i Saveta i Direktive Komisije 2006/70/EZ, Službeni list Europske unije L 141/73, dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A32015L0849>.
 6. Direktiva (EU) 2018/1673 Evropskog parlamenta i Saveta od 23. oktobra 2018. godine o borbi protiv pranja novca krivičnopravnim sredstvima, L 284/22 Službeni list Europske unije 12.11.2018., dostupno na: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L1673&from=PT>.
 7. *Fighting Tax Crime: The Ten Global Principles*, OECD, Paris, 2017.
 8. Giraldo J, Trinkunas H, *Terrorism Financing and State Responses: A Comparative Perspective*, Stanford University Press, Paolo Alto, CA, 2007.
 9. *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF (2012-2019), Paris;
 10. Duzlevski I, *Pranje novca*, CJP, dostupno na: http://www.fcjp.ba/analize/Ivan_Duzlevskii-Pranje_novca.pdf, pristapeno: 26.06.2020.
 11. Jill Thomas, Lawrence Day, Fiona Jackson, *Инструменти и најбоље праксе у међународној сарадњи за одузимање имовинске користи*, Приручник за обуку, Advice on Individual Rights in Europe (АИРЕ Центар), Регионална антикорупцијска иницијатива (РАИ), 2019.
 12. Krivični zakonik, Sl. glasnik RS, br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.
 13. Palijaš D, Hržina D, Biluš A, *Preventivni sustav i kazneni progon pranja novca*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2017.
 14. *Procena rizika od pranja novca i procena rizika od finansiranja terorizma*, 2018, dostupno na: <https://mtt.gov.rs/download/Sazetak%20NRA%20za%20javnost.pdf?script=lat>, pristapeno: 25.06.2020.
 15. UNCATOC - UN Convention against Transnational Organized Crime, United Nations, Treaty Series, vol. 2225.
 16. Закон о потврђивању Конвенције о прању, тражењу, заплени и конфискации прихода стечених криминалом, Službeni list SRJ - Međunarodni ugovori, br. 7/02. dostupno na: http://www.mpa.gov.me/biblioteka/zakoni?sortDirection=D_esc&pageIndex=7&alphabet=cyr
 17. Закон о банкама, Сл. гласник РС, бр. 107/05, 91/10 и 14/15.
 18. Закон о девизном пословању, Сл. гласник РС, бр. 62/06, 31/11, 119/12, 139/14 и 30/18.

19. Закон о заштити података о личности, Сл.гласник РС, бр.87/18.
20. Закон о кривичном поступку (ЗКП), Сл.гласник РС, бр.72/11,101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19.
21. Закон о Националној банци Србије, Сл.гласник РС, бр.72/03, 55/04, 85/05 др.закон, 44/10, 76/12, 106/12, 14/15, 40/15-УС, 44/18.
22. Закон о одговорности правних лица за кривична дела, Сл. гласник РС, бр.97/08.
23. Закон о платном промету, Сл. лист СРЈ, бр.3/02 и 5/03, Сл.гласник РС, бр. 43/04, 62/06 ,11/09-др. закон, 31/11 и 139/14-др.закон.
24. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, Сл. гласник РС, бр.80/02, 84/02, 79/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09, 72/09, 53/10, 101/11, 2/12, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/14, 112/15, 15/16, 108/16 и 30/18.
25. Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма, Сл. гласник РС - Међународни уговори, бр. 19/09.
26. Закон о потврђивању Међународне конвенције сузбијању финансирања тероризма, Службени лист СРЈ, бр.7/02.
27. Закон о ратификацији Конвенције УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, Службени лист СФРЈ, бр.14/90.
28. Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, Сл.гласник РС, бр.113/17, 91/2019.
29. Кулић, М., Милошевић, Г., *Однос кривичних дела пореске утаје и неуплаћивање пореза по одбитку у српском кривичном праву*, Анали Правног факултета у Београду, година LIX, 2/2011, 321-343.
30. Поповић, Д., *Коментар Закона о пореском поступку и пореској администрацији*, Секос in, 2003.
31. Републички завод за статистику РС: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2014, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 603, Београд, 2015. година.
32. Републички завод за статистику РС: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2015, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 617, Београд, 2016. година.
33. Републички завод за статистику РС: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2016, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 629, Београд, 2017. година.
34. Републички завод за статистику РС: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2017, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 643, Београд, 2018. година.
35. Републички завод за статистику РС: *Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији у 2018, пријаве, оптужења и осуде*, Саопштење, Билтен број 653, Београд, 2019. година.

ОТВЕТСТВЕННОЕ ГОСУДАРСТВО И КОНСТИТУЦИОННОЕ РЕФОРМИРОВАНИЕ (НА ПРИМЕРЕ РОССИИ)

Наталья Бутусова

Профессор Воронежского государственного университета, доктор
юридических наук

E-mail: nataliabutusova@mail.ru

Аннотация

Статья посвящена конституционно-правовой теории и проблемам практической реализации конституционно-правовой ответственности государства (на примере России), в частности, в связи с осуществлением масштабных конституционных реформ в новых условиях, актуализирующих роль государства как субъекта, несущего основную ответственность за предотвращение внутренних и глобальных угроз. Автором даются определения конституционно-правовой ответственности государства, раскрывается содержание и функции этой ответственности. Функции конституционно-правовой ответственности российского государства представляют собой единую систему различных проявлений социального назначения этой ответственности: регулятивного, превентивного, охранительного, карательного, восстановительного, воспитательного. Функциональный подход позволяет сформулировать широкое понимание ответственности демократического государства, адекватное масштабам стоящих перед ним современных стратегических и текущих задач, направленных на прогрессивное, устойчивое развитие всех стран и народов, сохранение земной цивилизации для настоящих и будущих поколений.

Анализ реальных общественных отношений, в том числе, складывающихся в процессе конституционного реформирования, не позволяет сделать вывод о последовательной и полной реализации ответственности российского государства в конституционно-правовых отношениях с народом и каждым гражданином Российской Федерации. Предложения автора статьи направлены на укрепление конституционной законности в стране и повышение ответственного состояния российского государства как субъекта конституционно-правовых отношений в целях решению задач по переходу России к устойчивому развитию. Государство призвано обеспечить выполнение Конституцией ее роли по созданию правовой основы для перехода к новой модели развития и формированию нормативной базы для всех отраслей права в русле устойчивого развития.

***Ключевые слова:** конституционно-правовая ответственность государства, позитивная ответственность, ретроспективная ответственность, функции конституционно-правовой ответственности государства, конституционное реформирование.*

RESPONSIBLE STATE AND CONSTITUTIONAL REFORMING (ON THE EXAMPLE OF RUSSIA)

Natalia Butusova

Professor of Voronezh State University, doctor of law (Russia)

E-mail: nataliabutusova@mail.ru

Abstract

The paper is devoted to the constitutional legal theory and the problems of the practical implementation of the constitutional responsibility of the state (on example of Russia), in particular, in connection with the implementation of large-scale constitutional reforms in the new conditions, actualizing the role of the state as the subject bearing primary responsibility for preventing domestic and global threats. The author defines the constitutional responsibility of the state, reveals the content and functions of this responsibility. The functions of the constitutional responsibility of the Russian state represent a single system of various manifestations of the social role of this responsibility: regulatory, preventive, protective, punitive, restorative, educational. The functional approach allows us to formulate a broad understanding of the responsibility of a democratic state, adequate to the scale of its modern strategic and current tasks aimed at the progressive, sustainable development of all countries and peoples, preservation of earthly civilization for present and future generations.

The analysis of real social relations, including those taking shape in the process of constitutional reform, does not allow us to conclude that the responsibility of the Russian state in constitutional relations with the people and every citizen of the Russian Federation is consistent and complete. The author's proposals are aimed at strengthening constitutional legality in the country and increasing the responsibility of the Russian state as a subject of constitutional and legal relations in order to solve the problems of Russia's transition to sustainable development. The state is called upon to ensure that the Constitution fulfills its role in creating the legal basis for the transition to a new development model and the formation of a regulatory framework for all branches of law in accordance with the concept of sustainable development.

***Keywords:** constitutional legal responsibility of the state, positive responsibility, retrospective responsibility, functions of the constitutional responsibility of the state, constitutional reforming*

ВВЕДЕНИЕ

Проблема ответственного государства как правового феномена в настоящее время чрезвычайно актуализировалась. Охватившая весь мир пандемия, по мнению ученых, является лишь началом подобных процессов глобального характера, без государственного вмешательства обреченных превратиться в глобальную катастрофу, масштабы которой невозможно предсказать. Кроме того, экономический кризис, международный терроризм, техногенные и экологические катастрофы и иные планетарные проблемы превратили государство в субъекта, несущего основную ответственность за

предотвращение внутренних и глобальных угроз. Сегодня эта роль государства стала очевидной не только ученым, но и политикам, лидерам ведущих государств. Представители различных наук уже не первое десятилетие широко обсуждают стратегические и текущие задачи государств, направленные на прогрессивное, устойчивое развитие всех стран и народов, сохранение земной цивилизации. Стратегия развития современной цивилизации, в международных документах, как известно, получила наименование «sustainable development» (англ.), в переводе на русский – «устойчивое развитие». Одной из главных черт, элементов и гарантий устойчивости государства является его ответственное состояние по отношению к народу, обществу, личности, это ответственность, реализуемая в общецивилизационном процессе перед настоящими и будущими поколениями.

Говоря об ответственности государства, необходимо особо подчеркнуть роль юридической ответственности как одного из видов социальной ответственности. С точки зрения ее отраслевой принадлежности – это конституционно-правовая ответственность: именно конституционное право призвано закрепить новые функции и задачи государства, обеспечивающие его определяющую роль в предотвращении внутренних и внешних угроз и обеспечении устойчивого развития общества. Правовое состояние ответственности должно проявляться во всех сферах при реализации всей системы многообразных функций государства.

Несмотря на несомненную актуальность, проблема конституционно-правовой ответственности государства мало изучена. Более того, как отмечается в недавно изданной монографии, посвященной общетеоретическим и межотраслевым аспектам юридической ответственности, чаще всего, говоря о конституционной (конституционно-правовой) ответственности государства, ученые фактически исследуют «не ответственность государства перед личностью и народом», а ответственность органов власти и должностных лиц.¹ Однако автор настоящей статьи впервые еще в 80-е годы прошлого века сформулировала свою концепцию конституционно-правовой ответственности государства, которая в дальнейшем получила развитие в ее докторской диссертации и современных работах.² Исходные положения этой концепции и

¹ См.: Боброва Н.А., *Общетеоретический и межотраслевой аспекты юридической ответственности*: монография. Москва:Юрлитинформ, 2019. С. 125.

² См.: Бутусова Н.В. *Советское государство как субъект государственно-правовых отношений с личностью* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1983. С. 19; Бутусова Н.В. *Государственно-правовые отношения между Советским государством и личностью*. Воронеж: Изд-во ВГУ, 1986. С.95-110; Бутусова Н.В. *Государственно-правовые отношения между государством и личностью*: монография. 2-е изд., перераб. и доп..М.: Издательство Юрайт, 2018. С. 94-109; Бутусова Н.В. *Конституционно-правовой статус Российского государства*: монография.М.: Изд-во МГУ; Воронеж: Изд-во ВГУ. 2006. С.69-97; Бутусова Н.В. *Российское государство как субъект конституционно-правовых отношений :вопросы теории*. Воронеж:ВГУ,2005 . С.90-

положены в основу данного исследования, в котором конституционно-правовая ответственность государства анализируется на примере России, с учетом ее политических и социально-экономических реалий. Однако, представляется, что теоретический подход к определению юридической природы конституционно-правовой ответственности государства, ее содержанию, функциям может быть востребован для анализа соответствующих отношений на примере любого демократического государства.

Конституционное реформирование – одно из важных направлений деятельности государства: конституция как Основной Закон, будучи правовой основой развития демократического общества и государства, призвана закреплять стратегию развития страны, регулировать общественные отношения адекватно объективным потребностям развития общества и государства, выполнять роль «формализованного договора об общественном согласии»³. И если действующая конституция не соответствует указанным требованиям, возникает необходимость в конституционном реформировании, которое должно осуществляться в строгих правовых рамках и при активном участии гражданского общества. Именно такое, и только такое реформирование, на наш взгляд, может быть определено как ответственное.

Представляется, что российская конституционная реформа 2020 года чрезвычайно актуализировала научное осмысление таких мало изученных проблем теории конституционного права, как «ответственное государство» и «ответственным конституционное реформирование». Как для правовой науки, так и для правотворческой и правоприменительной практики чрезвычайно важно понять, есть ли основания для определения как «ответственных» завершившейся конституционной реформы 2020 года в России и государства, ее проводившего, и сформулировать рекомендации, направленные на повышение ответственности Российского государства в конституционно-правовых отношениях с народом, обществом, личностью.

1. К определению государства в правовой науке.

Поскольку обозначенная тема выходит на целый комплекс теоретических проблем конституционно-правовой науки, но ограниченный объем статьи не позволяет их подобно проанализировать, кратко обозначим нашу позицию по основным из них.

Прежде всего, в юридической науке существует множество определений государства, позволяющих понять его природу и общественно-политическую сущность. Сложность государства как явления и понятия, а также субъективность его восприятия разными авторами объективно обуславливают возможность и

140; Бутусова Н.В. *О конституционно-правовой ответственности Российского государства* // Конституционализм и государственное управление, 2019. №4. С.5-10.

³ Зорькин В.Д. *Конституционный вектор России: 20 лет реализации Основного Закона страны* // Российская газета. 2013. 19 ноября.

неизбежность его многовариантного понимания и разнообразного толкования⁴.

В научной литературе на основе систематизации различных подходов к определению государства (так называемого классического⁵, юридического, социологического, кибернетического) выявлены такие ипостаси государства: как универсальной политической организации общества, как государства – арбитра, как государства – института легализованного принуждения и т.д.⁶

Признавая безусловную важность многоаспектного, всестороннего анализа столь сложного феномена, коим является государство, следует отметить, что далеко не все определения государства помогают уяснить особенности государства как субъекта права и правовых отношений, дать его характеристику в этом качестве. Более того, ни одно из них не в состоянии отразить бытие государства в единстве всех его граней, вместить в себя различные стороны и черты этого феномена⁷.

1.1. Государство как субъект права и правоотношений

Строго говоря, в реальной жизни государство является субъектом права и правоотношений не абстрактных - неких общетеоретических, а конкретно-отраслевых (или системы отраслей права - применительно к международному праву). В зависимости от содержания и характера отношений, в которых участвует государство, оно проявляется в многоликом спектре своих обликов, реализует многообразие ролей в качестве субъекта права и правоотношений. В соответствии с философскими категориями общего, особенного и единичного, уяснить характерные черты российского государства как субъекта конституционного права и конституционно-правовых отношений можно лишь в контексте правовых связей соответствующей отраслевой принадлежности.

Именно *особенности предмета правового регулирования* той или иной отрасли права главным образом и определяют специфику проявления в ней неотъемлемых черт государства как субъекта права и правоотношений.

Так, одним из основных признаков государства является государственный суверенитет. Но если в международном праве государственный суверенитет – это основополагающий критерий государства, который определяет само его бытие⁸, то в гражданском праве специфические свойства государства как властного субъекта, обладающего суверенитетом, не выдвигаются на первый

⁴ См.: *Общая теория государства и права*: академический курс в 3-х томах. Изд.4-е.перераб. и доп./ Отв. ред проф. М.Н. Марченко. Том 1. М., 2016. С113-120; *Теория государства и права* : курс лекций/ под ред. Н.И.Магузоваи А.В. Малько, - 3 изд. перераб и доп.- М., 2017. С.49-57 и др.

⁵ Речь идет об определении государства Г. Еллинеком как системы его элементов (или признаков).

⁶ См.: Тихомиров Ю.А. *Государство на рубеже столетий* // Государство и право . 1997. № 2. С.25.

⁷ См.: ; Бутусова Н.В. *Конституционно-правовой статус Российского государства*, С.12.

⁸ См.: Гаджиев К.С. *Введение в политическую науку*. Учебник для высших учебных заведений. М.1997. С.83.

план, и такая особенность этих отношений, как равенство сторон (субъектов) правоотношений свойственна и правоотношениям с участием государства (ч.1 ст.124 ГК РФ).⁹В конституционно-правовых отношениях государство выступает как исключительно властный субъект, однако государственный суверенитет произведен от суверенитета народа как единственного источника власти в обществе (ст. 3,ст. 4Конституции РФ).

«Российское государство как субъект конституционного права (конституционно-правовых отношений) представляет собой политическую организацию всего российского народа и общества в целом, выступающую в качестве системы всех органов государственной власти, реализующих полномочия и функции государства как важнейшей формы народовластия, осуществляющих социальное назначение государства и выполняющих его роль в обеспечении прав человека и гражданина».

1.2 Об особенностях конституционно-правовых отношений с участием государства

Отразить одну из наиболее ярких особенностей конституционно-правовых отношений с участием государства – их «многоструктурность», «многослойность», позволяет концепция общих правоотношений. С одной стороны, это отношения, так сказать, в чистом виде (традиционные конкретные отношения, субъекты которых «определены путем поименной индивидуализации»)¹⁰, с другой – это общие конституционные принципы, правовые состояния, отражающие сущностные черты российского государства и общества, положения в нем человека и гражданина. Не умаляя значения конкретных конституционно-правовых отношений с участием российского государства, следует подчеркнуть особую важность общих правоотношений (правовых состояний), между государством, народом, личностью¹¹.

Решающая роль общих правоотношений обусловлена тем, что в них в наиболее общей форме выражается суверенитет народа, проявляются сущностные черты государства и правовой статус человека и гражданина, а также в том, что именно они и создают необходимую основу для реализации прав и обязанностей различных субъектов правоотношений с участием государства в конкретных правоотношениях.

⁹ См.:Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 12.05.2020).

¹⁰ См.: Основин В.С. *Советские государственно-правовые отношения*. М., 1965. С. 20-21; Алексеев С.С. *Общая теория права*. Т.2.- М., 1982. С. 103 ;Матузов Н.И. *Актуальные проблемы теории права*. Саратов, 2003. С.125-126.

¹¹ Об особенностях общих правоотношений с участием российского государства см.: Бутусова Н.В. *Российское государство как субъект конституционно-правовых отношений: вопросы теории*. Воронеж, 2005. С.164-176.

Учитывая основополагающее значение именно общих правоотношений как основного средства реализации конституционных прав и обязанностей российского государства, можно говорить о том, что *нахождение в постоянных, длящихся правовых связях с народом, обществом, человеком и гражданином является важнейшей качественной характеристикой и свойством государства - субъекта конституционного права*: именно в этих взаимоотношениях российское государство раскрывает свои основные качественные характеристики как демократического, федеративного, правового, социального и светского (ст. 1,5,7, 13,14 Конституции РФ).

Представляется, современное правовое государство в полной мере должно обладать качествами (признаками) *«правового лица»*. К числу последних в литературе¹², в частности, относят: свойства обособленности, автономности лица; возможность его идентификации; способность обладать волей и быть ее носителем; способность проявлять себя в качестве участника, стороны социальных отношений и связей. Выступая в этом качестве, государство не может «произвольно отказаться от своей правовой роли, снять «правовую маску», оно «обязывается правом исполнять свои функции участника правоотношений»¹³ независимо от воли и желания конкретных личностей, составляющих так называемую властвующую элиту, или персональный состав органов государства, персонифицирующих и представляющих государство во взаимоотношениях с обществом, народом, человеком и гражданином.

Государство участвует в конституционно-правовых отношениях с народом, человеком и гражданином как непосредственно, выступая как система органов государственной власти, *так и тогда, когда от имени государства вступают в правоотношения органы государства, реализующие конституционно-правовую правосубъектность государства*. В первом случае речь идет об участии государства в общих правоотношениях, а во втором – в конкретных. Поскольку в конституционно-правовых отношениях государство выступает как носитель государственного суверенитета, представляют государство в конкретных конституционно-правовых отношениях с упомянутыми субъектами правоотношений, *реализуют его конституционно-правовую правосубъектность*, высшие органы власти и должностные лица, главным образом осуществляющие суверенные права государства и его функции (это, прежде всего, Президент РФ, а также Правительство РФ, Федеральное Собрание РФ, Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ, Генеральный прокурор РФ).¹⁴ Однако, разумеется, названные органы власти

¹² См.: Архипов С.И. *Субъект права в центре правовой системы*// Государство и право. 2005. №7. С. С.14-15.

¹³ Архипов С.И. Указ. соч. С.15.

¹⁴ См. подробно: Бутусова Н.В., *Российское государство как субъект конституционно-правовых отношений: вопросы теории*. Воронеж, 2005. С.20-29; Она же, *Конституционно-правовой статус российского государства*. Воронеж – М.,2006. С.38-41.

вступают в конституционно-правовые отношения и как самостоятельные субъекты правоотношений, *реализуют собственную правосубъектность*.

2. Понятие и содержание конституционно-правовой ответственности Российского государства

Конституционно-правовая ответственность государства по юридической природе - это общее правоотношение (правовое состояние), которое представляет собой постоянные, длящиеся правовые связи между государством и обществом, народом, каждым человеком и гражданином в Российской Федерации. В этом правоотношении регулятивные и охранительные стороны находятся в неразрывном единстве: в рамках регулятивных отношений создаются возможности и существует угроза применения санкций, которые уже в конкретных правоотношениях в случаях совершения конституционно-правовых деликтов должны применяться к государству в лице его высших органов власти и должностных лиц, реализующих суверенные права государства. Однако преобладает именно регулятивная сторона, и государство выступает, главным образом, как субъект позитивной ответственности.¹⁵ Позитивная конституционно-правовая ответственность «не связана с выполнением так называемой наказательной функции, а представляет собой внутренне осознанное активное исполнение субъектами своих юридических обязанностей, требований норм права»¹⁶.

Последствия безответственного (в позитивном смысле) состояния государства могут быть столь катастрофическими для общества, что никакие санкции, примененные к высшим должностным лицам государства, не будут адекватными вреду, причиненному интересам общества, народа, человека и гражданина. Поэтому и ретроспективная, и позитивная сторона ответственности государства имеет, прежде всего, превентивное значение, обеспечивая оптимальное функционирование государственной власти в соответствии с интересами народа, противодействуя превращению государства из органа, стоящего на службе обществу и народу, в организацию бюрократии, обслуживающей свои собственные своекорыстные интересы.

Ответственное состояние государства означает, что государство, действуя в строгом соответствии со ст.1, ст. 2 ,ст. 3, ст.7 Конституции РФ, в рамках общего правоотношения реализует свою обязанность обеспечивать права и свободы граждан, создавать условия для прогрессивного, устойчивого развития общества, при которых человек действительно является высшей ценностью, а

¹⁵ См.: Бутусова Н.В. *Государственно-правовые отношения между государством и личностью*: монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Издательство Юрайт, 2018. С.16.

¹⁶ Добрынин Н.М. *Основы конституционного(государственного) права Российской Федерации: 100 вопросов и ответов. Современная версия новейшей истории государства*: Практическое руководство. 5-е изд., перераб.и доп. Новосибирск: Наука, 2018. С .60-61.

государственная власть подконтрольна народу как единственному источнику власти и главному субъекту властвования.

Разумеется, *характеристика российского государства как политической организации всего российского общества и народа пока еще в большей мере отражает желаемый идеал, теоретическую модель, нежели реальные общественные отношения. Конституционно-правовая ответственность российского государства в единстве позитивного и ретроспективного ее аспектов также пока не может быть определена как уже достигнутое правовое состояние, это пока только теоретическую модель, сопоставляя с которой реальную действительность, можно видеть наиболее острые проблемы, требующие незамедлительного решения.* В частности, система органов государственной власти и местного самоуправления в России серьезно поражены бюрократизмом и коррупцией. Забюрократизированное и коррумпированное государство не способно давать адекватные ответы на современные вызовы и угрозы, не способно направлять общество по пути устойчивого развития, оно не может быть жизнеспособным и сильным.

Сильная власть – это, безусловно, ответственная власть. Для более глубокого понимания сути и содержания конституционно-правовой ответственности российского государства и определения путей преодоления проявлений безответственного состояния этого субъекта конституционно-правовых отношений рассмотрим функции данной ответственности.

2.1. О функциях конституционно-правовой ответственности Российского государства

Функции конституционно-правовой ответственности российского государства представляют собой единую систему различных проявлений социального назначения этой ответственности: регулятивного, превентивного, охранительного, карательного, восстановительного, воспитательного. Функциональный подход позволяет сформулировать широкое понимание ответственности государства, адекватное масштабам стоящих перед ним современных задач.

Ретроспективная сторона конституционно-правовой ответственности государства не играет основной роли в структуре конституционно-правовой ответственности государства, её *охранительная и карательная функции* проявляется в досрочном *по требованию народа*, отрицательно оценивающего деятельность государства, *прекращении полномочий* высших органов власти, высших должностных лиц государства, реализующих суверенные права, конституционно-правовую правосубъектность государства.

К сожалению, в современных конституциях, по общему правилу отсутствует конкретизация возможностей народа по применению санкций по отношению к государству в лице его высших органов и должностных лиц, которая бы

делала реальными охранительные и карательные механизмы конституционной ответственности государства. Необходимость конституционного закрепления упомянутых механизмов непосредственно вытекает из содержания конституционного принципа суверенитета народа и сформулированного наукой управления принципа обеспечения баланса прав, обязанностей и ответственности на всех уровнях власти и управления. В связи с этим представляет интерес норма ст. 95 Конституции Румынии, предусматривающая обязательное назначение референдума по вопросу о досрочном смещении с должности Президента, если предложение об отстранении от должности Президента одобряется Парламентом¹⁷.

Но существующая в России форма правления и реальное соотношение политических сил едва ли позволяют учесть этот позитивный зарубежный опыт и конституционно закрепить возможность досрочного прекращения полномочий Президента РФ (и иных высших органов государственной власти) по требованию народа, внеся соответствующие поправки в Основной закон, а также в ФКЗ «О референдуме Российской Федерации»¹⁸ (п.5ст.6), исключив положения о недопустимости вынесения на референдум вопросов о досрочном прекращении полномочий Президента РФ и иных высших органов государственной власти и должностных лиц. Хотя, конечно, такие положения законодательства способствовали бы дисциплинированию государственной власти, выполняя, прежде всего, превентивную роль, предупреждая безответственную политику государства.

Следует отметить, что ретроспективная конституционно-правовая ответственность государства не сводима к ответственности его органов и должностных лиц. Так, если Президент РФ допускает грубые просчеты, определяя согласно ст. 80 Конституции РФ основные направления внешней и внутренней политики государства, можно говорить о виновности или невиновности конкретного лица, реализующего конституционно-правовую правосубъектность государства, а не о вине государства в целом, которое является субъектом конституционно-правовой ответственности независимо от вины субъектов конституционно-правовых отношений, реализующих суверенные права государства. Но и в отношении последних, как правильно отмечалось в литературе, вина не может быть обязательным условием конституционно-правовой ответственности, так как это «сузило бы диапазон ее применения» и «исказило бы социальное назначение этой ответственности».¹⁹ Определение же вины государства в целом как субъекта конституционно-правовой

¹⁷ <https://studizba.com/files/show/doc/223586-1-konstituciya-rumynii-ot-21-noyabrya-1991.html> (дата обращения: 10.05.19).

¹⁸ См.: О референдуме Российской Федерации: Федер.конст. закон от 28. 06.2004 №5- АРП// СЗ РФ. - 2004.- №27. - Ст. 2710.

¹⁹ См. Шон Д.Т. *Конституционная ответственность*//Государство и право.1995.№7 С.38-39.

ответственности перед народом-сувереном вообще лишено общественно-политического смысла.

Фактическое бездействие *охранительной и карательной функции* конституционно-правовой ответственности государства могла бы в определенной мере восполнить превентивная функция этой ответственности, которая, однако, также нуждается в наполнении ее реальным содержанием.

Превентивная и восстановительная функция ответственности государства перед народом состоит, в первую очередь, в том, чтобы устранять политические, экономические и другие условия, превращающие народ в толпу, когда он утрачивает качества политического субъекта, субъекта властвования. Стратегия устойчивого развития требует вернуть демократии ее душу – реальное народовластие: конституционный принцип суверенитета народа нуждается в государственной поддержке и защите путем укрепления всей системы политических, социально-экономических и правовых гарантий народовластия в Российской Федерации. Государство как инструмент осуществления верховенства и полновластия народа²⁰ призвано способствовать формированию высокого уровня политического и правового сознания народа, превращению его в активного, реального, а не номинального субъекта властвования: без широкого политического участия народа, представителей всех слоев российского общества невозможно ни успешное продвижение по пути устойчивого развития, ни нравственное оздоровление общества и успех в борьбе с коррупцией, ни укрепление законности в стране.

К сожалению, приходится признать, что в России отсутствует должная правовая основа для реального народовластия, что является серьезной преградой при реализации *превентивной и восстановительной функции* конституционно-правовой ответственности российского государства.²¹

Поскольку в правовом состоянии конституционно-правовой ответственности государства *преобладает именно позитивная ответственность*, особенно важную роль играет *регулятивная сторона ответственности государства*.

Государство как субъект социального управления, выполняя задачи, составляющие содержание *регулятивной стороны ответственности государства* по отношению к человеку, российскому народу и обществу, призвано обеспечить оптимальное правовое и управленческое воздействие на отношения, складывающиеся в различных сферах жизни общества, в целях оптимальной реализации экономической, политической, социальной,

²⁰ См.: Эбзеев Б.С. *Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации*. М., 2005. С.355.

²¹ См.: Бутусова Н.В. *Культура управления и конституционный принцип суверенитета народа (на примере России)* // Општествените промени во глобални от свет: книга на апстракти/ Петта меѓународна научна конференција.- Штип: Универзитет ГоцеДелчев, 2018.- С. 499-523.

идеологической и иных основных функций государства.

Регулятивная функция конституционно-правовой ответственности государства по отношению к народу, обществу, личности должна реализовываться посредством его каждодневной деятельности в направлениях, очерченных Конституцией, в связи с выполнением им обязанностей по обеспечению социально-экономического развития страны, гарантированию прав и свобод человека и гражданина и созданием условий для реального народовластия (ст.2,3 Конституции РФ).

Эта деятельность государства будет успешной *только при условии выбора правильной, научно обоснованной стратегии развития Российской Федерации*. Разработка такой стратегии - одно из важнейших проявлений позитивной ответственности государства, его регулятивной функции.

Так, по мнению одного из авторитетных российских ученых - экономистов, сейчас, «когда в повестке дня ... глобальный экономический кризис», России необходимо, как можно быстрее «менять модель социально-экономического развития»: этот кризис «переживут только производящие экономики, к которым Россию можно отнести с очень большой натяжкой».²²

В частности, необходимо напомнить то, что запасов нефти и газа в России (в настоящее время наших главных природных богатств), по мнению ученых, еще хватит на несколько десятков лет. Отсюда не риторический вопрос о том, чем будут обогреваться люди в России в холодную зиму, когда эти запасы будут исчерпаны? Кроме того, сама добыча нефти и газа чрезвычайно вредит экологии, негативно влияет на изменение климата. Во многих странах поэтому активно развивается альтернативная энергетика. По сравнению с США и, странами ЕС использование возобновляемых источников энергии (ВИЭ) в России находится еще на низком уровне. Лидером в этой области в последние годы становится Китай, провозгласивший курс на строительство «экологической цивилизации»: только за четыре года производство солнечной энергии там увеличилось в двадцать раз, а к середине века страна намерена получать восемьдесят процентов энергии из возобновляемых источников энергии. В связи с этим, по мнению экспертов, спрос на нефть в мире упадет уже в текущем десятилетии.²³

Разрабатывая стратегию развития страны, нужно учитывать, что глобальные проблемы современности подготовили новую почву под усиление роли государства, его места в жизни планетарного сообщества людей. Именно государства, в первую очередь, несут основную ответственность за сохранение и развитие нашей цивилизации. Неслучайно, в Обращении российских ученых к Международному научному сообществу, подписанному ведущими российскими

²² Симчера В.М. *Правда и ложь статистики* //Завтра. 2020. №8. С.6.

²³ См.:https://pikabu.ru/story/novyiy_otchyot_rimskogo_kluba_kapitalizm_razrushenie_planety_i_drugie_globalnyie_ugrozyi_5875794(дата обращения 1.03.2018);https://ru.wikipedia.org/wiki/Альтернативная_энергетика (дата обращения: 1.06.2020).

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»(курсив наш. -Н.Б) ²⁴. По мнению ученых, для предотвращения реальной угрозы существованию современной цивилизации необходим переход всех государств на новую стратегию, модель *устойчивого развития* (“*sustainable development*”), означающую *научно обоснованное, управляемое, целенаправленное гармоничное развитие человечества как единого целого с природой и на основе общечеловеческих ценностей.*

Согласно различным научно обоснованным моделям и сценариям развития современной цивилизации на ближайшие десятилетия, у человечества не так уж много времени для осуществления перехода к устойчивому развитию : первая четверть XXI века - критический момент в человеческой истории²⁵, поэтому на каждое государство и гражданское общество ложится *ответственность не только перед настоящими, но и перед будущими поколениями за то, чтобы не опоздать с практической реализацией стратегии перехода к устойчивому развитию.* Этот вывод подтвержден в 2018 г. в юбилейном Докладе Римского клуба «Come on! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet», который остается основной научной площадкой в мире, формулирующей повестку ответственного глобализма и устойчивого развития. Ведущие эксперты пришли к однозначному выводу о неизбежности коренной смены парадигмы развития всей нашей цивилизации, призывая к развитию альтернативной экономики и гармонизации отношений с Природой, «новому Просвещению», духовно-нравственному мировоззрению, единой планетарной гармоничной цивилизации²⁶.

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.

В соответствии с рекомендациями конференций ООН, России, как и другим государствам, до 2005 года следовало разработать *национальную стратегию устойчивого развития.* И большинство стран такую работу провели. В России было принято ряд промежуточных документов, но с 2004 года работа над Государственной стратегией устойчивого развития и проектом Федерального

²⁴ *Обращение российских ученых к Международному научному сообществу*// Парламентская газета.- 2003.-26 нояб.

²⁵ См. : подробно :Бутусова Н.В.*О некоторых проблемах перехода России к устойчивому развитию*// Современное общество и право.2016,№2, С. 55-62; Бутусова Н.В. *О модернизации российской Конституции (цели, задачи, пути осуществления)*//Конституционное и муниципальное право. 2013,№ 1. С.8 - 11.

²⁶ См.: <https://www.researchgate.net/publication/322179030>(дата обращения: 1.03. 2018)

закона « О государственной политике по обеспечению перехода Российской Федерации к устойчивому развитию» в Государственной Думе Федерального Собрания РФ с 2004 года была прекращена²⁷, что едва ли можно признать оправданным не только с точки зрения интересов России, но и интересов всего мира. В Резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединённых Наций «*Преобразование нашего мира: Повестка дня в области устойчивого развития на период до 2030 года*» от 25 сентября 2015 года утверждены Цели и задачи государств-членов ООН в области устойчивого развития. Как говорится в Преамбуле этого документа, «мы преисполнены решимости уберечь планету от деградации, в том числе посредством внедрения рациональных моделей потребления и производства, рационального использования ее природных ресурсов и принятия неотложных мер в связи с изменением климата, с тем чтобы планета могла обеспечивать удовлетворение потребностей нынешнего и будущих поколений, ...чтобы все люди могли жить в условиях процветания и благополучия и чтобы экономический, социальный и технический прогресс продолжался в гармонии с природой».²⁸

В Постановлении Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации «Об итогах парламентских слушаний “Повестки дня ООН в области развития на период после 2015 года – практические аспекты реализации» от 2 марта 2016 года № 95-СФ было сказано, что «органы законодательной власти Российской Федерации подтверждают свою приверженность целям устойчивого развития»²⁹. Однако пока решительных шагов, направленных на реализацию этих целей в России не сделано.

Переход России к устойчивому развитию возможен только при условии серьезных системных преобразований всех сторон жизни общества и государства. Это означает уход от все еще продолжающегося доминирующего сырьевого развития - в 21 веке абсолютно бесперспективного не только с социально-экономической, но и с экологической точки зрения, деофшоризацию российской экономики, переход от элитарной к реальной демократии, развитие и поощрение активности гражданского общества, активизация усилий государства по борьбе с коррупцией во всех эшелонах власти, укрепление законности в стране и т.д.

Как составная часть этих преобразований может рассматриваться конституционная реформа. С проведения *конституционной реформы* неизбежно придется начать перевод системы российского законодательства на модель устойчивого развития. Эту задачу в ближайшие годы, по-видимому, предстоит

²⁷ См.подробно: Бутусова Н.В. *Конституционно-правовой статус Российского государства.*- М.- Воронеж, 2006. С.104-106.

²⁸ https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ares70d1_ru.pdf (дата обращения: 10.03.2016).

²⁹ [http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?doc_itself=&collection=1&nd=201105882&page=1&rdk=0&link_id=6#10\(датаобращения:10.03.2016\)](http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?doc_itself=&collection=1&nd=201105882&page=1&rdk=0&link_id=6#10(датаобращения:10.03.2016)).

решить всем странам, так как ни в одном государстве мира действующие конституции в полной мере не отвечают требованиям обеспечения устойчивого развития. Реформирование принципиальных положений российской Конституции, как известно, возможно только в результате принятия новой Конституции, что возможно только в рамках пересмотра действующего Основного Закона (ст.135 Конституции РФ).

Толькоответственноеконституционноереформирование,рассматривающее Конституцию как безусловную социальную ценность демократического общества и государства способно создать надежную, научно обоснованную конституционную основу для развития страны и ее народа.

Реформирование Конституции способно привести к позитивным изменениям и может быть охарактеризовано как *ответственное* только при соблюдении ряда условий субъективного и объективного характера.

3.Объективные и субъективные условия и черты ответственного конституционного реформирования

Понятие «ответственного» конституционноереформирования, на наш взгляд, не равнозначно понятию «успешного» конституционного реформирования, поскольку последнее -чрезвычайно субъективно. Так, российская правящая политическая элита оценивает итоги недавнего всенародного голосования 2020 года по поправкам к Конституции России как успех, даже триумф: ведь согласно официальным данным, утвержденным ЦИК России, поправки в Конституцию РФ одобрили 77,92% проголосовавших при явке в 67,97%³⁰. Однако не только оппозиционные политики, но и абсолютное большинство ученых-юристов – специалистов в области конституционного права, это мнение не разделяет³¹. Разная оценка в обществе итогов и процедуры всенародного голосования, по-видимому, объясняется различным пониманием роли и значения самой Конституции в современном мире, различиями в правовой культуре и правосознании. Понятие «ответственного реформирования» требует определять успешность конституционной реформы не только по формальным показателям, но учитывать соблюдение ряда требований, предъявляемых к конституционному реформированию: объективных и субъективных условий (факторов).

Необходимым условием успешного проведения конституционной реформы (*своего рода субъективным фактором*) является такая ситуация, когда «верхи» (органы государственной власти олицетворяющие государство в правовом отношении с народом) выражают политическую волю на ее

³⁰ См.: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/63372.html/>(дата обращения: 05.07.2020).

³¹ См.например:*Деконструкция Конституции*//<http://liberal.ru/lm-ekspertiza/dekonstrukciya-konstitucii> (дата обращения: 15.03.2020); https://www.youtube.com/watch?v=gQWWw0F3i_g&feature=youtu.be&fbclid=IwAR03aIPTjcnmuePgQlBn3kLQH4KaMURhpp9M6gassx5C434CKOsTdHr_owo4

проведение, а народ понимает для чего это необходимо, почему такая реформа соответствует его интересам.

Важно, чтобы цели конституционной реформы были сформулированы представителями властвующей элиты предельно честно, открыто и последовательно, с уважением к народу, поскольку никакие ухищрения политтехнологов не в состоянии помешать пониманию истинных целей реформы не только специалистами в области конституционного права, но и людьми, не имеющими юридических познаний. На основе собственных наблюдений, опросов людей старшего поколения, участвовавших во всенародном голосовании, могу сказать, как они поняли цель этого голосования: поддержать Президента Путина. Все говорили примерно одинаково : « Я Конституцию не читал (а), политикой не интересуюсь, но я за Путина, пусть он будет , пока у него хватит сил. При нем пенсии и зарплаты платят, не задерживают, да и со страной в мире стали считаться»

Отметим, что действительно после «лихих 90-х» Президентом В.В.Путиным сделано очень много: по его словам, «пришлось разгрести завалы проблем»³², оставленные его предшественником (Президентом Б. Ельциным). Но стране для дальнейшего поступательного устойчивого развития давно уже нуждается в научно обоснованной, разработанной с неформальным участием гражданского общества Стратегии развития страны на ближайшие десятилетия и в серьезных, даже кардинальных переменах не только в области экономики, но во всех иных сферах жизни общества, в том числе, речь идет об укреплении законности и правопорядка, повышении уровня правовой культуры общества и политической элиты.

А это уже –*объективные условия для модернизации действующей Конституции* и весьма серьезные. Поэтому главные причины, требующие начинать работу над проектом новой Конституцией уже сегодня, связаны с решением задач по переходу страны к устойчивому развитию – новому цивилизационному этапу развития, который может быть определен, по словам В.В.Путина, как переход «в новую культурную, экономическую, технологическую геополитическую эпоху».³³ Главный вопрос: готова ли нынешняя российская элита во главе с действующим Президентом к таким реформам, ведь медлить уже нельзя.

4. Конституция как социальная ценность и конституционная реформа 2020 года в России

Конституция как правовой и идеологический документ полностью способна реализовать свой ценностный потенциал лишь тогда, когда

³² Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ от 16.05.2003 г// Российская газета. 2003. 17 мая.

³³ Путин В.В. Россия сосредотачивается - вызовы на которые мы должны ответить// Известия.2012.16 янв.

обеспечивает регулирование общественных отношений адекватно потребностям общественного развития, и Конституция РФ с множеством ее изъянов и пробелов уже с трудом справляется с этой задачей. Однако, следует признать, что небезосновательно учеными, многие годы поддерживающими отношение официальных властей к Конституции как к «священной корове», которую нельзя трогать, в качестве главного аргумента против конституционного реформирования выдвигается тезис об опасности в ходе его проведения нарушить политическую стабильность в обществе, гарантом которой и является действующая Конституция. Такая опасность реально существует, особенно в случае превращения Конституции в инструмент, средство политики, и недавно завершившаяся конституционная реформа, не объединившая, а расколовшая общество, это красноречиво подтверждает.³⁴

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 и конституционной стабильности. В результате приспособления Основного Закона к политической конъюнктуре, конституция дискредитируется, утрачивает ценность документа, содержащего важные доктринальные положения, являющиеся правовой и идеологической основой развития общества и государства. Подобные подходы абсолютно неприемлемы не только при подготовке новой Конституции, но и при реформировании действующей Конституции путем внесения поправок.

Прошедшая конституционная реформа обнажила серьезнейшую проблему, мешающую прогрессивному демократическому развитию страны – низкий уровень правового сознания и правовой культуры не только части российского общества, но и правящей элиты, по всей видимости, *не рассматривающей Конституцию как безусловную ценность демократического общества и государства.*

Признание Конституции безусловной социальной ценностью предполагает проявление уважения к ней как к Основному закону страны. Едва ли об уважении к Конституции свидетельствует сам состав Рабочей группы (где юридическое образование имели всего 11 из 75 членов, а большинство – это известные музыканты, артисты, спортсмены и т.д.) а также и обсуждение предложений по поправкам «наскоком, с голоса», в ходе процедуры, которая формировалась по ходу самого реформирования и создавала впечатление «спектакля». Возможно, именно вследствие недостаточного профессионализма большинства членов рабочей группы не были поддержаны очень многие действительно важные для управления страной предложения по поправкам, в частности, о стратегическом социально-ориентированном планировании и др.

³⁴ См.: Как Москва пытается протестовать против обнуления//<https://novayagazeta.ru/articles/2020/07/16/86292/> (дата обращения: 16.07.2020).

Вызывает серьезные сомнения легитимность Закона РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 N 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»³⁵, который помимо собственной поправки включает и нормы, регулирующие процедуру ее вступления в силу, а также общие положения, касающиеся общероссийского голосования « по вопросу одобрения изменений в Конституцию Российской Федерации» - эти процедуры, так сказать, *одноразового использования*, подобно процедурам, предусмотренным Положением о всенародном голосовании по проекту Конституции Российской Федерации 12 декабря 1993 года, утвержденным тогда подзаконным актом – Указом Президента ³⁶. А теперь аналогичным образом процедуры детализированы и утверждены Постановлением Центральной Избирательной Комиссии «Порядок общероссийского голосования по вопросу одобрения изменений в Конституцию Российской Федерации»³⁷.

Однако *процедура реформирования*, предусмотренная упомянутым Законом РФ о поправке к Конституции РФ *противоречит ст.136 Конституции*, в соответствии с которой поправки к Конституции вступают в силу «после их одобрения органами законодательной власти не менее чем двух третей субъектов Российской Федерации». Упомянутая норма Конституция не предусматривает никаких промежуточных этапов: ни проверки на конституционность процедуры внесения поправок и их текста, ни общероссийского голосования, кстати, очень напоминающее референдум, но лишенное по сравнению с референдумом важных процессуальных гарантий (в частности, агитационного периода и др.). А российские законы «не должны противоречить Конституции Российской Федерации»(ч.1 ст.15 Конституции РФ).Излишне доказывать, что *ответственное реформирование Основного Закона должно осуществляться только в рамках закона* :конституционный принцип законности(ч .2 ст.15 Конституции РФ)-один из основ конституционного строя Российской Федерации, а «никакие другие положения Конституции не могут противоречить основам конституционного строя Российской Федерации» (ч. 2ст.16 Конституции РФ).

Как проявление неуважения к действующей Конституции России следует рассматривать нарушение в процессе ее реформирования принципиальных положений Федерального закона «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации»от 04.03.1998 N 33-ФЗ

³⁵ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_346019/ (дата обращения :15.03.2020).

³⁶ Указ Президента Российской Федерации от 15.10.1993 г. № 1633//<http://www.kremlin.ru/acts/bank/4597>(дата обращения: 14.03.2020).

³⁷ Порядок общероссийского голосования по вопросу одобрения изменений в Конституцию Российской Федерации: Постановление ЦИК России от 20.03.2020 N 244/1804-7 (ред. от 23.06.2020) <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/74111490/>(дата обращения:06.06. 2020)

³⁸, непосредственно конкретизирующего предусмотренную Конституцией процедуру внесения поправок в ее текст. Речь идет о ч.2 ст. 2, в соответствии с которой *«одним законом о поправке охватываются взаимосвязанные изменения конституционного текста»*, и ст.9,ч.2 ст. 11, согласно которым законодательный орган субъекта РФ обязан рассмотреть Закон о поправке к Конституции *«в срок не позднее одного года со дня его принятия»*, а Совет Федерации *«устанавливает результаты этого рассмотрения» «на своем очередном заседании, следующим за днем истечения» данного срока*³⁹.

Ранее внесенные поправки в Конституцию России (в 2008г. и 2014г), включались в отдельные законы⁴⁰, хотя это были весьма лаконичные поправки, не идущие ни в какое сравнение с масштабными изменениями текста Конституции, которые называются «поправкой к Конституции», но охватывают десятки разнородных по содержанию статей с 3-й по 8-ю главы, т.е., фактически представляют собой новую редакцию Конституции Российской Федерации. Несомненно, организаторы общероссийского голосования «по поправке к Конституции» понимали, что за поправки, относящиеся непосредственно к функционированию публичной власти, народ может не проголосовать, поэтому их объединили с социальными поправками и внесли в один закон: то есть целесообразность (с точки зрения интересов элиты) одержала верх над законностью.

Нарушения ст.9 и ч.2 ст. 11 ФЗ «О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации» не вызвало такой бурной негативной реакции гражданского общества, как нарушение требований ч. 2 ст.2.Возможно, это потому что, эти положения закона и ранее не соблюдались. Если проанализировать хронологию внесения поправок в Конституцию Российской Федерации, то можно увидеть, что *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 поправок в силу в 2008 г. заняла менее двух месяцев, а в 2014 г., когда поправки вносились дважды, соответственно: четыре и четыре с половиной месяца. Между тем, в соответствии с упомянутым Законом, *только органами законодательной власти субъектов Российской Федерации Закон о поправке к Конституции может рассматриваться в течение 1 года со дня*

³⁸ http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_18043/ (дата обращения: 10.08. 2020)

³⁹ См.: там же.

⁴⁰ См.,например : Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы: Федер. Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 6-ФКЗ // [Российская газета](#). 31.12.2008; .О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации: Федер. закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 7-ФКЗ // [Российская газета](#). 31.12.2008.

его принятия, юридически значимым обстоятельством является не скорость рассмотрения Закона о поправке субъектами РФ, а *истечение годовичного срока со дня принятия этого закона*.

«Ускоренное» рассмотрение законов о поправках к Конституции вопреки требований Закона, 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 годовичный 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 Российской Федерации должно быть достаточно времени для принятия ответственного, взвешенного решения. Тем более что ряд новых положений конституционных изменений, в частности, о возможности создания на территории Российской Федерации, так называемых, *федеральных территорий* (ч.1ст.67), вызвали вполне обоснованную тревогу многих субъектов Российской Федерации. Можно ли говорить об ответственном конституционном реформировании, когда на изучение всех изменений Конституции, предусмотренных Законом РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 N 1-ФКЗ, у субъектов Федерации был всего 1 день ! Неслучайно, в ряде законодательных органах власти депутаты говорили о грубых нарушениях предусмотренной законом процедуры и об ее профанации.⁴¹

Демократической практикой разработки конституционных текстов всегда уделялось немалое значение не только содержанию, но и форме конституции, понимаемой в одном из существующих аспектов как определенное внутреннее строение, внутренняя структура Основного закона, когда нормы, составляющие те или иные конституционные институты, располагаются в самостоятельных структурных частях, например, в конкретных главах, (в частности, нормы конституционного института основ конституционного строя составляют 1 главу Конституции РФ, а нормы основ правового статуса личности включены в главу 2). Такая системность необходима для лучшего уяснения и простоты поиска конституционного текста, который должен быть доступен для понимания любому гражданину. Если говорить о форме Конституции в новой редакции, то очевидно, что бессистемное изменение и включение норм, тяготеющих по смыслу к 1 и 2-й главам (нормы которых нельзя было изменять), в главы, посвященные федеративному устройству и органам государственной власти, привело к нарушению логики конституционного текста, внутренней структуры Основного Закона, к «утяжелению» содержания конституционных норм и даже их эклектичному соединению. Примером «конституционного эклектизма» может служить статья 67.1 (здесь говорится и о правопреемстве России, и о

⁴¹ См.: *Обсуждение закона о поправке к Конституции в Московской городской Думе* // <https://www.youtube.com/watch?v=h0FqHXWkcA> (15.03.2020).

территории, и вере в Бога, и об исторической правде, и о детях), и подобная конструкция нормы, к сожалению, - не единственный пример.

По содержанию все изменения текста Конституции можно разделить на две группы: изменения, касающиеся органов публичной власти и так называемые «социальные поправки» (как их назвали СМИ).

Что касается «социальных поправок», то они в большинстве случаев дублируют или несколько детализируют то, что уже закреплено в действующей Конституции (в 1 и 2 главах) и (или) в федеральных законах, отдельным положениям которых теперь придана конституционная значимость.

Разумеется, эта конституционная реформа проводилась ради закрепления изменений первой группы. Конечная цель всех этих поправок - укрепление президентской вертикали власти путем дальнейшего расширения полномочий главы государства и гарантий деятельности Президента РФ (как действующего, так и прекратившего исполнять свои полномочия). В этих целях, в соответствии со ст.83 создается и институт «пожизненного сенаторства» и Государственный Совет Российской Федерации, важную роль в этой системе играет и Администрация Президента, которая формируется в целях обеспечения реализации полномочий Президента (п. «и» ст.83).

Исполнительная власть стала еще более зависимой от Президента, он ею теперь официально руководит, а Председатель Правительства РФ несет персональную ответственность перед Президентом (ст.110,ст.113). Государственная Дума и Совет Федерации получили некоторые дополнительные полномочия по формированию органов государственной власти, но утверждение и назначение ими кандидатур на те, или иные должности осуществляется только по представлению Президента РФ. Президент формирует и судебную власть (сам непосредственно или через Совет Федерации), а теперь может через Совет Федерации прекращать полномочия Председателей и заместителей Председателей Конституционного и Верховного Судов, а также кассационных и апелляционных судов, и всех судей названных судов по довольно неопределенным основаниям (ч.2 п. «л» ст.102). Конституционный Суд, численность которого сокращена с 19 до 11 судей, наделен серьезным объемом дополнительных полномочий, которые в большинстве случаев также должны способствовать реализации президентской власти (ст.125). Собственно, полномочия Президента теперь могут распространяться и на органы местного самоуправления (ч.2 ст. 80), которых лишили организационной самостоятельности (ч. 1.1 ст.130), что является прямым нарушением ст. 12 Конституции, обладающей более высокой юридической силой, чем внесенные изменения в текст Основного Закона. В этом ряду нововведений так называемое «обнуление» президентских сроков (ч.3.1.ст.81), превращающее действующего Президента фактически в пожизненного главу государства, вполне логично вписывается в концепцию реформирования публичной власти в России на основе

принципа ее односторонней централизации.

Анализируя упомянутые изменения, необходимо отметить следующее: аксиомой управленческой науки является вывод о том, что *эффективным может быть лишь управление, основанное на оптимальном сочетании централизации и децентрализации власти.* Кроме того, в результате «совершенствования регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти» были созданы коллизии с конституционными нормами, закрепляющими демократические принципы ее организации и функционирования (принцип разделения властей - ст.10 Конституции, принцип независимости судей- ст.120 и др.), что является *серьезным ударом по авторитету Основного Закона страны.*

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Концепция конституционно-правовой ответственности государства позволяет выявлять требующие устранения деструктивные проявления «деконституционализации»⁴² в деятельности российского государства, в том числе в ходе конституционного реформирования.

Прошедшая конституционная реформа, к сожалению, не способствовавшая укреплению законности и росту правовой культуры общества, актуализировала проблему разработки и принятия новой Конституции России. Но говоря о будущей конституционной реформе в России, необходимо избежать «конституционного романтизма» и «конституционного идеализма»: хотя недостатки действующей Конституции (теперь уже в новой редакции) очевидны, было бы опрометчивым начинать конституционную реформу, не проводя глубоких, системных преобразований всех сторон жизни российского общества и государства. Следовательно, конституционная реформа может рассматриваться как составная часть этих преобразований.

Важным ответственным шагом российского государства, находящегося в правовом состоянии ответственности по отношению к народу, обществу, человеку и гражданину была бы разработка и принятие Государственной стратегией устойчивого развития и Федерального закона «О государственной политике по обеспечению перехода Российской Федерации к устойчивому развитию». Указанные документы должны быть результатом глубокого научного осмысления всего спектра проблем перехода в устойчивому развитию представителями различных отраслей знаний, с участием политиков, органов власти, различных структур гражданского общества.

При условии официального принятия указанных документов есть все основания для признания их в качестве важного источника государственной идеологии в современный период. Государственная идеология устойчивого развития России представляет собой концептуально, научно обоснованную

⁴² См.: Добрынин Н.М. *Деконституционализация – ожидаемое или норма жизни?//* Государство и право.2010.№5. С. 5-14.

систему взглядов и идей, определяющих стратегию качественно новой (в гармонии с природой) модели развития общества и государства, ориентированной на претворение в жизнь гуманистических ценностей и идеалов и предотвращение угроз развитию современной цивилизации при обеспечении соблюдения национальных интересов России.

«В Конституции России в концентрированном виде должны быть закреплены основные цели, задачи и принципы новой цивилизационной модели развития, определены полномочия и ответственность российского государства по отношению к народу, обществу, индивиду, важная роль науки и научного сообщества в новых исторических условиях, а также заложена юридическая основа для правового регулирования отношений в русле устойчивого развития всеми отраслями российского права».⁴³

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С.С. *Общая теория права*. Т.2.- М., 1982.
2. Архипов С.И. *Субъект права в центре правовой системы*// Государство и право. 2005. №7. С. С.14-15.
3. Боброва Н.А. *Общетеоретический и межотраслевой аспекты юридической ответственности: монография*. Москва: Юрлитинформ, 2019.
4. Бутусова Н.В. *Государственно-правовые отношения между государством и личностью: монография. 2-е изд., перераб. и доп.* М.: Издательство Юрайт, 2018.
5. Бутусова Н.В. *Конституционно-правовой статус Российского государства: монография*. М.: Изд-во МГУ; Воронеж: Изд-во ВГУ. 2006.
6. Бутусова Н.В. *Российское государство как субъект конституционно-правовых отношений : вопросы теории*. Воронеж: ВГУ, 2005
7. Бутусова Н.В. *Культура управления и конституционный принцип суверенитета народа (на примере России)*// Општествените промени во глобалниот свет: книга на апстракти/ Петта меѓународна научна конференција.- Штип: Универзитет ГоцеДелчев, 2018.- С. 499-523.
8. Бутусова Н.В. *О некоторых проблемах перехода России к устойчивому развитию*// Современное общество и право. 2016, №2, С. 55-62
9. Бутусова Н.В. *О модернизации российской Конституции (цели, задачи, пути осуществления)*// Конституционное и муниципальное право. 2013, № 1. С.8 - 11.
10. Бутусова Н.В. *О конституционно-правовой ответственности Российского государства* // Конституционализм и государствоведение, 2019. №4, С.5-10.
11. Галжиев К.С. *Введение в политическую науку*. М., 1997.

⁴³ Бутусова Н.В. *О модернизации российской Конституции (цели, задачи, пути осуществления)*// Конституционное и муниципальное право. 2013. №1. С.11.

12. Зорькин В.Д. *Конституционный вектор России: 20 лет реализации Основного Закона страны*// Российская газета.19.11. 2013.
13. Добрынин Н.М. *Основы конституционного(государственного) права Российской Федерации: 100 вопросов и ответов. Современная версия новейшей истории государства: Практическое руководство*. 5-е изд., перераб.и доп. Новосибирск: Наука, 2018.
14. Добрынин Н.М. *Деконституционализация – ожидаемое или норма жизни?*// Государство и право.2010.№5. С. 5-14.
15. *Деконструкция Конституции*//<http://liberal.ru/lm-ekspertiza/dekonstrukciya-konstitucii> (дата обращения: 15.03.2020).
16. *Как Москва пытается протестовать против обнуления* // <https://pochaugazeta.ru/articles/2020/07/16/86292/> (дата обращения: 16.07.2020)
17. Матузов Н.И. *Актуальные проблемы теории права*. Саратов, 2003. *Обсуждение закона о поправке в Московскую городскую Думу*//<https://www.youtube.com/watch?v=-h0FqHXWkcA> (15.03.2020)
18. *Обращение российских ученых к Международному научному сообществу*// Парламентская газета.- 2003.-26 нояб.
19. *Общая теория государства и права: академический курс в 3-х томах*. Изд.4-е.перераб. и доп./ Отв. ред проф. М.Н. Марченко. Том 1. М., 2016
20. Основин В.С. *Советские государственно-правовые отношения*. М., 1965
21. *Официальные итоги голосования по поправке к Конституции*//<http://www.consultant.ru/law/hotdocs/63372.html/>(дата обращения: 05.07.2020)
22. Путин В.В. *Россия сосредотачивается – вызовы, на которые мы должны ответить*//Известия.2012.16 янв.
23. Симчера В.М. *Правда и ложь статистики* //Завтра. 2020. №8. С.6.
24. *Теория государства и права : курс лекций/ под ред. Н.И.Матузоваи А.В. Малько, - 3 изд. перераб и доп.- М., 2017.*
25. Тихомиров Ю.А. *Государство на рубеже столетий* // Государство и право. 1997. № 2. С.24-27.
26. Шон Д.Т. *Конституционная ответственность*//Государство и право.1995.№7 С.35-43.
27. Эбзеев Б.С. *Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации*. М.,2005.
28. «Come on! Capitalism, Short-termism, Population and the Destruction of the Planet»//.: <https://www.researchgate.net/publication/322179030>(дата обращения: 1.03. 2018).
29. Конституция Российской Федерации» (принята всенародным голосованием 12.12.1993 с изменениями, одобренными в ходе общероссийского голосования 01.07.2020)//http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/(дата обращения: 5.07.2020).
30. Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН от 25.09.2015 //<https://unctad.org/>

- [meetings/en/SessionalDocuments/ares70d1_ru.pdf](#) (дата обращения: 10.03.2016).
31. О референдуме Российской Федерации: Федер.конст. закон от 28.06.2004 №5-АРП// СЗ РФ. - 2004.- №27. - Ст. 2710.
 32. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ (ред. от 16.12.2019, с изм. от 12.05.2020)// <http://www.kremlin.ru/acts/bank/7279>(дата обращения: 10.06.2020)
 33. О порядке принятия и вступления в силу поправок к Конституции Российской Федерации : Федер. Закон от 04.03.1998 N 33-ФЗ//http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_18043/ (дата обращения: 10.08.2020)
 34. Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 14.03.2020 N 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»// http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_346019/ (дата обращения :15.03.2020)
 35. Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы: Федер. закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 6-ФКЗ // [Российская газета](#). 31.12.2008.
 36. О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации: Федер. закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 7-ФКЗ // [Российская газета](#). 31.12.2008.
 37. Указ Президента Российской Федерации от 15.10.1993 г. № 1633// <http://www.kremlin.ru/acts/bank/4597>(дата обращения: 14.03.2020).
 38. Порядок общероссийского голосования по вопросу одобрения изменений в Конституцию Российской Федерации: Постановление ЦИК России от 20.03.2020 N 244/1804-7 (ред. от 23.06.2020)<https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/74111490/>(дата обращения:06.06.2020)
 39. Постановление Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации «Об итогах парламентских слушаний «Повестки дня ООН в области развития на период после 2015 года – практические аспекты реализации» от 2 марта 2016 года № 95-СФ//http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?doc_itself=&collection=1&nd=201105882&page=1&rdk=0&link_id=6#I0(дата обращения :10.03.2016).
 40. Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ от 16.05.2003 г//[Российская газета](#). 17.05.2003.

WHAT IS THE “FAIRNESS” IN CASE OF APPLYING FOR THE RETROACTIVE THERAPEUTIC USE EXEMPTION IN SPORTS?

Ilia Vasilyev

Ph.D, Associate Professor
Law School
Saint Petersburg State University
Email: i.vasilev@spbu.ru

Abstract

Article 4.3 of the WADA International Standard for Therapeutic Use Exemptions (ISTUE) 2019 edition provides four alternative reasons for the retroactive Therapeutic Use Exemption (TUE) that an athlete can prove. One amongst them is a “fairness criterion”, applying when other criteria could not be met in case of the sportsmen.

The process of obtaining the retroactive TUE on fairness criterion raises a question in context the “fair” and “unfair”. This dilemma could raise the ground of factual circumstances in the particular case of an anti-doping violation. When the sportsman does not have any other criterion for the retroactive TUE, he or she may attempt to argue the fairness in the occasion. Although the Anti-Doping Organizations have the right to decide the content of “fairness”, is it impossible for the Court of Arbitration for Sport (CAS) as a non-professional body on medical issues?

The WADA regulations give us another example of using fairness as a turning point in cases of sportsman’s anti-doping compliance procedures. Thus the articles 10.8 and 10.11.3.4 of the WADA Code 2015 are used as the “fairness exception” for excluding the presumption of disqualifying the sportsmen’s results, points, medals, and prizes in case of anti-doping liability.

To understand what the “fairness” is in cases of anti-doping offenses we turn our view on the CAS practice on issues of the “fairness exception” and “fairness criterion”. In conclusion, we could summarize the CAS approaches to the content of fairness in cases, connected with the process of granting the retroactive TUE.

Keywords: *WADA International Standard for Therapeutic Use Exemptions, fairness criterion, WADA Code, fairness exception, Court of Arbitration for Sport (CAS) practice.*

Introduction

The *natural justice* principle requires that fairness should be observed as a substantial and procedural requirement in cases of liability, including the disciplinary liability in sport. This requirement determines using the fundamental rights and principles in the process of investigating and resolving anti-doping offenses. From the other point of view, the “fairness criterion” and “fairness exception” are more substantial than procedural. At the same time, “fairness” is closely connected with the procedural guarantees – the right to argue the necessity of another way of deciding in your situation.

The anti-doping organization has right to provide retroactive TUE on different criteria, essential including the fairness: “It is agreed, by WADA and by the Anti-Doping Organization to whom the application for a retroactive TUE is or would be made, that *fairness requires the grant of a retroactive TUE*” (Art. 4.3 (d) (emphasis added)¹. The official comment to 4.3(d): If WADA and/or the Anti-Doping Organization do not agree to the application of Article 4.3(d), *that may not be challenged either as a defense to proceedings for an anti-doping rule violation, or by way of appeal, or otherwise*². In certain situations, only this basis leaves the athlete with a chance to receive the retroactive TUE.

In comparison a new 2021 edition of the WADA ISTUE gives us slightly a new formula of fairness criterion basis for granting TUE: “In exceptional circumstances and notwithstanding any other provision in this International Standard for Therapeutic Use Exemptions, an Athlete may apply for and be granted retroactive approval for his/her Therapeutic Use of a Prohibited Substance or Prohibited Method *if, considering the purpose of the Code, it would be manifestly unfair not to grant a retroactive TUE*. For International-Level Athletes and National-Level Athletes, an Anti-Doping Organization may grant an Athlete’s application for a retroactive TUE pursuant to this Article only with the prior approval of WADA (and *WADA may in its absolute discretion agree with or reject the Anti-Doping Organization’s decision*)” (emphasis added)³.

Differences in the 2021 edition were made, firstly, for stipulating the Wada Code purpose as a legitimate certain direction for considering a question of fair or unfair in the situation of a sportsman and, secondly, for adding a “manifestly” to enhance the content of unfairness. Although these amendments have not constructed a concept of fairness, this could be mentioned as a step backward and then forward in comparison with the previous edition of the WADA ISTUE. “Manifestly” means that Anti-Doping Organization has to answer a question, does level of unfairness is crucial or not for receiving the retroactive TUE case-by-case basis. This discretion seems us a dangerous but also a necessary decision. That is why we said about the step backward and forward simultaneously – the dimension is in hands of the Anti-Doping Organization. Then, the 2021 edition of the WADA ISTUE emphasized a role not only of the administrative body of the international sports federation or other

Anti-Doping Organizations but also the Court of Arbitration for Sport (CAS) as an appeal instance.

However, the fairness has been used by WADA not only in ISTUE but also in the WADA Code. 2015 and 2021 editions of the WADA Code propose similar “fairness exception” when the fair dictates saving the results, points, medals, and prizes obtained by the sportsman after the date of sample collection until the start of the period of disqualification. The fairness exception is also used while the Anti-Doping Organization answers the question to disqualify or not the results of the team in cases of liability for anti-doping violations for one of its athletes. In comparison, both editions of the WADA Code put forward identical norms on the mentioned issue of fairness (see below).

WADA Code 2015	WADA Code 2021
<p>10.8. In addition to the automatic Disqualification of the results in the Competition which produced the positive Sample under Article 9, all other competitive results of the Athlete obtained from the date a positive Sample was collected (whether In-Competition or Out-of-Competition), or other anti-doping rule violation occurred, formulate through the commencement of any Provisional Suspension or Ineligibility period, shall, <i>unless fairness requires otherwise</i>, be Disqualified with all of the resulting Consequences including forfeiture of any medals, points and prizes¹ (emphasis added).</p>	<p>10.10. In addition to the automatic Disqualification of the results in the Competition which produced the positive Sample under Article 9, all other competitive results of the Athlete obtained from the date a positive Sample was collected (whether In-Competition or Out-of-Competition), or other antidoping rule violation occurred, through the commencement of any Provisional Suspension or Ineligibility period, shall, unless fairness requires otherwise, be Disqualified with all of the resulting Consequences including forfeiture of any medals, points and prizes² (emphasis added).</p>
<p>10.11.3.4. In Team Sports, where a period of Ineligibility is imposed upon a team, <i>unless fairness requires otherwise</i>, the period of Ineligibility shall start on the date of the final hearing decision providing for Ineligibility or, if the hearing is waived, on the date Ineligibility is accepted or otherwise imposed. Any period of team Provisional Suspension (whether imposed or voluntarily accepted) shall be credited against the total period of Ineligibility to be served³ (emphasis added).</p>	<p>10.13.2.4. In Team Sports, where a period of Ineligibility is imposed upon a team, <i>unless fairness requires otherwise</i>, the period of Ineligibility shall start on the date of the final hearing decision providing for Ineligibility or, if the hearing is waived, on the date Ineligibility is accepted or otherwise imposed. Any period of team Provisional Suspension (whether imposed or voluntarily accepted) shall be credited against the total period of Ineligibility to be served⁴ (emphasis added).</p>

EXAMPLES OF THE APPLICATION OF ARTICLE 10.	EXAMPLES OF THE APPLICATION OF ARTICLE 10.
6. According to Article 10.8, all results obtained by the Athlete subsequent to the date of the Sample collection until the start of the period of Ineligibility would also be Disqualified <i>unless fairness requires otherwise</i> ⁵ (emphasis added).	6. According to Article 10.8, all results obtained by the Athlete subsequent to the date of the Sample collection until the start of the period of Ineligibility would also be Disqualified unless fairness requires otherwise ⁶ (emphasis added).

The legal positions of the CAS will allow us to understand what should be “fair” and “unfair” from the WADA Code and WADA ISTUE in cases of anti-doping violations. We will also focus on the question of whether it is possible to draw an analogy within the framework of the WADA Code to particular occasions. Finally, we offer a list of “fairness” examples.

1. The “fairness exception” in disqualifying the sportsman’s results, ranking points, and returning the prize money.

We wish to point out that “fairness” as an exception in disqualifying the sportsman’s results, ranking points, and returning the prize money is a threat to some Panels of the CAS. Sometimes fairness interpreted strictly and formally, which is not the optimal solution. The mentioned fairness exception had been made in the WADA Code and then was implemented in regulations of Anti-Doping Organizations. This was done not for the checkmark. The Anti-Doping Organizations must investigate in every case is it possible to use fairness as a point for the balance in the global sport when the sportsman is fully responsible for his professional life in connection with the risks of anti-doping regulations infringements. But also around are enough factual circumstances which may affect the sportsman and then it is quite necessary to answer a question: could it be fair not to disqualify the sportsman’s results, ranking points and returning the prize money. As for us, it cannot be ruled out that the only liability of the sportsman for anti-doping violations is an adequate measure without any accompanying negative aftermaths. Although, the strict approach of the CAS to the interpretation of fairness exception is still actual and we demonstrate it on the example of two cases.

Firstly, in the *CAS 2017/A/5301*, the sportsman argued that it would be unfair to annul her previous results due to anti-doping violations. In this case, the International Tennis Federation (ITF) pointed out the beginning of the period of the disqualification of results from the date of the sportsman’s date of sample collection. As sportsman submitted, “the inadvertent ingestion of letrozole was not intended to enhance performance nor did it do so and she did not use letrozole on a regular basis” and her “next doping test was negative and none of her subsequent results have been affected by the ingestion of letrozole. The next match took place on 8 March

2017, 20 days after her positive test”⁴. Accordingly, there was no unfairness to other sportsmen due the using the prohibited substance. Nevertheless, the CAS did not accept the proposing approach. The Panel put one’s mind to the fact that *the fairness exception was constructed for occasions when “during a phase of non-suspension, performance-enhancing effects were no longer present”*⁵. Then for exception’s applying it is the sportsmen’s burden of proof to present evidence, proving factual circumstances of absent the performance-enhancing effects in the period before the date of sample collection. *The only key for fairness exception is to find evidence for the non-performance impact of the prohibited substance or the prohibited method.*

Secondly, in *CAS 2016/O/4464* the CAS chose a dual position on the issue of the fairness exception. On the one hand, the Panel understood that the period of disqualification of the sportsman’s results seemed long enough and then “must be deemed excessive in terms of proportionality”⁶. At the same time, the Panel gave us an explanation of the strict approach: “not to disqualify results that have been achieved by using a prohibited substance or prohibited method *cannot be considered as fair concerning other athletes that competed against the Athlete during this period*” (emphasis added)⁷. So, the CAS perfectly understands the disproportionality of the chosen period of disqualification of the sportsman’s results because of its excessiveness. For the CAS *this strictest approach is motivated by the aim of the anti-doping sanctions – to remove cheating records from the history and correct unfair results in favor of honest sportsmen.* Say some words about this case. According to the CAS, the sportsman had used a sophisticated plan, scheme, and tactics to hide the use of a prohibited substance or prohibited method. In this situation, only the ignoring the fairness exception could maintain a balance between the aims of deterrence of anti-doping offenses and the measures used for it⁸. A similar conclusion was made

⁴ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (Nado) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018, para. 100. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5301,%205302.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

⁵ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (Nado) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018, para. 216. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5301,%205302.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

⁶ Arbitration CAS 2016/O/4464 International Association of Athletics Federations (IAAF) v. All Russia Athletics Federation (ARAF) & Ekaterina Sharmina, award of 29 November 2016, para. 194. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4464.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

⁷ Arbitration CAS 2016/O/4464 International Association of Athletics Federations (IAAF) v. All Russia Athletics Federation (ARAF) & Ekaterina Sharmina, award of 29 November 2016, para. 194. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4464.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

⁸ Arbitration CAS 2016/O/4464 International Association of Athletics Federations (IAAF) v. All Russia Athletics Federation (ARAF) & Ekaterina Sharmina, award of 29 November 2016, para. 190. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4464.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

by the CAS while arbitrating the *CAS 2017/A/5016&5036* when the Panel postulated that “no reason of fairness is engaged concerning an athlete found responsible for an intentional anti-doping rule violation”⁹ and then it could not find reasons for using the “fairness” exception. In this way, *in cases of intentional anti-doping offenses, there is a little chance for using fairness and save results, ranking points, and other benefits*. Intentional violation blocks all attempts for activation of the fairness exception, although the norm of the WADA Code does not use for it a clause as only non-intentional. But *the practice of the CAS shows us that the factual clause may exist*.

At the same time, the CAS is ready for interpretation of the fairness exception as *actual for the anti-doping offenses with no significant fault or negligence* like in the case *CAS 2017/A/5301*. For obtaining success sportsmen have to prove that the prohibited substance or the prohibited method had no performance-enhancing effect or it is no longer present (substance) in the sportsman’s body or not using (method) for the sportsman’s system¹⁰. The difficulties for sportsman’s burden of proof are more than predictable.

In *CAS 2006/A/1041* the Bulgarian Bobsleigh and Toboggan Federation (BBTF) disqualified the sportsmen, had offended for an anti-doping violation, for a year from the particular date. From the point of CAS view, it was not the justified decision¹¹. In comparison, the Panel named article 10.8 of the Federation International Bobsleigh and Toboggan Rules, gives the opportunity “... where required by fairness – the period of ineligibility can be brought forward to the date of the sample collection”. What should be interpreted as fairness requirements? Firstly, this case shows as some procedural fails and infringements of sportsmen’s fundamental rights were made by the BBTF and its jurisdictional body. The BBTF acted (if we could say “active” in this particular case, the more actual – passive) very unhurriedly, demonstrated an inadequate level of communication with the sportsman before and during the proceedings. Along with the leisurely communication, the BBTF jurisdictional body demonstrated the excessive duration of the proceedings. Secondly, the BBTF was absent in the appeal process, which was noted by the CAS. This behavior of the BBTF cannot be skipped without the adequate reaction from the CAS. Absent of the reaction from the

⁹ Arbitration CAS 2017/A/5016 Ihab Abdelrahman v. Egyptian Anti-Doping Organization (EGY-NADO) & CAS 2017/A/5036 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Ihab Abdelrahman & EGY-NADO, award of 18 December 2017, para. 135. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5016,%205036.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

¹⁰ Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (Nado) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018, para. 223. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5301,%205302.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

¹¹ Arbitration CAS 2006/A/1041 Stefan Ivanov Vassiliev v. Fédération Internationale de Bobsleigh et de Tobogganing (FIBT) & Bulgarian Bobsleigh and Toboggan Federation (BBTF), award of 28 July 2006 (operative part of 30 June 2006), para. 23. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1041.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

respondent increases the level of difficulties for the sportsmen while presenting and commenting on the evidence. Summing up listened problems, the CAS stipulated that period of ineligibility should start retroactively on the day of testing and not from the particular date as indecision of the BBTF. What we could conclude on the issue of fairness from the *CAS 2006/A/1041*? This case closely to the *CAS 2009/A/1782* on the question of procedural fairness: a lack of communication between the parties before and while the BBTF process and the excessive proceedings. Then it may be noticed as the derogation of the *due process* doctrine. Also, the absence of the BBTF while the CAS reduced the value of *the de novo* process because without one of the parties it is slightly difficult to investigate a factual background of the case and the sportsman has limited access to necessary evidence. In the situation of *combining procedural fails* (before and in process of concerning the grounds for offense) *with the not bona fide behavior of the party* (like the BBTF in our case) *fairness dictates a more lenient approach to the sportsman's liability, including the searching the fair date of starting the disqualification.*

In *CAS 2009/A/1782* the mentioned position of the Panel was based on ignoring by the ITF of *lex mitior* principle and that is why other connected procedural problems with the appealed decision had appeared. Basing on the idea of the decision we may conclude that *using the procedural fairness in anti-doping offenses demands to compliance the process with fundamental rights and principles (but not principles of particular branches of law if they do not demonstrate the fundamental value).*

In *CAS 2016/A/4772* the Panel investigates the procedural aspect of fairness criterion in the granting of the retroactive TUE. Article 6.8(b) 2015 edition of the WADA ISTUE obligates the Anti-Doping organizations for “explanation of the reason(s) for the denial”. The sportsmen in this case applying for the retroactive TUE in Fédération Internationale de l’Automobile (FIA), but receiving a deny without explanation. So, the CAS has to answer the question on the legality of the mentioned decision of FIA responsible for granting the TUE body. The Panel goes to a literal interpretation of the wording of article 6.8(b), implementing to the article 4.5.5 FIA Anti-Doping Regulations: “explanation” is a reason or justification, a statement or account that makes something clear”¹². Then a decision not to granting retroactive TUE shall be justified and predictable for the sportsman – formal postulating in the decision that a fairness criterion was not met cannot be considered as a necessary explanation. In conclusion, using the “fairness” as a criterion for granting retroactive TUE *obligates Anti-Doping organizations to give an explanation of this conception in every particular case* and restricts formal proceedings without giving to sportsman an understanding, why it is unfair to grant the retroactive TUE in his or her situation. This legal position existing near the previous decisions postulated the necessity for

¹² Arbitration CAS 2016/A/4772 Diego Dominguez v. Fédération Internationale de l’Automobile (FIA), award of 12 January 2018, paras. 120, 121, 124. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4772.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

Anti-Doping organizations of motivation in the process of obtaining the retroactive TUE. In cases *CAS 2009/A/1948* and *CAS 2013/A/3437* the CAS similarly mentioned: “...we do consider it permissible for the Committees considering TUE applications, measured against the applicable published International Standards criteria, to refer generally to medical and scientific literature and studies which are publicly available and which one or other or both of those Committees may consider relevant and persuasive to a considered and reasoned point of view”¹³. Then the fairness criterion is connected with the disclosing not only suggestions of the Anti-Doping organizations and why this criterion was or was not met in the particular case of the sportsman, but also with the publicly available special literature as an essential ground of the scientific analytic that had been made.

Could a personal liability of sportsmen by the analogy used for liability of a team in a situation without the precise norm of the regulations of the sporting federation? In case *CAS 2004/A/725* the International Association of Athletics Federation (IAAF) was concerned “... that both a purposive and even a literal interpretation of IAAF Rules require that the results of the gold medal-winning U.S.A. team be annulled. The proposition, it says, is straightforward: Jerome Young was ineligible to compete at the Sydney Olympic Games; his results are annulled; therefore the results of the four-some in which he ran must also be annulled; and the results achieved by the four U.S.A. team members who ran in the final race of the relay event must similarly be annulled since they only made it to the finals due to the results achieved by the U.S.A. team in earlier heats, in which Mr. Young ran”¹⁴. The situation had appeared because of absent in the IAAF Rules special provision for disqualifying the results of the team. Later to this Rules were adopted an amendment to the article, which declares, that all competitive results of the team obtained from the date the positive sample was provided or other anti-doping rule violation occurred, through to the commencement of the period of provisional suspension shall, unless fairness dictates otherwise, be annulled, with all resulting consequences for the sportsmen including the forfeiture of all titles, awards, medals, points and prize, and appearance money. But the cited norm was added after the case had appeared. The question was, is it possible by analogy using the disqualification of the results and other benefits of the sportsmen as a ground for the same negative aftermaths? The CAS decides that a “fairness consideration” in the exception “unless fairness dictates otherwise” shows

¹³ Arbitration *CAS 2009/A/1948 Robert Berger v. World Anti-Doping Agency (WADA)*, award of 23 March 2010, para. 97. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1948.pdf> (date accessed: June 13, 2020); Arbitration *CAS 2013/A/3437 International Shooting Sport Federation (ISSF) v. World Anti-Doping Agency (WADA)*, award of 18 December 2014 (operative part of 4 August 2014), para. 157. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3437.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

¹⁴ Arbitration *CAS 2004/A/725 United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC) & International Association of Athletics Federation (IAAF)*, award of 20 July 2005, para. 8. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/725.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

us the aim of the norm and a circle of subjects for whom it is constructed. So, “... absence of a “fairness consideration” in the rule makes it even less likely that it was intended to apply, by implication, to teams as well as to individual”¹⁵. Like in CAS 94/129 the Panel *postulated that every norm of a sporting federation must be precise and understandable for the subjects and it is the one way to their applying shall be predictable*¹⁶.

What we could resume from the *CAS 2004/A/725*? Firstly, *fairness exception* (the CAS named it “fairness consideration”) *in the norms of negative impacts on sportsman and teams blocks liability of sports subjects by an analogy like in the considered decision*. Then, it shall be unfair bringing the team to the liability when the norm does not give any information about aftermaths and negative effects for the team’s sporting results and benefits in case of liability of the team’s members. On the other hand, *fairness shows us if it legal or not to construct a norm for “strict liability” (we mean without fault or negligence) for the results and other benefits of teams without the fairness exception*. The IAAF tried to do so and failed to legalize the attempt. The CAS found that the absence of the “fairness consideration” as a norm for the results and benefits of sportsman in the regulations of sports federation may be justified (although it is utmostly discussible for us), what *cannot be said in case of team’s liability for their sportsmen’s offense*. In *CAS 2004/A/725* the Panel gives us an explanation, not of the procedural fairness, but a substantial one in anti-doping violations cases.

2. The “fairness criterion” in cases of obtaining the retroactive TUE.

In case of obtaining the retroactive TUE under the 2015 edition WADA ISTUE, it is necessary to understand the meaning of the official comment to the article 4.3(d) preventing from appeal a decision on pro et contra grounds. This does not mean a restriction for challenging at all. The article blocks attempts to replace the fairness expertise in a particular case with that of CAS¹⁷. The decision on or against the fairness in obtaining the retroactive TUE must be grounded on medical investigation and research but not on legal ideas and principles. On the other hand, if the fairness was not founded in sportsman situation, CAS has jurisdiction on the ground that the decision not to grant the retroactive TUE was not arbitrary or demonstrates

¹⁵ Arbitration CAS 2004/A/725 United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC) & International Association of Athletics Federation (IAAF), award of 20 July 2005, para. 17. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/725.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

¹⁶ Arbitration CAS 2004/A/725 United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC) & International Association of Athletics Federation (IAAF), award of 20 July 2005, para. 20. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/725.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

¹⁷ See Arbitration CAS 2016/A/4772 Diego Dominguez v. Fédération Internationale de l’Automobile (FIA), award of 12 January 2018, para. 99. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4772.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

“grossly disproportionate, irrational or perverse or otherwise outside of the margin of discretion, or taken in bad faith or without the due process rights provided to the athlete”¹⁸. So, the *expertise of a decision not to obtain a retroactive TUE using the appeal proceedings is necessary actual for protecting fundamental legal grounds of a decision, influencing on rights of a sportsman.*

What happens when the Anti-Doping Organizations fall to demonstrate the legal grounds of their decisions on offense of anti-doping violations, although not connected with the question of pretending for retroactive TUE? We predict that such legal failings are common in their aftermath in cases on issues of anti-doping violations or accessing for retroactive TUE. As was mentioned in the *CAS 2009/A/1782* decision the Panel finds “although the ITF knew of the adverse analytical findings, it chose not to inform Mr. Filippo Vollandri and to let the latter take part in 19 tournaments before formally charging him with a doping offense. Such a long period is unacceptable and incompatible with the intention of the anti-doping regime that matters should be dealt with speedily”¹⁹. In this case, the Anti-Doping Organization (ITF) has been felt asleep for a very long time (more than 6 months) and then comes back with the questions to the sportsmen about his sample, period of using the inhaler with the substance and the number of puffs. The ITF request could not be satisfied due to the lasting period before, but the organization brings the sportsmen to a liability. The behavior of the ITF corroborates disregarding the fundamental rights of the sportsmen in question “to be or not to be” a liability and how stronger it has to be: the right to a fair trial and the principle of equal treatment and the *lex mitior* principle. Accordingly, the CAS did not find a legal basis for the decision of the ITF and emphasized that the fairness required a more lenient sanction and confirmed the sportsman’s results, ranking points, and the prize money with the exception the Manerbio tournament when his sample to anti-doping was positive. The Panel noticed: “... the ITF Tribunal, applying the *lex mitior* principle, accepted that salbutamol is a specified substance and that it had not been used to enhance sports performance or to mask the use of a performance-enhancing substance. It held that the Player was at fault for inhaling too much salbutamol. It found fair not to disqualify the Player’s results (including ranking points and prize money) obtained before the Manerbio tournament, as he was not aware of any problem arising from the test done at the 2008 edition of the Indian Wells tournament. “However, by 18 August 2008 when the player next competed at Manerbio, he had had sufficient time to obtain some advice about the adverse A

¹⁸ Arbitration CAS 2016/A/4772 Diego Dominguez v. Fédération Internationale de l’Automobile (FIA), award of 12 January 2018, para. 102. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4772.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

¹⁹ Arbitration CAS 2009/A/1782 Filippo Vollandri v. International Tennis Federation (ITF), award of 12 May 2009, para. 55. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1782.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

sample result, including on the question of whether to cease competing”²⁰. Then *the “fairness” promulgated by the CAS as procedural fairness* in cases of sportsmen’s liability on anti-doping violations, when fundamental rights and principles are corroborated in litigation. Reinstated the sportsmen in rights on a basis of procedural fairness obligates the CAS to issue a *de novo* decision, demonstrates a connection between the “fairness” and a necessary sanction, or without liability at all.

Conclusion

The “fairness exception” was constructed by the WADA on a model of the presumption that sportsmen must suffer the deterring negative aftermaths. But this presumption is rebuttable if he or she has special factual circumstances. Then, if he or she could prove the mentioned circumstances it will be possible to postulate a fair decision. And a level of discretion is quite high, the well-motivated decision for or against using the exception has similar chances to be positively reviewed by the CAS. In turn, the CAS has the full power to formulate does the exception exists in the particular case or not. The little worry has appeared because of the strictest approach of the CAS on cases of intentional and without significant fault or negligence. As we have demonstrated, practically there is no room for the chance of exception for a sportsman, offended in an intentional (with fault) anti-doping violation. But this does not directly follow from the wording of the WADA Code. Do not forget that proving the intentional offense is not an easy task. For this, the Anti-Doping Organizations and the CAS use the standards of comfortable satisfaction (when the burden of proof lies on an Anti-Doping Organization) and balance of probabilities (when the burden of proof on a sportsman). Both standards are not the strongest one, it is not beyond any reasonable doubt standard. What would be with fairness in the context of a mistake on intentional violence that may be the non-intentional? Appears that it is time for unambiguity and CAS should not be so unequivocal about no chances for “fairness exception” in cases of “intentional” offenses. What is real, that the CAS in revised decisions does no propose at least basic features of “fairness exception”. This negatively will influence on applying the *equal treatment* principle in future cases of proving by sportsmen this exception – the sportsman could not find a point in the line of “fairness” for comparison between two or more cases.

The “fairness criterion” in obtaining the retroactive TUE is not a question for the jurisdictional bodies or the CAS. This issue is not a legal one and needs special knowledge and then could not be revised by the CAS as an arbitral Panel of lawyers. Nonetheless, the CAS has full power to find out does procedural fairness is observed by the Anti-Doping Organizations. In “procedural fairness” we also include precision and justification of the decision for obtaining or not the retroactive TUE. Sportsmen

²⁰ Arbitration CAS 2009/A/1782 Filippo Volandri v. International Tennis Federation (ITF), award of 12 May 2009, para. 56. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1782.pdf> (date accessed: June 13, 2020).

should easily and without broad interpretation understand the factual grounds for or against his application for the retroactive TUE. At the same time the “fairness criterion” should comply with the fundamental rights and the fundamental law principles. This dictates by the influence of “fairness exception” on to the “fairness criterion”.

We agree with some sports lawyers disappointed in the issue of undefined “fairness” as a criterion for applying the retroactive TUE²¹. With that, the “fairness” in anti-doping cases is broader, than only the “fairness exception” and the “fairness criterion”. Notwithstanding the WADA keeps silent in the content of the Code about fairness as a direct fundamental principle of investigation and dispute resolution, it could not be interpreted as an absence. The CAS is not also wordy on this issue. But indirectly we founded in CAS cases that fairness is a necessary part of the *due process* and, then, an essential element of a *natural justice* doctrine. It is a little chance for meeting in the future versions of the WADA ISTUE a substantial content of the “fairness criterion” for the retroactive TUE.

References

1. Arbitration CAS 2004/A/725 United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC) & International Association of Athletics Federation (IAAF), award of 20 July 2005. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/725.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
2. Arbitration CAS 2006/A/1041 Stefan Ivanov Vassiliev v. Fédération Internationale de Bobsleigh et de Tobogganing (FIBT) & Bulgarian Bobsleigh and Toboggan Federation (BBTF), award of 28 July 2006 (operative part of 30 June 2006). <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1041.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
3. Arbitration CAS 2009/A/1782 Filippo Volandri v. International Tennis Federation (ITF), award of 12 May 2009. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1782.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
4. Arbitration CAS 2009/A/1948 Robert Berger v. World Anti-Doping Agency (WADA), award of 23 March 2010. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1948.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
5. Arbitration CAS 2013/A/3437 International Shooting Sport Federation (ISSF) v. World Anti-Doping Agency (WADA), award of 18 December 2014 (operative part of 4 August 2014). <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3437.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
6. Arbitration CAS 2016/A/4772 Diego Dominguez v. Fédération Internationale de l'Automobile (FIA), award of 12 January 2018. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4772.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
7. Arbitration CAS 2016/O/4464 International Association of Athletics Federations (IAAF) v. All Russia Athletics Federation (ARAF) & Ekaterina Sharmina,

²¹ Greene Paul, Kaiser Matthew. *How athletes' rights can be better protected when it comes to retroactive Therapeutic Use Exemptions*, The International Sports Law Journal, No. 19, 2019, p. 37.

- award of 29 November 2016. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4464.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
8. Arbitration CAS 2017/A/5016 Ihab Abdelrahman v. Egyptian Anti-Doping Organization (EGY-NADO) & CAS 2017/A/5036 World Anti-Doping Agency (WADA) v. Ihab Abdelrahman & EGY-NADO, award of 18 December 2017. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5016,%205036.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
 9. Arbitrations CAS 2017/A/5301 Sara Errani v. International Tennis Federation (ITF) & CAS 2017/A/5302 National Anti-Doping Organisation (Nado) Italia v. Sara Errani and ITF, award of 8 June 2018. <http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/5301,%205302.pdf> (date accessed: June 13, 2020).
 10. Greene Paul, Kaiser Matthew. *How athletes' rights can be better protected when it comes to retroactive Therapeutic Use Exemptions*, The International Sports Law Journal, No. 19, 2019, pp. 29 – 37.
 11. WADA ISTUE 2015. <https://www.wada-ama.org/en/resources/therapeutic-use-exemption-tue/international-standard-for-therapeutic-use-exemptions-istue> (date accessed: June 13, 2020).
 12. WADA ISTUE 2021. <https://www.wada-ama.org/en/resources/the-code/2021-international-standard-for-therapeutic-use-exemptions> (date accessed: June 13, 2020).
 13. World Anti-Doping Code 2015. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_anti-doping_code_2019_english_final_revised_v1_linked.pdf (date accessed: June 13, 2020).
 14. World Anti-Doping Code 2021. [wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf) (date accessed: June 13, 2020).

(Footnotes)

1. World Anti-Doping Code 2015. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_anti-doping_code_2019_english_final_revised_v1_linked.pdf (date accessed: June 13, 2020).
2. World Anti-Doping Code 2021. [wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf) (date accessed: June 13, 2020).
3. World Anti-Doping Code 2015. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_anti-doping_code_2019_english_final_revised_v1_linked.pdf (date accessed: June 13, 2020).
4. World Anti-Doping Code 2021. [wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf) (date accessed: June 13, 2020).
5. World Anti-Doping Code 2015. https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada_anti-doping_code_2019_english_final_revised_v1_linked.pdf (date accessed: June 13, 2020).
6. World Anti-Doping Code 2021. [wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/2021_code.pdf) (date accessed: June 13, 2020).

УТВРДУВАЊЕ НА МАТЕРИЈАЛНАТА ВИСТИНА ВО АДМИНИСТРАТИВНАТА ПОСТАПКА

Дејан Витански

Вонреден професор, Правен факултет-Кичево,
Универзитет „Св.Климент Охридски“-Битола, Република Северна Македонија

Е-маил: dejan.vitanski@uklo.edu.mk

Апстракт

Утврдувањето на материјалната вистина е фундаментален принцип во физиономијата на административната постапка. Како супстанцијален елемент, таа го сочинува битието на административната постапка и е етаблирана како нормативна рамка, директива, водилка, патоказ и постулат за службениците при решавање на конкретни административни предмети.

Во согласност со принципот на материјалната вистина, службениците се должни при решавањето на конкретни предмети, односно при одлучувањето за признавање на конкретни права или за одредување конкретни обврски, да водат сметка дејствата што ги преземаат и актите што ги донесуваат да бидат во согласност со духот на материјалната вистина.

Во административната постапка мора да се утврди вистинската состојба на работите во конкретен случај и во таа насока мора да се утврдат сите правно-релевантни факти, кои се од важност за донесување на законито решение. Во тој контекст, овластеното службено лице што ја води постапката треба предметот темелно да го проучи, да ја одгатне неговата суштинска димензија и целосно да ја разјасни фактичката состојба, односно да ја сознае стварната (материјална) вистина во конкретен случај. Меѓутоа, утврдувањето на материјалната вистина секогаш не претставува едноставна работа. Напротив, во одредени сложени предмети, таа може да се претвори во лизгав терен и Ахилова петица на службениците. Поради тоа што утврдувањето на материјалната вистина е една од најсложените административно-правни работи, од овластените службени лица се бара да го употребат целото стручно знаење, професионално искуство, како и логичко и когнитивно расудување заради одгатнување и сознавање на правно-релевантните факти.

***Клучни зборови:** материјална вистина, правно-релевантни факти, административна постапка, службеници.*

DETERMINATION OF THE MATERIAL TRUTH IN THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Dejan Vitanski

Associate professor, Faculty of Law-Kichevo,
University „St. Kliment Ohridski“ – Bitola, Republic of North Macedonia,
E-mail: dejan.vitanski@uklo.edu.mk, 100

Abstract

Determination of the material truth is a fundamental principle in the physiognomy of the administrative procedure. As a substantive element, it constitutes the essence of the administrative procedure and is established as a normative framework, directive, guide, guideline and postulate for officials in resolving specific administrative cases.

According to the principle of material truth, officials are obliged, when decide on specific cases, ie when decide to recognize specific rights or to determine specific obligations, to take into account the actions they take and the acts they adopt to be in accordance with the spirit of the material truth.

In the administrative procedure, the real state of affairs in the specific case must be determined and in that direction all legally relevant facts, which are of importance, must be established for making a legal and correct decision.

In that context, the authorized official who conducts the procedure should thoroughly study the case, determine its essential dimension and fully and completely clarify the factual situation, ie to understand the real (material) truth in the specific case. Determining material truth, however, is not always easy. On the contrary, in certain complex cases, it can turn into a slippery slope and a kind of Achilles heel of the officials.

***Keywords:** material truth, legally-relevant facts, administrative procedure, officials*

ВОВЕД

Основната цел поради која се води секоја правна постапка се состои во утврдувањето на вистината. Така, целта на кривичната постапка е судот да утврди дали лицето против кое е покренат обвинителен акт, навистина го сторило кривичното дело што му се става на товар, под кои услови и околности било сторено делото и следствено на тоа да изрече најсоодветна санкција. Во парничната постапка, исто така, судот утврдува дали тужениот со сторување или несторување повредил некое субјективно право на тужителот, му причинил материјална штета и сл.

Принципот на материјалната вистина доаѓа до полн израз и во административната постапка, кога надлежните органи решавајќи управни предмети одлучуваат за правата, обврските и правните интереси на граѓаните и правните лица.

Со позитивното право на државата се востановуваат правни овластувања

(права) и правни задолженија (обврски или должности) за граѓаните и правните субјекти. Во оваа смисла, со нормите на материјалните закони кои спаѓаат во рамките на административното право, се пропишуваат права и обврски за граѓаните и за правните лица во различни административно-правни области, односно во различни области на општествениот живот. Така, граѓаните често имаат потреба да остварат одредени права од областа на социјалната заштита, здравственото осигурување, пензиското и инвалидското осигурување, градежништвото и урбанизмот, интелектуалната сопственост итн. Меѓутоа, честопати и државата заради остварување на функциите на државната власт, односно заради остварување и заштита на јавниот интерес, има потреба на граѓаните да им наметне одредени обврски, како на пример, плаќање даноци, акцизи, такси, учество во силите за заштита и спасување, учество во отстранување на последици од елементарни непогоди, мобилизација во случај на воени дејствија итн. Кога граѓаните имаат потреба од остварување на одредени права, тие мора да поднесат барање до надлежниот административен орган или организација која врз основа на закон врши јавни овластувања. Поради фактот што правата не им се „сервираат на тацна“, односно не им се признаваат по автоматизам, надлежниот орган мора претходно да спроведе административна постапка со цел да утврди дали граѓанинот во конкретниот случај ги исполнува законски пропишаните услови да му се признае бараното право. Истото важи и во случај кога административните органи треба да им наложат исполнување на одредени обврски на граѓаните и правните лица. И тогаш, службеникот мора претходно да спроведе административна постапка за да утврди дали се исполнети законски пропишаните услови и следствено на тоа да се изрече одредена обврска, забрана, ограничување и слично.

1. УТВРДУВАЊЕ НА МАТЕРИЈАЛНАТА ВИСТИНА ВО АДМИНИСТРАТИВНАТА ПОСТАПКА

Содржината на административната постапка ја сочинуваат процесните дејства што ги преземаат органите и странките, по определен редослед, под определени услови и во определена форма. Збирот на процесните дејствија што ги преземаат процесните субјекти или вкупноста на односите што се воспоставуваат меѓу субјектите кои учествуваат во расправањето за административната работа, ја сочинуваат административната постапка. Процесните дејствија на органите, на странките и на другите учесници се преземаат по определен редослед, каде што секое следно е условено од претходното, а секое претходно е претпоставка за следното, при што тие како целина претставуваат едно континуирано случување, еден процес (*processus, procedura*). Овие дејствија се преземаат заради остварување на примордијалната цел на постапката, која се состои во утврдување на материјалната вистина, донесување на законито решение, како и остварување и заштита на правата, обврските и правните интереси на странките.

Под принципот на материјална вистина се подразбира утврдување на вистинската состојба на работите во конкретен случај, односно осознавање на полната и стварната (материјална) вистина со утврдување на фактичката состојба – онаква каква што таа во стварноста постои.¹ Тоа значи, во конкретен административен предмет да се утврдат сите правно-релевантни факти, коишто се од важност за донесување на законито и правилно решение. А, кои се релевантни факти и околности за решавање на конкретен предмет, всушност, предвидуваат материјалните норми кои треба да се применат, односно под правно- релевантни факти се подразбираат законски пропишаните услови под кои материјалните прописи востановуваат одредени права или обврски. Така, на пример, кога трудовиот инспектор постапувајќи по претставка на граѓанин за работење на „црно“, односно за непријавени работници и нерегулиран работен статус, врши инспекциски надзор во одредена фирма, тој треба да се фокусира исклучиво само на утврдувањето на оние наводи во претставката, чиешто постоење би значело кршење на одредбите од Законот за работните односи, што значи, во конкретниот случај инспекторот ќе утврди дали работникот има уреден статус, дали регуларно прима плата, дали работодавачот плаќа придонеси за пензиско и здравствено осигурување и сл. Кога пазарен инспектор ќе се посомнева во исправноста на одреден производ во колонијал, зема примерок или мостра од производот и истиот го праќа на вештачење, односно на испитување во соодветна референтна лабораторија заради утврдување присуство на некои недозволен адитиви, канцерогени супстанции и слично. Или, кога граѓанин поднесува пријава за запишување право на сопственост на недвижна ствар (куќа, стан, деловен објект) во катастарот на недвижности, службеникот во Агенцијата за катастар на недвижности при спроведувањето на постапката ќе треба да утврди дали лицето има правен основ (заверен купопродажен договор или правосилна судска пресуда) за да биде запишан како титулар на сопственичкото право на стварта во соодветната јавна книга.

Освен доказите што ги предлагаат странките, и службеното лице што ја води постапката е должно да прибира и да изведува докази за кои ќе процени дека се важни за утврдување на фактичката состојба. Во тој контекст, македонскиот Закон за општата управна постапка од 2015 година пропишува дека јавниот орган е должен по службена должност да ги прибави, разгледа и обработи информациите кои се чуваат во службената евиденција и регистрите, под услов пристапот до тие информации да не е забранет со посебен закон. Во таа смисла, тој од странката може да ги бара само оние податоци или исправи кои се потребни за утврдување на фактите и околностите, а за кои не се води службена евиденција.²

¹ Гелевски, С., Управно процено право, ТИХА, Скопје, 2009, стр. 56.

² Закон за општата управна постапка, Сл.весник на Р.М. бр.124/2015

При решавање во административна постапка и при утврдување на материјалната вистина, мора да се исклучи секоја дискриминација и тоа врз основа на пол, боја на кожа, раса, јазик, вероисповед, политичко убедување, национално или социјално потекло и сл.

Со тоа се обезбедува принципот на еднаквост на граѓаните пред законот. Овој принцип има за цел да спречи нефер дискриминација, со тоа што ќе обезбеди лицата кои се наоѓаат во иста *de facto* и *de jure* ситуација да бидат на идентичен начин третирали.³

Принципот на објективност и непристрасност наметнува обврска на административните органи и на службениците при решавањето на конкретни управни случаи да ги земат предвид сите релевантни фактори, при што на секој од нив треба да му посветат соодветно внимание и да му дадат соодветна тежина. Под поимот фактори се подразбираат релевантните факти и правниот основ на кои треба да се темели секое решение. Административниот орган и службеникот треба да настојува да ги сознае, ако е потребно и на своја сметка, сите фактори за кои смета дека се релевантни во конкретниот случај, како, на пример, прибирање на материјални докази, податоци од странките и од трети лица, мислења на вешти лица и сл.⁴

Овластените службени лица имаат должност да ја утврдат фактичката состојба, односно материјалната вистина во секоја административна постапка, без оглед на тоа дали станува збор за донесување решенија како законски врзани административни акти или за решенија кои се донесуваат врз основа на слободна оценка - дискреционо овластување. Кај законски врзаните административни акти, какви што се, на пример, решение за признавање право на старосна пензија, решение за признавање право на инвалидска пензија, решение за признавање право на социјална помош, решение за плаќање на данок на имот и други, органот пред донесување на решението со кое се признава правото или се одредува обврската, мора да преземе соодветни процесни дејства со кои целосно ќе ја утврди фактичката состојба. Притоа, во ваквите случаи службеното лице нема маневарски простор за дискреционо одлучување. Тоа значи дека неговата единствена задача е да утврди дали физичкото лице ги исполнува законските услови за да му се признае правото или изрече обврската и доколку го утврди постоењето на тие услови, воопшто не зависи од неговата волја дали ќе биде признаено правото или пак изречена обврската во конкретниот случај. На пример, ако службеникот во Фондот за пензиско осигурување утврди дека осигуреникот ги исполнува законски пропишаните услови во поглед на возраста и стажот, мора да донесе решение за признавање право на пензија на осигуреникот; ако социјалниот работник во Центарот за социјални работи

³ Компилација на инструменти на Советот на Европа, Административно право - Препораки, Скопје, 2005, стр. 289

⁴ *ibid*, стр. 289.

утврди дека лицето спаѓа во egzистenciјално загрозената категорија граѓани и ги исполнува материјалните услови пропишани во Законот за социјална заштита, мора да донесе решение за доделување на социјална помош. Или, ако службеното лице во Управата за јавни приходи утврди дека одредено лице поседува недвижен имот и согласно со тоа се исполнети условите од Законот за данокот на имот, мора да донесе решение со кое на тоа лице ќе му одреди обврска за плаќање данок на имот.

Освен кај решенијата врзани со закон, принципот на материјална вистина, како што претходно наведовме, мора да се почитува и при донесување на таканаречените дискрециони административни акти. „Дискреционо право на администрацијата постои кога таа во согласност со закон може да избира меѓу различни однесувања.⁵ На пример, при одлучувањето по барање за издавање дозвола за поседување на оружје, на службените лица во надлежната комисија во Министерството за внатрешни работи, законската норма им дава овластување во финалната фаза при донесувањето на нивната одлука да изберат една од понудените алтернативи, а тоа значи или да донесат позитивен односно фаворабилен акт со кој ќе го признаат правото на поседување и носење оружје или да донесат негативен акт со којшто ќе го одбијат барањето како неосновано. Ваквото овластување, законската норма го дава со цел службените лица при одлучувањето да водат сметка за заштитата на јавниот интерес во секој конкретен случај, односно во секој случај одделно да проценат, навлегувајќи во менталниот хабитус, социјалниот бекграунд и психолошкиот профил на личноста, дали е целесходно да се даде дозвола или пак давањето на дозвола ќе претставува потенцијална опасност и закана за јавниот интерес. Дискреционото одлучување, односно изборот на една од понудените можности или алтернативи со законската норма заради задоволување на целесходноста (јавниот интерес) доаѓа до израз во финалната фаза на постапката, кога треба да биде донесена одлуката. Меѓутоа, претходно мора да се утврди фактичката состојба – дали барателот ги исполнува материјалните услови пропишани во соодветниот Закон за поседување на оружје: дали лицето е полнолетно, дали е психо-физички здраво, дали е осудено со правосилна пресуда на ефективна затворска казна за сторено кривично дело и сл. Ова значи дека утвдувањето на правно-релевантните факти не влегува во сферата на дискреционото одлучување.⁶ Покрај од причини на целесходност кои наложуваат заштита на јавниот интерес, барањето ќе биде одбиено како неосновано и во случај кога утврдената фактичка состојба укажува дека физичкото лице не ги исполнува материјалните услови. Во спротивно, доколку се издаде дозвола за поседување

⁵ Maurer, H., *Droit administrative allemande*, trad. Fromont, Pariz, 1994, p. 127

⁶ Витански, Д., Дискрециони овластувања на администрацијата – потреба или параван за злоупотреби, *International journal scientific papers VOL 11/1*, Institute of knowledge management, Skopje, Macedonia, стр. 132

оружје на лице кое не ги исполнува законските услови, таквиот акт со користење на правни лекови ќе биде поништен од страна на повисоките инстанции.

Принципот на материјалната вистина заема централно место во испитната фаза на административната постапка, која може да се спроведе во вид на скратена или во вид на целосна-посебна испитна постапка.

За разлика од претходните законски норми, во македонскиот Закон за општата управна постапка од 2015 година не се содржани одредби за скратена и за посебна испитна постапка.⁷ Поради тоа што законодавецот не оперира со термините скратена и посебна испитна постапка, нивната употреба во трудов е како теориска конструкција.

Како што претходно апострофиравме, основната цел заради која се води постапката е управната работа темелно и објективно да биде проучена, материјалната вистина потполно и правилно утврдена, а материјалниот пропис законито применет. Меѓутоа, освен начелото на материјалната вистина, во административната постапка постојат и други основни начела, кои заеднички се во една кохезивна врска и претставуваат единствена органска целина на управно-процесното решавање. Така, согласно со начелото на економичност, постапката треба да се води брзо, без непотребни одолжувања, со што помалку трошоци и губење време за странката и за другите учесници во постапката. Ова не значи дека за сметка на економичноста, треба да се жртвува вистината. Службеното лице ќе спроведе т.н скратена постапка секогаш кога вистината може да се утврди врз основа на исправи (уверенија, сертификати и слично), пришто нема никаква потреба од изведување на други докази. Меѓутоа, во зависност од околностите на конкретниот случај, секогаш кога службеното лице ќе процени дека во насока на утврдување на вистината треба да се изведуваат повеќе докази (сведоци, вештачење, увид), така и ќе постапи.

Како што наведовме, ЗОУП не содржи експлицитни норми за модалитетите на спроведување на испитната постапка (скратена или посебна). Но, тоа не значи дека ја исклучува можноста за тоа. Ако се согледа духот и битието на одредени правни норми, ќе се воочи дека законот дава можност одредени административни предмети да се решаваат поекспедитивно, без преземање на посебни процесни дејствија во постапката. Во оваа смисла, на пример, во член 52, став 2 е утврдено дека не треба да се докажуваат општо познати факти, факти кои му се познати на јавниот орган и факти чие постоење законот го претпоставува.

За скратената испитна постапка е карактеристично тоа што во неа се пристапува кон непосредно решавање на административната работа, без претходно да се изведуваат одделни процесни дејства(на пример, увид, сослушување сведоци, вештачење и др). Така, службеникот ќе ја реши

⁷ Закон за општата управна постапка, Сл.весник на Р.М. бр.124/2015

административната работа во скратена постапка, ако странката за чие право се одлучува во своето барање навела факти или поднела докази врз основа на кои може да се утврди фактичката состојба или ако таа состојба може да се утврди врз основа на општопознати (ноторни) факти кои не мора да се докажуваат. На пример, кога некој студент поднел барање до Министерството за образование и наука да му се признае право на стипендија и во прилог на барањето поднел докази врз основа на кои ќе се утврди дека ги исполнува законските услови да му се признае правото (просек на оценки од 8,5 со уверение за положени предмети, статус на редовен студент со потврда за редовен студент и слично). Врз основа на вака документираното барање, службеникот во министерството во скратена постапка, непосредно ќе го реши предметот во согласност со приложените исправи со кои се утврдува постоењето на релевантните факти. На ваков начин, службеникот ќе постапи и ако се работи за факти ноторни или општопознати, што не треба да се докажуваат (на пример, постоење на земјотрес, пожар, поплава, свлечиште и слично), врз основа на кои на странката и се признава некое право во административна постапка.⁸

Службеното лице ќе одлучи во скратена постапка и кога состојбата на работата во конкретен случај, може да се утврди врз основа на службени податоци со кои располага органот во кој се спроведува постапката, а притоа не е потребно посебно сослушување на странката заради заштита на нејзините права или правни интереси. Така, на пример, ако службеник во некој административен орган се пријавил на интерниот оглас за унапредување во повисоко звање, органот може врз основа на службените податоци со кои располага (оценувања на службеникот, години на работен стаж и сл.) по скратена постапка да одлучи за унапредувањето на службеникот.

Исто така, административните органи можат заради заштита на јавната безбедност, јавниот мир и поредок, заштита на животот и здравјето на луѓето, имотот и слично, да решаваат по скратена постапка и врз основа на факти кои се сторени барем веројатни (на пример, решенија со кои се одредуваат обврски на граѓани, претпријатија и установи за учество во отстранување на последици од поплави, земјотреси, пожари и други непогоди).

Освен во претходно наведените случаи, во сите други случаи административните органи се должни да спроведат посебна испитна постапка, односно да ги преземаат сите неопходни процесни дејства (увид, усна расправа, исказ на странка, сослушување на сведоци, давање стручен наод и мислење на вештаци) во насока на потполно утврдување на фактичката состојба и заштита и остварување на правата и правните интереси на странките.

Во текот на постапката службеникот е должен да и укаже на странката на можноста за остварување на оние права кои таа не ги истакнала во барањето, а истите и припаѓаат според материјалните прописи, како и на нејзините права

⁸ Витански, Д., Јавна и државна администрација, Битола, 2020, стр. 176

кои поради незнаење и некористење би ја довеле во неповолна позиција. Ако во постапката учествува неuka странка, таквата состојба не треба да биде хендикеп и негативно да се рефлектира врз нејзините права. Службеникот е должен да се грижи незнаењето или неукоста на странката да не биде на штета на правата кои и припаѓаат според законот.

Службеното лице мора да и овозможи на странката да се изјасни за фактите што се од важност за донесување на решението. Странката не треба да се третира како објект во постапката, туку како активен процесен субјект. На странките треба да им се овозможи активно учество во утврдувањето на материјалната вистина. Така, странката може да изнесува факти кои се значајни за решавање на работата и да ги побива наводите што не се сложуваат со нејзините наводи. Таа има право до донесување на решението да ги дополнува и објаснува своите тврдења. Службеното лице што ја води постапката е должно да и овозможи на странката да се изјасни за фактите што се изнесени во испитната постапка, за понудените докази, активно да учествува во изведувањето на доказите, да им поставува прашања на другите странки, на сведоците и вештаците, и да се запознае со резултатите од изведените докази. Исто така, странката може да предложи одржување усна расправа, да става забелешки на работата во врска со усната расправа, да се изјаснува за предложениот вештак, да бара негово изземање, како и самата да предлага вештак.⁹

За разлика од судските постапки (кривична, парнична), во управната постапка усната расправа не е задолжителна. Кога се работи за едностранечки предмети или предмети кои не се многу сложени, заради економичност и рационалност во постапувањето, усна расправа не се закажува. Меѓутоа, одржувањето усна расправа е задолжително во одредени ситуации, и тоа: 1. во предмети во кои учествуваат две или повеќе странки со спротивни интереси; и 2. кога треба да се изврши увид или сослушување на сведок или на вештак.

Принципот на материјална вистина е стожер на административната постапка и согласно тоа законските одредби низ кои се манифестира неговиот дух, односно нормите во кои е вткаена неговата есенција имаат конгенсен карактер и императивна компонента, што значи тие не можат да бидат дерогирани затоа што нивното почитување не зависи од волјата на службените лица. Поради непочитување или прекршување на принципот на материјална вистина, востановени се и контролни механизми. Така, второстепениот орган (надлежната Комисија) одлучувајќи по повод изјавена жалба, доколку утврди дека решението било донесено врз основа на непотполна или погрешно утврдена фактичка состојба, ќе го поништи првостепеното решение. Имено, погрешно утврдена фактичка состојба постои ако административниот орган некој релевантен факт погрешно го утврдил или не го утврдил. Тоа ќе биде во случај

⁹ Давитковски, Б., Павловска -Данева, А., Административно право – Книга втора (процесно право), Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2020, стр. 19.

кога, на пример, овластен инспектор при вршење на увид во индустриската зона во која работат повеќе економски оператори или производствени капацитети, погрешно ќе утврди дека наместо фабриката за производство на цемент, загадувањето го врши некој друг субјект. Или кога полициските службеници, ако врз основа на пријава од станарите во станбена зграда за нарушување на јавниот ред и мир, погрешно утврдат дека јавниот ред е нарушен од луѓето во станот каде што има културна и достоинствена забава, а не од станот каде што има карање, викање, кршење и сл.

Покрај од страна на второстепениот орган, решението кое е донесено врз основа на погрешно утврдена фактичка состојба може да се поништи и во судска постапка. Така, доколку против конечно решение е поднесена тужба и инициран управен спор, Управниот суд ако утврди дека оптуженото решение е незаконито, затоа што службеникот во административната постапка погрешно ја утврдил фактичката состојба или донел погрешен заклучок од изведените факти во поглед на фактичката состојба, ќе донесе анулативна односно поништувачка пресуда.

2. ДОКАЗНИ СРЕДСТВА И ОЦЕНУВАЊЕ НА ДОКАЗИТЕ

Во административната постапка се утврдува вистинитоста на фактите, кои според материјалните прописи се важни за донесување на решението. За да се утврди постоењето на правно-релевантните факти, потребно е да се применат соодветни средства, односно докази. Најчесто, терминот доказ се употребува за означување на средство кое што е извор на сознание за фактите. Употребен во оваа смисла, доказот претставува синоним за доказно средство. Како доказно средство се смета се она што е погодно за утврдување на фактичката положба и што одговара на поединечен случај, односно секое средство кое е погодно кај службеното лице што го решава предметот да креира убедување за вистинитоста на фактичката состојба.

Според Законот за општата управна постапка од 2015 година, службеното лице кое ја води постапката е должно по службена должност и по електронски пат да ги прибави доказите и податоците (уверенија, сертификати, потврди и др.) за фактите за кои службена евиденција води јавниот орган надлежен за решавање на предметот. Службеното лице ќе постапи на таков начин и во случај кога во однос на фактите службена евиденција води некој друг јавен орган, односно друг субјект кој води регистар на податоци.

Доказите се или материјални средства или човечки дејствија, односно, сите доказни средства се или лица или предмети. Како доказни средства во управната постапка можат да се употребат: исправи, сведоци, вештаци, изјава на странка и увид. Кои од овие средства ќе бидат употребени зависи од оценката на службеното лице, во зависност од потребите и околностите на конкретниот случај. Исто така, дали некој факт треба да се докажува или не, одлучува

службеното лице што ја води постапката во зависност од тоа дали тој факт може да има влијание во решавањето на работата. Доказите, по правило, се изведуваат откако ќе се утврди што во фактички поглед е спорно или што треба да се докажува. Според тоа, предмет на докажување во административната постапка се спорните факти. Целта на докажувањето е кај службеното лице да се создаде убедување дека постојат или не постојат одредени правно релевантни факти.

Освен спорните факти кои, се разбира, треба да се докажуваат, постојат и факти кои не треба да се докажуваат, а такви се:

- фактите кои се општопознати (ноторни факти) – *notoria non agent probatione*;
- и
- оние факти чие постоење законот го претпоставува.

Под општопознати или ноторни факти се подразбираат такви факти кои им се познати на сите лица воопшто, на населението од одредено географско подрачје (место, крај или земја), на сите лица од одредено образование или стручна област или на современите на одредено событие. На пример, ноторен факт е земјотресот, кој предизвикал оштетување на куќите и станбените објекти на населението. Притоа, овој факт како општопознат не треба да се докажува, ако треба врз негова основа да се оствари некое право во административна постапка. Како ноторни факти се сметаат и елементарни непогоди, поплави, пожари, свлечишта, уништување на земјоделски производи од невреме проследено со град и сл.

Но, поради релативниот карактер на ноторните факти, дозволено е да се докажува спротивното - дека фактот не е ноторен. Ако во тоа се успее, тогаш следува докажување на вистинитоста на тврдењето дека фактот постои. Исто така, дозволено е да се докажува дека ноторниот факт не постои.

Во административната постапка, покрај ноторните факти, не се докажуваат и фактите чиешто постоење законот го претпоставува. Правните или законските претпоставки се правнотехнички средства коишто го ослободуваат органот од должноста да го утврдува постоењето на фактите, чие постоење законот го претпоставува. Но тука е допуштено да се докаже непостоењето на тие факти, освен ако тоа е со закон поинаку определено. Ваквите факти, како што начнавме, се нарекуваат законски претпоставки и тие може да бидат соборливи или несоборливи. На пример, соборливи претпоставки имаме кај јавните исправи, како што се: извод од матична книга на родените, посмртница, уверение за материјална состојба, уверение за државјанство, лекарско уверение, имотен лист и сл. За овие исправи постои претпоставка (законска пресумпција) дека се што е внесено во нив како содржина во поглед на потврдување определени факти, својства или појави се смета за вистинито. Притоа, органот кој треба да донесе решение за признавање некое право на граѓанин, нема да се впушта во утврдување на веродостојноста на фактите содржани во јавната исправа. Меѓутоа, доколку друго засегнато лице го тврди и докаже спротивното од

она што е содржина во исправата, тогаш претпоставката ќе биде соборена и анулирана. Несоборлива законска претпоставка, пак, имаме во фактот дека сведоците, вештаците и толкувачите не бараат награда, ако такво барање не поставиле при сослушувањето, толкувањето, односно давањето на стручен наод и мислење и покрај тоа што од службеното лице што ја води постапката биле предупредени на последиците од таквото пропуштање.

Според тоа каков е односот на доказот кон фактот за кој дава одредена информација, се прави поделба на непосредни (директни) и посредни (индиректни) докази. Непосредни докази се оние со кои на непосреден или директен начин се утврдува постоењето на некој релевантен факт. Со непосредниот доказ, службеникот непосредно донесува заклучок за постоењето или непостоењето на релевантните факти. На пример, увид на инспекторот за животна средина во индустрискиот капацитет, за да утврди дали има инсталирано заштитни филтри на оцаците и дали тој е изворот на загадување на воздухот во одредена средина. Или, увид на пазарниот инспектор во колонијал за да утврди дали на некои производи им поминал рокот на употреба; увид на инспекторот на градилиштето за да утврди дали се почитуваат пропишаните стандарди за заштита при работа; увид на градежниот инспектор дали градбата е во согласност со деталниот урбанистички план, дали е пречекорена дозволената катност итн.

Меѓутоа, во административната постапка службеникот не е секогаш во можност сите релевантни факти да ги утврди непосредно, т.е со помош на непосредни докази. Тоа значи дека правно релевантните факти може да се утврдат и индиректно, посредно. Посредни докази се оние преку кои на посреден (индиректен) начин се утврдува фактот (фактите) што е предмет на докажување. На пример, при одлучување за признавање право на инвалидска пензија, службеното лице по посреден пат, преку стручен наод и мислење на лекарската комисија ќе дознае за степенот на инвалидитет на лицето, односно за неговата работна неспособност или степен на телесно оштетување. При одобрување за влез во државата на камиони со отпад, кој треба да се користи како суровина или погонско гориво за потребите на индустријата, доколку царинскиот службеник се посомнева дека се работи за радиоактивен отпад ќе го стопира и оневозможи увозот. Притоа, Царинската управа во содејство со Државниот инспекторат за животна средина, за да утврдат дали навистина станува збор за токсични или канцерогени материи, ќе земат примероци или мостри и истите ќе ги испратат на испитување во акредитирана референтна лабораторија. Дали навистина станува збор за радиоактивен отпад, надлежните служби во ваков случај утврдуваат по посреден пат, врз основа на релевантните параметри од анализата во референтната лабораторија.

Во доказната постапка, од клучно значење е оценувањето, односно проценувањето на вредноста на одделните докази. Тоа се врши според принципот

на слободна оценка на доказите: кои факти ќе ги земе како докажани одлучува службеникот по свое уверување врз основа на совесна и грижлива оценка на секој доказ посебно и на сите докази заедно, како и врз основа на резултатите од целокупната постапка. Ова значи дека службеното лице врз основа на лично сфаќање и слободно уверување одлучува дали одреден факт ќе се смета за докажан и вистинит или неистинит во конкретен случај. Во управната постапка, како и во судските постапки, востановено е начелото на материјална вистина, според кое органите и службениците се слободни и самостојни во оценувањето на точноста и вистинитоста на доказите и на нивната вредност. Според овој концепт, службеникот одлучува според околностите на конкретниот случај, испитувајќи ги индивидуалните својства на конкретните докази и формирајќи заклучоци согласно индуктивната метода. Притоа, финалната одлука на органот зависи од перцептивниот и од интелектуалниот капацитет на службеникот.

Меѓутоа, слободното уверување на службеникот во никој случај не треба да премине во негово самоволие или арбитрерност при оценувањето на вредноста на доказите. Службеникот кој ги изведува и ги оценува доказите не смее да ги рангира односно степенува со посилна и послаба сила, туку сите докази да ги третира подеднакво. Службеникот во еден конкретен случај единствено може на некои докази да им придаде поголема, а на други помала важност, некои да ги смета за поверодостојни, а други за помалку веродостојни или воопшто неверодостојни. Заради спречување на произволност и волунтаризам, службеникот е должен за секој конкретен случај да изнесе уверливо образложение за доказите кои ги смета за точни и вистинити, како и зошто некои од нив отфрлил, односно треба да елаборира зошто во некои од доказите „поверувал“ а во други не и, на тој начин, со своето уверување да ги увери и другите.¹⁰

Системот на слободна оценка на доказите дава поголема гаранција за правилно утврдување на фактите, Но овој систем има и одредени недостатоци. Имено, службеникот може да ги злоупотреби своите овластувања, може да погреша, а во одредени ситуации може да се покаже и како недоволно стручен за правилно да ги оцени доказите. Токму поради тоа, овој систем претпоставува постоење определени квалитети на службените лица (солидно образование, стручност, професионалност, совесност, етички принципи и сл.).

3. САМОСТОЈНОСТ НА СЛУЖБЕНИЦИТЕ ВО УТВРДУВАЊЕТО НА МАТЕРИЈАЛНАТА ВИСТИНА

Врз основа на компаративен осврт, може да се заклучи дека принципот на самостојност не претставува само административно-процесно начело, туку дека е и уставно етаблирано начело. Покрај во вршењето на сите други

¹⁰ Витански, Д., Јавна и државна администрација, Битола, 2020, стр. 179

дејности кои го сочинуваат делокругот на надлежност на административните органи, согласно уставите на повеќето држави, постои гарантен механизам премисите и атрибутите на самостојноста да се вградат и во спроведувањето на административната постапка и следствено на тоа во утврдувањето на материјалната вистина. Значи, ова начело во полн израз доаѓа во решавањето на административни предмети, кога административните органи и организациите кои вршат јавни овластувања преку непосредно применување на законите и другите прописи донесуваат конкретни акти - решенија со кои одлучуваат за правата, обврските или правните интереси на граѓаните и правните лица. Притоа, духот и есенцијата на принципот на самостојност, кои провејуваат во процесните закони на државите, првенствено се изразуваат во следново: 1. овластеното службено лице ја води административната постапка и донесува решение самостојно, во рамки на овластувањата дадени со закон, со други прописи и општи акти; и 2) овластеното службено лице на органот самостојно ги утврдува фактите и врз основа на утврдените факти и околности ги применува прописите, односно општите акти врз конкретен случај.

Во согласност со наведеното, органот е самостоен во утврдувањето на фактичката состојба, односно во осознавањето на правно-релевантните факти врз кои треба да почива неговиот акт. Исто така, кои факти ќе ги земе за докажани одлучува овластеното службено лице, самостојно по свое уверување врз основа на темелна, совесна и грижлива оценка на секој доказ посебно и на сите докази заедно, како и врз основа на резултатот од целокупната постапка. Притоа, службеното лице по свое слободно уверување, врз основа на лично сфаќање и автономно убедување оценува дали одреден факт ќе се смета за вистинит или неvistинит во конкретен случај. Се разбира, ова во ниеден случај не смее да го премине рубиконот и да се претвори во самоволие и арбитрерност во решавањето.

Сублимирано, основна рамка и водилка на административните органи и службениците при решавање конкретни административни работи, треба да претставува законот. Начелото на самостојност се заснова на начелото на законитост, а му се спротивставува на начелото на хиерархиска субординација. Тоа значи дека органите кои решаваат управни предмети во управна постапка се должни да се придржуваат исклучиво до законите и другите правни прописи, а не се обврзани да ги уважуваат конкретните инструкции и налози на хиерархиски повисоките инстанци (на пример, на министрите или директорите на органите). Исто така, во овој сегмент ни еден друг орган (ниту парламентот, ниту владата) не може да врши пресија и дава конкретни наредби како да се реши одреден предмет. Меѓутоа, сепак, во овој контекст, постои можност за влијание на повисоките инстанци над пониските инстанци кои решаваат административни работи, но само врз основа на општи правни акти (задолжителни инструкции или упатства). Оттука произлегува дека начелото на самостојност ја исклучува

можноста за влијание во конкретни случаи, меѓутоа допушта можност за влијание во општи ситуации (на пример, кога владата ќе заземе став да се одбијат сите барања за издавање дозволи за носење оружје на лица под 25 годишна возраст поради пораст на криминалитетот).¹¹

Како што судовите се самостојни во преземањето на процесните дејства и во утврдувањето на материјалната вистина, така и административните органи треба да се самостојни во утврдувањето на фактичката состојба и во креирањето на финалните продукти - решенијата.

ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА

Основната или примордијалната цел заради која се води секоја правна постапка, а во тој контекст и административната постапка се состои во целосно и правилно утврдување на фактичката состојба, односно материјалната вистина во секој конкретен случај. Тоа овозможува физичките и правните лица непречено да ги остваруваат правата во административниот сообраќај, кои им ги гарантираат општите норми на позитивното право на државата, односно да ги исполнуваат обврските што им ги одредуваат органите во насока на остварување и заштита на јавниот интерес.

Принципот на материјалната вистина е супстанцијален елемент, кој го сочинува битието на административната постапка. Ова начело ги задолжува органите и службениците да постапуваат совесно и стручно при преземање на процесните дејствија во постапката. При нејзиното водење, службеникот треба да биде што пообјективен. Тој треба да се апстрахира од сите лични моменти и да се впушти што пообјективно во испитувањето на материјалната вистина. Во овој контекст, постои обврска за службеното лице административниот предмет да биде длабински проучен и темелно претресен, со цел фактичката состојба да биде целосно осознаена и потполно разјаснета.

Поривот и должноста за утврдување на материјалната вистина, мора перманентно да циркулираат како основна мисла-водилка во матрицата на службениците. За нејзино создавање, покрај стручното знаење и професионалното искуство, потребно е службениците да ги впрегнат и стават во функција логичките и мисловните способности, како и когнитивното расудување.

Принципот на материјалната вистина мора префинето да се култивира и филигрански да се оживотворува. Во таа насока, треба да се востановат конзистентни институционални механизми, со кои ќе се неутрализираат самоволието, арбитрарноста, волунтаризмот и дилетантизмот на службените лица. Во оваа сфера, треба да се исклучи секаква можност за импровизации. Доколку се извитопери и дезавуира правилното утврдување на фактичката

¹¹ Лилић, С., Управно право-управно процесно право, осмо издање, Правни факултет Универзитета у Београду, 2014, стр. 451

состојба, ќе се девастира самата административна постапка, ќе се наруши правната сигурност на граѓаните и на правните лица, а во крајна линија ќе се загрози јавниот интерес и ќе се деформира анатомијата на правниот поредок.

Органот треба целосно да ја утврди фактичката состојба со цел да оцени дали во конкретниот случај се исполнети со материјалниот закон пропишаните услови за да може на странката да и се признае бараното право или да и се наложи некоја обврска. Вистински утврдената состојба и правно релевантните факти претставуваат водилка и патоказ на административниот орган кон прецизна примена на материјалниот пропис, а со тоа и кон законито решение што претставува есенцијална цел на административната постапка.

ЛИТЕРАТУРА

1. Димитриевиќ, П., Управно право општи део, Ниш, 2013.
2. Гелевски, С, Управно процено право, ТИХА, Скопје, 2009, стр. 56;
3. Давитковски, Б.; Павловска-Данева, А., Административно право – Книга втора (процесно право), Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2020, стр. 19.
4. Фромонт, М, Административното право на земјите од Европа (превод на македонски јазик) Арс Ламина ДОО, Скопје, 2010
5. Компилација на инструменти на Советот на Европа, Административно право- Препораки, Скопје, 2005, стр. 289;
6. Лилиќ, С., Управно право-управно процесно право, осмо издање, Правни факултет - Универзитет Београд, 2014, стр. 451;
7. Maurer, Н., Droit administrative allemande, trad. Fromont, Pariz, 1994, p. 127.
8. Stjepanović, N, Lilić, S, Upravno pravo, opšti deo, Beograd, 1991.
9. Витански, Д., Јавна и државна администрација, Битола, 2020, стр. 164.
10. Витански, Д., Дискрециони овластувања на администрацијата – потреба или параван за злоупотреби, International journal scientific papers VOL 11/1, Institute of knowledge management, Skopje, Macedonia, стр. 132.
11. Закон за општата управна постапка, Службен весник на РМ, бр.124/2015.

ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАТОЦИ НА УПРАВНИОТ СПОР ВО МАКЕДОНСКИОТ ПРАВЕН СИСТЕМ

Јадранка Денкова

Проф. д-р “Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип
Е-маил: jadranka.denkova@ugd.edu.mk

Андон Мајхосев

Проф. д-р “Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип,
Е-маил: andon.majhosev@ugd.edu.mk

Страшко Стојановски

Проф. д-р “Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип,
Е-маил: strasko.stojanovski@ugd.edu.mk

Абстракт:

Во изминатиот период констатирани се слабости на одредени решенија во претходниот Закон за управни спорови кои ја отежнувале или успорувале работата на Управниот суд за ефикасна судска заштита. Притоа како недостатоци се отсуство на јавната расправа за утврдување на фактичката состојба, ретка примена на решавање во спор со полна јурисдикција, доцнење на доставата итн. Од тие причини беше ревидиран и изменет Законот за управни спорови во насока на зголемување на ефикасноста на управното судство. Целта на овој труд е да ги анализира најновите измени на Законот за управни спорови, (донесен во 2019 година), нивното значење функционалност и практична примена. Особено трудот ќе се осврне на примената на спорот на полна јурисдикција и спорот на законитост, како влијаат на ефикасноста на Управниот суд. Покрај тоа ќе бидат анализирани и други новини во Законот за управни спорови што се насочени кон подобрување на ефикасноста на административното судство. Заклучокот е дека заложбата на Законодавецот е да се усогласи управното судство во Македонија со начелата во Европскиот административен систем. Применливоста на некои одредби ќе обезбедат ефикасност во судството, но во целина неможе да се согласиме дека ќе се намали обемот на работењето и ќе се зголеми ефикасноста на Управното судство. И покрај тоа што законодавецот настојува да се зголеми ефикасноста во кореспонденцијата помеѓу администрацијата во управни органи која ги решава управните предмети и управниот суд се губи време со чекање на оригиналните документи релевантни за расправата.

Клучни зборови: *Управен спор, спор со полна јурисдикција, администрација, Управен суд, управно судство*

ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF THE ADMINISTRATIVE DISPUTE IN THE MACEDONIAN LEGAL SYSTEM

Abstract

In the past period, weaknesses of certain solutions have been identified in the previous Law on Administrative Disputes, which made more difficult or slowed down the work of the Administrative Court for efficient judicial protection. The disadvantages are the absence of a public hearing to determine the factual situation, infrequent application of resolving a dispute with full jurisdiction, delay in delivery, etc. For that reason, the Law on Administrative Dispute was revised and amended in order to increase the efficiency of the civil service. The purpose of this paper is to analyze the latest amendments to the Law on Administrative Dispute, (adopted in 2019), their significance functionality and practical application. In particular. Law on Administrative Dispute. The main emphasis of the paper is to see how these principles apply and how they affect the efficiency of the Administrative Court. In addition, other innovations will be analyzed in the Law on Administrative Dispute, which are aimed at improving the efficiency of the administrative judiciary. The conclusion is that the legislator's commitment is to harmonize the administrative judiciary in Macedonia with the principles in the European administrative system. The applicability of some provisions will ensure efficiency in the judiciary, but in general we cannot agree that the scope of work and efficiency of the Administrative Judiciary will be reduced. Although the lawmaker seeks to increase efficiency in the correspondence between the first-instance administrative bodies of the administration and the administrative court, time is still wasted waiting for the original documents relevant to the hearing.

Keywords: *Administrative Dispute, Dispute Resolution, Administration, Administrative Court, Administrative Judiciary*

ВОВЕД

Во изминатиот период констатирани се слабости на одредени решенија во претходниот Закон за управни спорови кои ја отежнувале или успорувале работата на Управниот суд. Притоа како недостатоци се отсуство на јавната расправа за утврдување на фактичката состојба, ретка примена на решавање во спор со полна јурисдикција, доцнење на доставата итн..Од тие причини беше ревидиран и изменет Законот за управни спорови во насока на зголемување на ефикасноста на Управниот суд, како и на администрацијата во јавните органи која решава во управна постапка од прв степен. Целта на овој труд е да ги анализира најновите измени на Законот за управни спорови, (донесен во 2019 година, а примената на истиот е од мај 2020 година), нивното значење функционалност и практична примена.¹ Особено трудот ќе се осврне на примената на спорот на полна јурисдикција и спорот на законитост кое беше предвидено и во Законот за управни спорови од 2006 година. Главниот акцент

¹ Закон за управен спор (Службен весник на РМ 96/2019)

на трудот е да се види како ќе се применуваат овие одредби и како ќе влијаат на ефикасноста на Управниот суд. Покрај тоа, тука се анализирани и други новини во Законот за управни спорови што се насочени кон подобрување на ефикасноста на административното судство.

Едно од позначајните измени е воведувањето на задолжителна расправа во управниот спор и начелото на контрадикторност во насока на остварување на правото на странката на фер и правично судење, односно правична судска постапка согласно член 6 од Европската конвенција за заштита на човековите права.² Ова начело е посебно важно токму во управниот спор, бидејќи со цел да се обезбеди непристрасност на судот во одлучувањето за законитоста на управните акти потребно е надзорот на управата да биде делотворен и ефикасен. Со тоа се дава можност на судот во управен спор во најголем број на случаи сам да донесува одлуки за управните работи, со што ќе се скрати времетраењето на одлучувањето за некоја управна работа што всушност е и цел на реформата.

Предмет на овој труд е да се анализираат новите законски одредби кои се однесуваат на начелото за усна расправа, на судот му се дава правото самостојно да одлучи кои докази ќе ги изведе и кои факти ќе ги земе за утврдени. Доказувањето во постапката со задолжителна достава на списите од страна на администрацијата која одлучувала во постапката. Особено е значајно да се истакне дека за прв пат е предвидено право за утврдување одговорност на администрацијата од страна на управниот судија во форма на парична казна за јавниот орган, односно службеникот кој одлучувал во управната постапка не ги достави бараните списи за тужбеното барање по кој одлучува судијата.³ Новиот закон во однос на одлучувањето со полна јурисдикција го мотивира судијата и му ја зајкнува довербата преку одредба со која судот ја донесува пресудата врз основа на сопственото убедување и оцената на правните и фактичките прашања. Во корист на јакнењето на заштитата на странките во спорот, новиот закон исто така пропишува дека пресудата може да се темели само на фактите и доказите за кои на странката и била дадена можност да се произнесе. Новиот

² Европска конвенција за заштита на човековите права и слободи согласно одредбите на Протоколот број 14 (CETS no. 194) кој стапи на сила на 1 јуни 2010 година, иако во 'Службен весник на Република Македонија' не е објавен пречистен текст на Конвенцијата.

³ 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.

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 до 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 што не се доставени поради неоправдани причини. Против решението дозволена е жалба до Вишиот управен суд, во рок од 15 дена, сметано од денот на доставување на решението до тужениот.

закон, како и претходниот закон од судот бара поништување на незаконита одлука. Меѓутоа, му поставува обврска не само да ја поништи побиваната одлука, туку и да ја реши управната работа. Врз основа на таквата одредба се создава можност решавањето на управните спорови како спор на законитост да бидат намалени, а за сметка на тоа по правило спорите да се решаваат како спор со полна јурисдикција. Како новина со новиот закон за управните спорови, е и воведувањето на модел постапка, која претставува процедурален институт кој му овозможува на судот да си олесни и побрзо да се справи со поголем број на веќе поднесени тужби. Целта на овој труд е да се анализираат изменетите одредби во новиот Закон за управен спор како ќе влијаат на ефикасноста на управното судство во нашата држава. 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.

АНАЛИЗА НА РЕЗУЛТАТИТЕ ОД ИСТРАЖУВАЊЕТО

Улогата и значењето на управниот спор преку работата на Управниот суд е решение од 2006 година. Воведувањето на ваков специјализиран суд е новина во правосудниот систем во Република Македонија.⁴ До донесувањето на Законот за управните спорови во 2006 година⁵, за решавање во управни спорови беше надлежен Врховниот суд на Република Македонија. Овие измени се дел од реформите во правосудството предвидени со Стратегијата за реформа на правосудниот систем, донесена од Министерството за правда во 2004 година, за остварување независно и ефикасно судство. Како што е наведено во Стратегијата,⁶ потребата од создавање посебен, специјализиран суд во областа на управните спорови се оправдува со неможноста Врховниот суд на Република Македонија ефективно да се справи со нив. Континенталниот модел на судската контрола на администрацијата, претставува системско решение кое овозможува судската контрола на администрацијата да ја врши посебен Управен суд во насока за ефикасна заштита на 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 управни постапки 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

⁴ Фондација Отворено општество – Македонија, „Повеќе труд за подобар суд – Судската заштита на човековите права во управен спор“, Скопје, 2012, стр. 8.

⁵ Закон за управните спорови, „Службен весник на Република Македонија“ бр.62/2006, со измените и дополнувањата.

⁶ Стратегија за реформа на правосудниот систем, стр. 15-16.

постапки не смеат да ја намалат заштитата на правата и правните интереси на странките загарантирани со основниот Закон за општа управна постапка.⁷

Против одлуките на јавните органи кои одлучуваат во прв степен, на граѓаните и правните лица им стојат повеќе правни средства до различни институции: самостојни органи комисиии, ресорни министри, а за некои веднаш може да поведат управен спор со тужба. Во Законот за општата управна постапка од 2015 година воведен е и нов редовен правен лек, „приговор“, чија примена ќе биде предмет на идни истражувања и анализи во наредните години. Се претпоставува дека доколку приговорот ја оправда својата функција ќе влијае врз намалувањето на тужбите пред Управниот суд. Сè на сè, за мала држава со население од околу 2.000.000 жители, системот за управноправна заштита во Република Северна Македонија е доста сложен и се остварува помеѓу повеќе институции од различен степен.⁸ Против одлуките на второстепените органи дозволено е поведување на управен спор со тужба пред Управниот суд, а против пресудите на Управниот суд може да се поднесе жалба пред Вишиот управен суд. Ако го согледаме показателот од Извештајот на Вишиот управен суд за 2019 година за поднесени 1536 жалби против одлуките на Управниот суд укажува на искористување на можноста за одоговлекување на конечната одлука, а со тоа и забавување на конечната одлука. Ваквата поставеност влијае на остварувањето на правата и интересите на граѓаните.⁹ Сложеноста на системот може да се согледа на хоризонтално ниво, со постоење на многу паралелни второстепени органи кои се специјализирани за одредена надлежност, така и вертикално, со постоење на повеќе степени на управно-правна заштита.

Со оглед на многубројните анализи за практикувањето на управниот спор од страна на Управниот суд сите статистички податоци упатуваат на неефикасност и бавно решавање на управните предмети од страна на Управниот суд и од

⁷ 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).

⁸ Управно-правна заштита на граѓаните и вработените во јавна администрација: извештај за работата на второстепените комисиии и управните судови / [автор Драган Гоцевски]. - Скопје : Центар за управување со промени, 2017. - 82 стр. : табели, граф. прикази ; 25 см, ISBN 978-608-4818-26-7, Центар за управување со промени, Скопје 2017

⁹ Годишен Извештај за работа, Виш управен суд за период 2019 година.

Вишиот управен суд. Ако ги погледнеме годишните извештаи на Управниот суд ќе видиме дека во 2018 година од вкупно примени предмети 3708, потврдени се 2485 предмети или 67% , а само 555 предмети односно 15% се преиначени предмети. Ова укажува на тоа дека судиите во мал процент од 15% одлучиле на друг начин.¹⁰ И покрај укажувањето и менувањето на Законот за управен спор судиите сеуште се инертни на мериторното решавање на споровите, односно во полна јурисдикција. Како причина за ваквото однесување може да се видат констатциите во Извештајот за работа на Управниот суд од 2018 година каде што се наведува незадоволството од непополнетоста на предвидените работни места во Систематизацијата на Управниот суд. Така со Правилникот за систематизација се предвидени 149 работни места, а заклучно со 2018 година се пополнети само 68 што не е ни половина од предвидената потреба од кадри.¹¹ Ваквата состојба на недостаток на кадри, се одразува на протокот на предметите во судот, брзината на решавањето, односно на целокупната ефикасност на судот. Посебно се одразува недостатокот на стручни судии како најсилна алка за ефикасно работење на судот. Значајно е да се истакне и забелешката во извештајот од 2018 година за просторните и инфраструктурни проблеми на Управниот суд. Во извештајот се истакнати проблемите за застарена електричната инсталација руинирана кровна конструкција и недоволен простор за вршење на судската и административната функција од страна на кадрите во судот. Судиите немаат посебни простории и има недостаток на простор за сместување на предметите. На ова укажува и податокот дека во 2018 година останале нерешени 6120 предмети од страна на Управниот суд.

Како показател за неефикасноста на Управниот суд е Извештајот од Народниот правобранител за 2019 година. Така, претставките од областа на правосудството во 2019 година се најбројни, а најчесто граѓаните укажувале дека се соочуваат со значителни тешкотии при остварување на своите права, поради долгото траење на постапките пред Управниот суд, првостепените, второстепените судови, Јавното обвинителство, Судскиот совет на Република Северна Македонија, како и постапките за заштита на правото на судење во разумен рок за кои е надлежен Врховниот суд на Република Северна Македонија. Народниот правобранител, постапувајќи по поднесените претставки констатира дека и натаму Управното судство е нефункционално и не успева да биде гарант по однос на заштитата на правата на граѓаните и владеењето на правото. Продолжува лошата комуникација на органите на државната управа со управното судство, предметните списи не се доставуваат навремено, поради што постапките се долготрајни, а заштитата на правата на граѓаните пред управните судови е неефикасна. Останува неизменета состојбата во однос на

¹⁰ Годишен извештај за работа Управен суд период 2018 година.

¹¹ Правилник за организација и систематизација на работните места на Управниот суд, објавен на официјалната страна на Управниот суд

мериторно одлучување во управните спорови од страна на управните судови, со што предметите повеќе пати се враќаат на повторно одлучување пред управните органи, чии одлуки се оспорени, а овие постапки траат повеќе години или пак, со децении.¹²

Во 2019 година најбројни се преставките против судските органи, односно во правосудството 639 од кои најголем број од преставките се однесуваат на управното судство.¹³ Така до Народниот правобранител биле доставени претставки во кои граѓаните се пожалиле дека Управниот суд одлучувал и поништувал конкретни решенија, без претходно да му бидат прибавени сите предметни списи, неопходни за да се утврди фактичката состојба, како би се донела издржана пресуда. Се претпоставува дека новиот Закон за управни спорови, чија примена започна во мај 2020 година со воведувањето на задолжителност на јавната расправа и зајакнување на можностите за мериторно одлучување во Управниот суд, како и системот за извршување на пресудите ќе се зголеми ефикасноста и ќе се намалат преставките од граѓаните. При донесувањето на Законот за управни спорови Народниот правобранител не бил консултиран, при што истиот изразува сомнеж дека слабостите нотирани во овој извештај ќе бидат надминати во целост, меѓу другото и поради неговата одложена примена и потребата за измена на Законот за судови, без чија измена до крај не би била дефинирана надлежноста на Управниот суд. Во текот на извештајната година, Народниот правобранител постапувал по предмет кој се однесува на постапка за денационализација поведена пред Комисијата за одлучување по барања за денационализација за општините Центар - Скопје, Гази Баба-Скопје и Карпош-Скопје. Постапката по овој предмет траела 16 години, а подносителот неколку пати добил решенија во своја корист, против кои Државното правобранителство на Република Северна Македонија повел управен спор, но, поради тоа што Управниот суд мериторно не одлучува, постапката по предметот сè уште трае. Народниот правобранител, исто така постапувал по предмет во кој подносителот на претставката чекал цела година неговиот предмет по жалба од Управниот суд да биде доставен до Вишиот управен суд, од причина што надлежниот орган не доставил одговор на жалбата. По интервенција на Народниот правобранител, предметот веднаш беше доставен на постапување до Вишиот управен суд.

Промените во новиот Закон за управни спорови се однесуваат на јакнење на овластувањата на судиите во насока на ефикасно одлучување од една страна, а истовремено јакнење и на правата на граѓаните во докажувањето на постапката,

¹² Годишен извештај на Народниот правобранител за Република Северна Македонија за 2019 година, за степенот на обезбедувањето, почитување, унапредување и заштита на човековите права и слободи, да се наведе веб страната и кога е пристапено

¹³ Годишен извештај на Народниот правобранител за Република Северна Македонија за 2019 година, за степенот на обезбедувањето, почитување, унапредување и заштита на човековите права и слободи, да се наведе веб страната и кога е пристапено

се воведува јавната расправа што им овозможува на граѓаните да ги остварат своите права за доставување на докази во текот на траењето на постапката. Што се однесува до надлежностите на судиите во процесот на одлучување во управен спор истите се од претходниот Закон за управен спор, новина се две алинеи кои имаат големо значење за самостојноста во одлучувањето, така судиите имаат право да одлучуваат за законитоста и границите на овластувањето на јавниот орган кој одлучувал согласно слободна оценка – дискреционото право и законитоста на управниот акт на јавен орган во постапка по приговор против реални акти или нивно пропуштање.

Исклучоци кога не може да се води управен спор се допрецизирани при што се штити јавниот орган за правилната примена на слободна оценка од страна на јавен орган (дискреционо овластување) при донесувањето на поединечен управен акт, но може да се води за законитоста на таквиот акт и границите на таквото овластување. Управен спор не може да се води против поединечен управен акт со кој се одлучувало за прашања на постапката, туку таквиот акт може да се побива со тужба против поединечниот управен акт со кој е одлучено за главната работа, ако со закон не е поинаку определено.¹⁴

Новиот Закон за управни спорови ги определува начелата во постапката кои укажуваат на измените насочени кон зајакнување на доказната постапка преку начелото на законитост, сослушувањето на странките и усната расправа. Начелото на законитост, содржано во член 7, ги потврдува уставните одредби за законито работење.¹⁵

Начело на сослушување на странките содржано во член 8 од Законот за управен спор упатува на можноста на странката да го оствари своето право да биде сослушана во текот на целата постапка, да може да изнесува докази се во насока за докажување на материјалната вистина и правилно утврдување на фактичката состојба.¹⁶

Начелото на усна расправа е ново начело кое не беше содржано во претходниот Закон. Усна расправа беше оставена на судијата да одлучи во исклучителни случаи. Измените на Законот за управен спор усната расправа ја воведуваат како резултат на усогласување на нашето законодавство со европското

¹⁴ Член 3, алинеа 9 од .. Закон за управен спор (Службен весник на РМ 96/2019)

¹⁵ Член 7 судот одлучува во управен спор врз основа на Уставот и законите и меѓународните договори ратификувани согласно Уставот на Република Северна Македонија, водејќи грижа за конзистентност на своите одлуки, преку што се обезбедува правна сигурност и еднаква примена на законите.. Закон за управен спор (Службен весник на РМ 96/2019)

¹⁶ Член 8 Согласно со начелото на сослушување на странките, пред да ја донесе својата одлука, судот ќе им овозможи на странките да се произнесат во врска со наводите во тужбата и одговорот на тужбата, како и за сите факти и правни прашања изнесени во управниот спор, освен во случаите определени со закон. Закон за управен спор (Службен весник на РМ 96/2019)

законодавство да им се овозможи на странките во постапката фер судење и можност да ги изнесат своите барања мислења и ставови во текот на постапката кои имаат докажен карактер и може да влијаат за утврдувањето на фактичката состојба. Така во Член 9 од Законот за управен спор согласно со начелото на усна расправа, судот по правило, ќе донесе одлука во управен спор врз основа на јавна, непосредна и усна расправа. Судот може да одлучи во управен спор без одржување на расправа само во случаите утврдени со овој закон. Ова се должи на можноста за преиспитување на одлуките во првостепената управна постапка со што се дава правото и можноста и на странката и на судијата да утврдуваат нови факти и докази, а со тоа и можноста за ефикасна судска контрола на администрацијата.

Начело на контрадикторност и пропорционалност ја надополнува заложбата на законодавецот за остварувањето на правата на странките во постапката. Така во Член 10 согласно начелото на контрадикторност, судот на странките ќе им овозможи да се произнесат за наводите и предлозите на спротивната страна. Согласно начелото на пропорционалност, судот на странките ќе им овозможи да ги остварат и заштитат своите права и правни интереси, доколку истите не се на штета на правата и правните интереси на другите странки или трети лица и не се на штета на јавниот интерес утврден со закон. Кога на странките во постапката им се наложуваат обврски, судот е должен да ги примени дејствијата кои се поповолни за странките, ако таквите дејствија се доволни за да се постигне целта утврдена со закон. Во насока на зголемување на ефикасноста на Управниот суд новина е обврската на јавните органи по службена должност да ги достават сите барани информации, документи и материјали релевантни за судскиот предмет. Нови решенија се предвидени и во делот на одредбите од Законот за управните спорови со кои се регулира состојбата кога судот одлучува без списите на предметот, а со цел да се надмине досегашната состојба во праксата, кога тужениот орган често не ги доставува списите по предметот и покрај ургенцијата на судот, поради што истиот носи одлуки, со кои ја уважува тужбата и го поништува оспорениот акт, но тоа нема позитивен ефект за странката која ја поднела тужбата. Имено, за разлика од постојното решение каде е предвидено судот да одлучи без списите доколку два пати се обратил со барање до тужениот орган, сега судот нема таква обврска и доволно е органот да не ги достави списите по предметот во определениот рок од судот, или да изјави дека не може да го достави истите. Така во член 36 од Законот за управен спор¹⁷ е наведено дека 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. Доколку јавниот орган не ги достави бараните документи, судот има право со решение да изрече парична казна во износ до 20% од месечната плата

¹⁷ Закон за управен спор (Службен весник на РМ 96/2019)

на овластеното, односно одговорното лице во јавниот орган кое од неоправдани причини не ги доставило документите, односно податоците со кои располага.¹⁸

Неспорно е дека спорот на полна јурисдикција не е чест во праксата. Ова беше причина која укажуваше на потребата од законски одредби кои ќе го зголемат степенот на задолжителност во одлучувањето со полна јурисдикција. Спорот на полна јурисдикција содржи овластувања кои се поголеми од овластувањата за поништување на управниот акт.

Во прилог на спор на законитост може да се истакнат следните аргументи : Судот ја цени формалната и материјалната страна на законитоста на оспорениот управен акт, значи испитува дали решението е донесено од надлежен орган, дали на конкретниот однос е применет соодветен материјален закон, дали е правилно водена постапката пред органот и дали правилно и потполно е утврдена фактичката состојба. Тужениот орган е врзан со ставот на судот како во поглед на примената на законот така и за утврдувањето на фактичката состојба.

Во прилог на спорот за полна јурисдикција се истакнуваат следните аргументи: Судот не се ограничува само на испитување на законитоста туку навлегува и во самата суштина на работата, одлуката не се однесува само на тоа дали странката има или нема некое право, околу кое се води спорот.

Пресудите во спор на законитост не ги решаваат реалните проблеми од животот, туку само правното прашање, за законитоста, кои се потешко прифатливи за странката и за поширок круг на луѓе воопшто. Кога ќе се поништи актот тој повторно се враќа на органот за повторно да решава. Органот често пати инсистира на своите ставови, ја одолговлекува постапката, од различни причини. На тој начин спорот на законитост станува недоволно ефикасен инструмент за заштита на правата на странката, како и за законито работење на управата.. Управниот суд во спорот со полна јурисдикција ја цени не само законитоста на управниот акт туку ако утврди постоење незаконитост мериторно да го реши спорното прашање. На тој начин судот го решава конкретното прашање наместо надлежниот орган. Од ова произлегува дека спорот со полна јурисдикција е поефективен, во смисла дека полесно се стигнува до конкретни резултати, а воедно и моментални.

Од друга страна треба да се има предвид дека на донесувањето на одлуката во спор со полна јурисдикција претходи превземање на повеќе дејствија од страна на судот пред одржување на јавната расправа и одредени дејствија како би можел предметот на спорот да го разгледа во доволна мера, што пак подразбира временски подолго траење на управниот спор.

Имено, како новина со новиот закон за управните спорови, се воведува модел постапка, која претставува процедурален институт кој му овозможува на судот да си олесни и побрзо да се справи со поголем број на веќе поднесени

¹⁸ Член 36 Закон за управен спор (Службен весник на РМ 96/2019)

тужби. Секој тужител мора да поднесе посебна тужба, а судот, може по добивањето на одговорите по тужбата да спроведе модел постапка, врз основа на една од тие тужби, а останатите постапки да ги прекине. Услов за спроведување на ваква постапка е да се вложени тужби против повеќе од 20 управни акти во кои правата и обврските се засноваат на еднаква или слична фактичка состојба и иста правна основа. **член 49 од Законот за управен спор.**¹⁹

Оваа постапка судот ја спроведува применувајќи ги начелата на итност и приоритет, со задолжително одржување на јавна расправа, на која се утврдува фактичка состојба. Пред да донесе решение за прекин на постапката, судот ќе му овозможи на тужителот да се изјасни по аргументите во одговорот на тужбата. Фактот дека против решението за прекин на постапката, поради спроведување на модел постапка, не е дозволена посебна жалба и дека во овие предмети, по кои се одлучува во модел постапка судот одлучува според временски приоритет укажува дека целта на законодавецот е временски да ја скрати постапката и да го олесни решавањето по поголем број на предмети во пократок временски период, но при тоа да нема негативна рефлексива врз квалитетот на одлучувањето што се гарантира со утврдена фактичка состојба на задолжителна јавна расправа.

По правосилноста на одлуката донесена во модел постапка, судот на расправа одлучува за прекинатите постапки, доколку тие немаат суштествени разлики од фактичка или правна природа на модел постапката, а притоа судот може тоа да го стори со една предуда доколку ја спои постапката.

ЗАКЛУЧОК

Заложбата на Законодавецот е да се усогласи управното судство во Република Северна Македонија со начелата во Европскиот административен систем. Применливоста на некои одредби ќе обезбедат ефикасност во судството, но во целина неможе да се согласиме дека ќе се намали обемот на работењето и ќе се зголеми ефикасноста на Управното судство, со оглед на тоа дека се воведува јавната расправа. И покрај тоа што законодавецот настојува да се зголеми ефикасност во кореспонденцијата помеѓу првостепените управни органи на администрацијата и управниот суд се губи време со чекање на оригиналните документи релевантни за расправата. Законот воведува одредби за казнување на јавните органи, односно администрацијата што ги води постапките навремено да ги доставува списите до управниот судија, во спротивно ќе биде изложен на материјална одговорност. Како ќе функционира примената на оваа одредба дали судиите ќе прибегнуваат кон казни или ќе продолжи солидарноста и соработката со јавните органи, ќе покажат понатамошните истражувања. Со оглед на тоа што законодавецот му наложува на судијата да го реши предметот и без списите, освен правото да издаде решение за парична казна, дискутабилно е како ќе постапуваат судиите во вакви ситуации. Прашање е дали ќе ги користат одребите кои овозможуваат враќање на предметот на повторно одлучување на

органот кој го донел, а тоа се доколку тужениот орган решавал по слободна оценка или доколку природата на управната работата не дозволува одлучување во полна јурисдикција, односно не може целосно да ги утврди фактите по суштинските прашања и треба во управната постапка да се утврди вистинската фактичка состојба. Измените во Законот за управни спорови најавуваат ефикасно управно судство кое во поголем обем ќе пресудува во полна јурисдикција, секако треба да се размислува и за мотивација на судиите кои ќе одлучуваат во полна јурисдикција со поголем број на предмети односно со повисок процент на ефикасност. Воведувањето на јавната расправа отвара можност и на судиите и на граѓаните да се обезбедат сите дополнителни документи и докази како и искажувања за да се дојде до утврдувањето на фактичката состојба и правилно утврдена матријална вистина. Поради тоа законодавецот утврдил одредби на задолжително присуство на странките, обврска на судот да го извести, како и сите други одредби кои упатуваат на информирање и прибирање на релевантни докази. Во однос на инфраструктурните услови, просторното сместување и кадровската екипираност се јавува итна и неодољна потреба да се пристапи сериозно кон управното судство и да се обезбедат сите неопходни матријално-технички средства, како и стручен и компетентен кадар за ефикасно и брзо решавање на предметите. Сето ова ќе влијае на зголемувањето на задоволството на граѓаните, јакнење на имиџот на државата и обезбедување на повисок ранг при оценувањето од страна на релевантните европски институции.

БИБЛИОГРАФИЈА

1. Управно-правна заштита на граѓаните и вработените во јавна администрација: извештај за работата на второстепените комисии и управните судови / [автор Драган Гоцевски]. - Скопје : Центар за управување со промени, 2017. - 82 стр. : табели, граф. прикази ; 25 см, ISBN 978-608-4818-26-7, Центар за управување со промени, Скопје 2017
2. Годишен Извештај за работа, Виш управен суд за период 2019 година.
3. Годишен извештај за работа Управен суд период 2018 година.
4. Годишен извештај на Народниот правобранител за Република Северна Македонија за 2019 година, за степенот на обезбедувањето, почитување, унапредување и заштита на човековите права и слободи.
5. Европска конвенција за заштита на човековите права и слободи согласно одредбите на Протоколот број 14 (CETS no. 194) кој стапи на сила на 1 јуни 2010 година, иако во ‘Службен весник на Република Македонија’ не е објавен пречистен текст на Конвенцијата.
6. Закон за управни спорови (Службен весник на РСМ 96/2019)
7. Закон за управни спорови (Службен весник на РМ 62/2006)
8. Zakon o upravnim sporovima, koji je Hrvatski sabor donio na sjednici 29. siječnja 2010. godine. Klasa:011-01/10-01/01 Urbroj:71-05-03/1-10-2 Zagreb,

4. veljače 2010.
9. Zakon o izmjeni i dopuni Zakona o upravnim sporovima, koji je Hrvatski sabor donio na sjednici 31.ožujka 2017.godine. Klasa:011-01/17-01/11 Urbroj:71-06-01/1-17-2Zagreb, 31. ožujka 2017
 10. Избрани одлуки на сојузниот уставен суд на СР Германија Јубилејно издание Провобитно издание: Проф. во пензија д-р Јирген Швабе, ISBN: 978-9989-2241-4-0, Програма за правната држава/Дел Југоисточна Европа Фондација „Конрад Аденауер“, регистр. Здружение,
 11. .Како до административна правда, Николина Тошанова Центар за управување со промени, ISBN 978-608-4818-19-9, Бригада дизајн Скопје 2017.
 12. Прашања и одговори за примена на Законот за општа управна постапка Министерство за информатичко општество и администрација Подготвено од: Жарко Хаџи Зафиров, адвокат и експерт по управно право Југослав Георгиевски, државен советник во МИОА, ISBN 978-608-65602-9-4, Скопје 2017.
 13. Системи судске контроле управе, Ратко Радошевиќ, асистент Универзитет у Новом Саду Правни факултет у Новом Саду, 347.998.85:35.075 doi:10.5937/zrpfns47-4840
 14. Вукашиновиќ Радојчиќ,(2010). *Европски стандарди правног положаја државних службеника*. Београд: Правни факултет. 2010.
 15. Гелевски, С. (2009). *Управно – процесно право*. Тиха дооел – Скопје.
 16. Ивошевиќ, З. (2007). *Радно право*. Београд: Службени гласник.
 17. Илиќ,М. (2006). *Управно право*. Ниш: ВСЛС.
 18. Закон за општа управна постапка (Службен весник на РМ бр.124/2015).
 19. Закон за административни службеници (“Службен весник на Република Македонија” бр.27 од 05.02.2014 година).
 20. Закон за вработените во јавниот сектор (“Службен весник на Република Македонија”, бр.27 од 05.02.2014 година).
 21. Законот за користење на податоците од јавниот сектор (“Службен весник на Република Македонија” бр.27 од 05.02.2014 година).
 22. Dimitrijević P., „Upravno pravo, Opšti deo“, Knjiga prva, Pravni fakultet Niš, 2008
 23. Dupelj, Z., „ Donosenje odluka u upravnom sporu“, Pravo I porezi br. 3, Beograd, 2003
 24. Ivančević, Velimir, „Institucije upravnog prava“, knjiga I., Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1983
 25. Jacobini, H., „An Introduction to Comparative Administrative Law“, Oceana Publications, New York, London, 1991
 26. Rađenović, M., „Pravo upravnog spora“, Pravni fakultet, Univerzitet u Banjoj Luci, Banja Luka, 2010

HATE CRIME – CRIMINOLOGICAL AND LEGAL ASPECTS*

Darko Dimovski

Associate Professor, Faculty of Law, University of Nis,

E-mail: darko@prafak.ni.ac.rs

Miša Vujičić

Judge Assistant, Court of Appeals in Nis,

E-mail: misa.vujicic@ni.ap.sud.rs

Milan Jovanović

Trainee of Judge, Commercial Court in Nis,

E-mail: milan993@gmail.com

Abstract

In their introduction, the authors have emphasized that even though hate crime has been criminalized in the XX century, it has existed throughout the entire human history. The overview of the first laws regulating hate crime has been laid out in the introduction as well. Special attention has been attached to the theoretical notion of this form of violent crimes. As the dissemination of hate crime is an important phenomenological data, the authors presented the results of the criminological studies on the dissemination of hate crime in the United States of America. Hate crime is not a uniform type of violent crimes, thus it is necessary to review its manifestation and appearances, as the authors sought to in this article. The victims themselves mostly suffer consequences of hate crime, so the next part of the article is focused on the consequences themselves. The final part relates to legal framework on hate, as a mandatory aggravating fact of certain crimes in Republic of Serbia, with overview of crimes that involve hate as element in their legal determination. At the same time, the authors aimed to show the results of the research on the application of the Article 54a of the Serbian Criminal Code in case-law of courts in Nis and Novi Sad.

Keywords: hate crime, criminological aspect, legal aspect.

INTRODUCTION

human history is filled with examples that would fall under the modern term of hate crime. These crimes not only affect the victims themselves, but they even shape the history of some nations. It is sufficient to recall the persecution of the followers of the Christianity by the Romans, crimes towards the Native Americans during the colonization of the continent, crimes against the Armenians by the Ottoman Turks, apartheid in South Africa etc.

* The work was created as a result of funding from the Ministry of Education, Science and Technological Development of the RS according to the contract registration number 451-03-68 / 2020-14 / 200120

Irrespective of the long history of hate crime, it should be highlighted that only during the 60's and the 70's of the XX century the first efforts towards its incrimination have been made. Hence, the United States' Congress has adopted the Civil Rights Act in 1964, which, for the first time, made the difference between “regular” crimes and the crimes with prejudice in it. Accordingly, it prescribed special prosecution of those who willingly make attack, intimidate or in another way harm a person due to its race, color, religion or ethnicity. At the same time, making lists for voting or for school enlisting on the aforementioned grounds was also banned. Beside the fact that the Act was primarily aimed at human rights improvement, it was the first one to prescribe hate crime. It should be highlighted though, that not all possible manifestations of hate crime were involved.¹ The very aim of this Act was banning discrimination, which was a basis for developing prejudice, which results in hate crime. In addition, it forbid discrimination by the federal and state bodies on aforementioned grounds when accessing public institutions. Discrimination during the stays at the hotels, motels, restaurants, theaters and other public places was just as equally forbidden by this Act.²

In decades to come, American Congress adopted series of laws, i.e. the Civil Rights Restoration Act from 1988, or the Civil Rights Act of 1964, which served as a further guidance point for new incriminations of hate crime. In spite of active legislative, during the 80's there was a spike in activities of groups based on racism, hatred and prejudice towards other. Hence, under the influence of NGO's, such as the Southern Poverty Law Center (SPLC) or the Anti-Defamation League (ADL), United States' Congress adopted the Hate Crime Statistics Act in 1990. It created an obligation to gather process and publish data on crimes committed on the grounds of prejudice based on race, religion, sexual orientation and ethnicity. Adoption of this Act created a synergy in legislative activities on the state level, which adopted their own laws incriminating hate crime, except for Wyoming, Georgia, Arkansas, South Carolina and Indiana.³

THE DEFINITION OF HATE CRIME

Federal bureau of investigation (FBI) determines hate crime as crime against a person, property or a society, entirely or partially motivated by perpetrator's prejudice on the grounds of race, religion, disability, sexual orientation, ethnicity or gender.⁴

One of the accepted definitions of hate crime was made by California Attorney General's Commission on Racial, Ethnic, Religious and Minority Violence. It

¹ Retrieved 4 March 2016 from <http://prospect.org/article/daily-meme-brief-history-hate-crime>

² Turpin-Petrosino, C. (2015): *Understanding Hate Crimes: Acts, Motives, Offenders, Victims, and Justice*, Routledge, London, 7.

³ Turpin-Petrosino, C., *op. cit.*, 10.

⁴ Lau Chin, J. (2004): *The Psychology of Prejudice and Discrimination: Bias based on gender and sexual orientation*, Praeger, London, 163.

describes it as any act of intimidation, harassment, use of physical force or threat issued towards any individual or their family, property or their attorney, when such an act is motivated entirely or partially by hostility towards their real or misinterpreted race, ethnicity, religion, gender, age, disability or sexual orientation, with an aim to intimidate a person or deny them from enjoying a right guaranteed by the Constitution and the laws of the United States of America or the State of California.⁵

In addition, criminologists were trying to define hate crime as well. For example, Boyd and his associates affirm that hate crime is a crime committed against a person or a property, which is based on hatred or prejudice towards racial, ethnical, religious or sexual identity of a victim. Other criminologists, such as Craig, Barnes and Ephross, have broadened this notion by physical disability as one more of the grounds of hatred. Craig and Waldo, on the other hand, highlighted that hate crime relates to any crime motivated by hatred, including words or acts aimed at making injuries or intimidating an individual due to their affiliation with a certain group of people. Such a definition stirred a lot of controversy, as it was presupposed that the attacks of the Whites towards African-Americans are identical to their attacks towards the Whites, thus neglecting the social dominance of the latter in the contemporary society. By looking the aforementioned definition of hate crime, some could conclude that members of homosexual orientation make attacks towards the heterosexual majority, which is rarely the case. Due to these reasons, Craig has adapted his definition of hate crime by stating it is any illegal action with intent of separating a victim on the grounds of prejudice, which relates to victim's real or presupposed status. Status implies affiliation to racial, ethnical, religious, sexual group or group of people with disabilities. Through this definition, Craig included illegal activities aimed at vulnerable social groups.⁶

THE PREVALENCE OF HATE CRIMES

A survey conducted as part of the National Crime Victimization Survey provided the approximate data on the actual number of hate crimes committed in the United States. According to estimates made in this study, in the period from 2003 to 2009, about 195,000 cases of victimization were committed annually as a consequence of hate crime, including about 179,000 hate crimes against persons over 12 years of age. It should be noted that the higher number of victims than the perpetrators is due to a higher number of victimizations within only one hate crime committed. At the same time, the research showed that 23% of all hate crime committed include serious violence, and it should be emphasized that during 2009, eight murders were committed with hatred element involved.⁷

⁵ Jenness, V., Broad, K. (2009): *Hate Crimes: New Social Movements and the Politics of Violence*, Aldine Transaction, New Jersey, 144.

⁶ Perry, B. (2003): *Hate and Bias Crime: A Reader*, Routledge, New York, 29.

⁷ Hall, N. (2013): *Hate Crime*, Routledge, New York, 130.

This research made it possible to find data and establish the relationship between perpetrators and victims of hate crimes. Thus, in 37% of the cases, the perpetrator had prior knowledge of the victim, which is less than the percentage of previous knowledge of a victim in crimes where there is no element of hatred - 50%. Furthermore, one third of the hate crimes were committed in the victim's home, or near their place of residence, while in other crimes, that percentage is significantly higher and amounts to 50 percent. However, the percentage of hate crimes committed in schools is twice as high as the percentage of other crimes committed there - 18% versus 9%. Younger people are at higher risk of victimization. Thus, persons between the age of 12 and 24 have more chance of becoming victims of hate crime than persons over the age of 50. Men, as well as people who earn less than 25.000 US dollars a year, have a higher chance of being victims of hate crimes than women, or people who earn more than 25.000 USD annually.

The study has also shown that hate crime cases with elements of violence, are most commonly committed between members of different races, while hate crimes without violence more commonly occurs between members of the same race. According to the victims' testimonies, hate speech is used when committing hate crimes. However, it is interesting that only one in ten perpetrators leaves symbols related to the hate crime at the crime scene. Finally, it should be mentioned that 45% of the hate crime victims are people with a certain disability.⁸

Although the figures obtained by this survey might seem frightening, it is necessary to note that they make up to only 1% of total number of crimes committed in the USA. However, one should be especially careful in making a final conclusion on whether hate crime poses a serious threat to the overall security of citizens in the United States, because four out of five hate crimes committed involve violence.

A more recent study, also conducted as part of a victimization survey, showed interesting results. The research included the period from 2007 to 2011. It was estimated that there were 259,700 people by over the age of 12 years and residing in the United States being victimized annually in the context of non-lethal and the property hate crime. If we compare the annual number of hate crime victims in the period from 2003 to 2006 and from 2007 to 2011, we can see that the number of lethal hate crimes is equal in both periods. Hate crimes committed because of some religious prejudices have the largest increase in the given period. In the first given period - from 2003 to 2006 year - there was 10% of hate crimes based on religious bias, while in the next period from 2007 to 2011, the percentage has more than doubled - 21%. Unlike the religiously biased hate crime, racially induced hate crime is on a slight decline. In the first period, it amounted to 63% of hate crimes, while in the second period, that percentage was 54%. The degree of social danger of hate crimes is shown by the 92% of the hate crime cases were committed with elements of violence.⁹

⁸ Hall, N., op. cit., 130-131.

⁹ Hall, N., op. cit., 131-132.

At the same time, in the second period, special attention is drawn to certain victimological data. For example, data were collected in the area where these forms of violent crime were committed, where it was established that one third of hate crimes were committed at home, or near the victims' place of residence. As the data regarding the risk of victimization of members of certain races are very important, criminologists dealt with these facts when processing the obtained data. The obtained results showed that members of the white race, black race, as well as Hispanics, have the same percentage of victimization of violent hate crimes.¹⁰

FORMS OF HATE CRIME

Different typologies of hate crime can be found in criminological theory. The criminologists Levin and McDevitt highlighted in 1993 the existence of four forms of hate crime: thrill-seeking hate crime, defensive hate crime, mission hate crime and retaliation hate crime.¹¹

Most crimes that fall within the thrill-seeking hate crime can be classified as vandalism, physical attacks, as well as intimidation. The object of the attack are not only individuals, but also property. At the same time, in the case of physical attacks, it is possible, although not so often, to have lethal consequences. Perpetrators of the thrill-seeking hate crime look at their behavior as a kind of game in which they seek to establish domination over the victim, alongside with some thrill and excitement for the perpetrator.¹² Teenagers that assemble during the weekends after playing cards, choosing to destroy the property of certain individual or to intimidate members of some minority group, are mentioned as an example of this form of hate crime. According to a Boston police report, three out of five hate crimes were committed out of excitement. Furthermore, 53% of all the thrill-seeking hate crimes were committed by two or more teenagers, who attacked the victims in their area seeking excitement. According to this report, the majority of perpetrators of the thrill-seeking hate crime are white minors, where even 91% of them didn't know the victim prior to the incident. In 70% of the thrill-seeking hate crime, there is a physical attack involved, although we have pointed out that this form of hate crime can also be reflected in vandalism or intimidation.¹³

With this form of hate crime, individuals become victims by accident. In addition, the victims are members of minority groups that the perpetrator sees as inferior to

¹⁰ Hall, N., *op. cit.*, 132.

¹¹ Krohn, M., Lizotte, A., Hall, G. P. (2009): *Handbook on Crime and Deviance*, Springer, London, 539.

¹² Momen, R. (2008): *Empirical Study of Hate Crimes in the United States: A Systematic Test of Levin and McDevitt's Typology of Offenders*, ProQuest, Morgantown, 9.

¹³ Kurtz, L. (1999): *Encyclopedia of Violence, Peace, and Conflict, Three-Volume Set*, Academic Press, San Diego, 94.

himself. The reason for the existence of dominance and inferiority can be found in the general atmosphere in society that exists towards the members of that minority group. This atmosphere may result in the attitude that no one will care whether members of a minority group are exposed to victimization or not. Members of homosexual or bisexual groups generally appear as victims of thrill-seeking hate crime, while the perpetrators are usually couples or smaller groups. Already mentioned criminologists Levin and McDevitt pointed out that homosexuals are “ideal” victims of this form of hate crime for several reasons. Namely, homosexuals gather in certain parts of the city, which makes it easier for potential perpetrators to find them. At the same time, according to the perceptions of members of the dominant group, the existence of a group of homosexuals can pose a threat to the development of sexual identification of teenagers. The last reason why homosexuals make ideal victims of thrill-seeking hate crime is their unwillingness to report the attacks they are exposed to, because they find themselves in a situation to reveal their sexual orientation not only to the wider local community, but also to their family members. In other words, by reporting hate crimes, they would be exposed to secondary victimization¹⁴

The struggle to reduce the volume of thrill-seeking hate crime should be reflected in the application of strict sanctions against the perpetrators, because such crimes are not motivated by greed. Eventual impunity for such socially unacceptable behaviors will only encourage the thrill-seeking hate crime, which can, as already pointed out, result in a fatal outcome.¹⁵

The next form of hate crime is known as defensive hate crime. Until 2002, the creators of this typology used a different name for this form of hate crime - reactive hate crime. However, careful analysis of the motives for committing this form of hate crime changed its name to defensive hate crime. Namely, the defensive hate crime does not seem to be committed for the sake of excitement, but as a means by which the accumulated aggression is manifested. The perpetrators of this crime experience attacking as taking defensive measures to protect not only themselves, but also the local community. The difference between these two mentioned forms of hate crime is also reflected in the age of the perpetrators. While the thrill-seeking hate crime is usually committed by teenagers, defensive hate crime is mostly committed by the adults. Another distinction with thrill-seeking hate crime is that the perpetrators do not go to the place where the victims live or gather, but they commit crimes in their own areas of work or residence.¹⁶

In the case of thrill-seeking hate crime, any member of a certain group can be victimized, while in the case of defensive hate crime, there is a tendency for perpetrators to always target an individual or a small group of individuals who they

¹⁴ Momen, R. op. cit., 9-10.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

consider a threat to personal safety or safety of their families. Examples include the African-Americans settling in a neighborhood generally inhabited by white people. Moreover, crime does not have to be preceded by aggressive behavior of the perpetrator or the commission of other criminal acts. The motive for committing a defensive hate crime may be a concern about possible theft (for example in the event of an African-American family settling to an exclusively white area).¹⁷

A study under the Klanwatch project in the state of Alabama showed that almost half of the racially motivated acts of vandalism and violence were directly related to the relocation of African-Americans to a white-dominated neighborhood.¹⁸The most striking example of the defensive hate crimes in this study is the killing of Purnell Daniels, a 41-year-old African-American engineer who resides in Newark, Delaware, dominantly white neighborhood. He found a threatening letter written by members of the Ku KluxKlan at the door of his house. Another good example for illustrating defensive hate crime is the incident that occurred in 1997. A group of whites in Gryson, Georgia, shouted racial slurs at a young African-American couple who was transferring their belongings to a house in a white neighborhood. When a group of white people realized that the married couple did not intend to move out, but to stay, several shots were fired at the house where the married couple was at the time of the shooting. Seeing that the group of whites was serious in their intention not to allow them to live in this area, a couple of African-Americans seriously considered the option of moving out of Gryson.¹⁹

Another study, conducted by criminologists John Weiss, Howard Ehrlich and Barbara Larcom, taken on a sample of 2,078 Americans found that 27% of them reported some form of hate crime at work.²⁰

The next form of hate crime is mission hate crimes. Although this form of hate crime is rarely committed, it should be noted that it is considered the most heinous, because in its essence there is a mission to eliminate persons who are considered less valuable than other people. Perpetrators of the mission hate crimes have a moral and religious obligation to destroy a certain group of people before that group comes into a position to destroy them.²¹

The existence of such an “obligation” results in bodily harm or even murder. To illustrate the prejudice in this form of hate crime, perpetrators often believe, for example, that Jews are children of the devil, African-Americans and Hispanics are dirty people, people with intellectual disabilities are retards, and that members of sexual

¹⁷ Kurtz, L., op. cit., 95.

¹⁸ Levin, J., McDevitt, J. (2002): *Hate crimes revisited: America's war against those who are different*, Basic book, New York, 80.

¹⁹ Kurtz, L., loc. cit.

²⁰ Ibid.

²¹ Krohn, M., Lizotte, A., Hall, G. P., loc. cit.

minorities are deviant. Such prejudices inevitably lead to the commission of crimes with serious consequences for the integrity of these persons. Multiple manifestations of aggression towards certain individuals can be monitored in individuals instilled with such hatred, since they become members of organized so-called “hate groups”, sometimes undergoing training in the use of fire.²²

As an example of this form of hate crime, we can cite a case that happened relatively recently. In August 2012, a 41-year-old man named Wade Michael Page killed six members of a Sikh Indian temple in Oak Creek, Wisconsin, after which he committed suicide. His hatred can be traced back to 2000, when he became a member of several neo-Nazi groups, among which End Apathy and Definite Hate stand out. At neo-Nazi meetings, he often talked about the upcoming “holy war” against members of other races. Another detail shows the degree of hatred of Michael Page towards minority groups. Paige made multiple tattoos on his body on the supremacy of the white race in relation to members of other races.²³

The last form of hate crime, according to the typology of criminologists Levin and McDevitt, is retaliation hate crimes. The commission of a retaliation hate crime occurs when the perpetrator believes that there has previously been an attack by another person on an individual who is a member of the same group as the perpetrator.²⁴ A vengeful hate crime can be committed not only when there is a previous violent incident, but also when there is some gossip. Therefore, due to the existence of some rumors, a certain group may take an act of revenge against those who spread those rumors.²⁵ Other criminologists have stressed that retaliation hate crimes can occur even when the victim lost confidence in the police and judicial authorities, and take justice into their own hands and carry out violent criminal act according to their abuser. According to criminologists, the existence of domestic violence can be conditioned by the so-called a vengeful crime of hatred towards the perpetrator, whereby there is a change of position in the relationship between the perpetrator and the victim.²⁶

The motive of revenge is responsible as well for the escalation of violence between members of different groups. It suffices to mention the increase in the level of violence between Catholics and Protestants in Northern Ireland. Thus, any attack on members of one religious group triggers the revenge of the members of the attacked religious group on the attackers, which created a loop of mutual revenge attacks.²⁷

²² Iganski, P., Levin, J. (2015): *Hate Crime: A Global Perspective*, Routledge, New York, 49.

²³ Ibid.

²⁴ Turpin-Petrosino, C., op. cit., 86,

²⁵ Perry, B., op. cit., 112.

²⁶ Hall, N., Corb, A., Giannasi, P., Grieve, J. (2015): *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, London, 370.

²⁷ Roulstone, A., Mason-Bish, H. (2013): *Disability, Hate Crime and Violence*, Routledge, London, 101.

At the same time, it should be emphasized that revenge, as a motive for committing hate crime, also exists in attacks involving persons with disabilities. On January 19, 2007, 16-year-old John Odgren stabbed to death a 15-year-old student, in a toilette of Lincoln-Sudbury High School in Massachusetts. The killer suffered from Asperger's syndrome, depression and obsessive-compulsive disorder, because of which he was a victim of abuse by his schoolmates for many years. After some time, he decided to take revenge for his victimization.²⁸ Therefore, he brought a knife to school, killing an accidental victim - a person he had never met before. Odgren was fascinated with Stephen King's books, repeatedly pointing out that his plan was to commit a perfect crime. He also developed an irrational fear that something bad is to happen to him.²⁹

It is necessary to emphasize that Odgren had a long history of aggressive behavior. Even though still in the third grade, he threatened the girl was abusing him that he will kill her with the use of firearms. The following year, he stuck a ballpoint pen in the chest of his fellow student. He displayed his aggressive behavior in each of the schools he was transferred to.³⁰

In addition to the aforementioned division of hate crime, there are criminologists who pointed out the existence of other forms of hate crimes while studying crimes committed out of hatred towards homosexuals. Criminologists like Herek distinguished three forms of hate crime: experimental hate crime, symbolic hate crime and defensive hate crime. Herek later emphasized that this typology of hate crime can be extended to all victims of hate crime, not only to homosexual victims.³¹

In experimental hate crime, there is a representation of reality based on previous experience with members of the homosexual community. There are members of the predominantly heterosexual community who, based on their previous experience, have a good opinion of homosexuals. However, some other heterosexuals have a negative attitude towards homosexuals solely because of a negative experience with them in a previous period of their lives, which can generate this form of hate crime. Without prior experience with homosexuals, members of sexual minorities are seen by heterosexuals more as symbols of enjoying complete freedom in choosing a sexual partner, rather than as persons of flesh and blood.³²

The next form of hate crime according to Herek is a symbolic hate crime. In this form of hate crime, there is a prejudice that manifests itself in such a way that

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Lebrun, M. (2012): *Rebels in Society: The Perils of Adolescence*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 122.

³⁰ Roulstone, A., Mason-Bish, H., op. cit., 101-102.

³¹ Hall, N., Corb, A., Giannasi, P., Grieve, J., op. cit., 393.

³² Retrieved 21 March 2016 from: http://psc.dss.ucdavis.edu/rainbow/HTML/prej_func.html

the perpetrator identifies himself with other persons who express hatred towards individuals (homosexuals). There is solidarity among certain individuals with the aim of further exclusion of their victims from social life (Hall et al, 2015: 393).³³The attack on individual homosexual sends a strong message to other members of the homosexual community that they are not welcome. When we talk about the symbolic hate crime in which the victims were not just homosexuals, we can cite cases where they send messages to Americans of Asian origin that they cannot consider themselves Americans, as well as that they do not belong there.³⁴As the defensive hate crime according to Herek's typology has already been examined, we shall not explain it further.

CONSEQUENCES OF HATE CRIMES

Criminal activities result in numerous mental and emotional difficulties on persons who are victims of this socially unacceptable behavior. However, it should be emphasized that these consequences are especially manifested within the hate crime victims. The realization of this fact has contributed to the development of numerous programs to help hate crime victims. It is preceded by numerous criminological studies, which were conducted with aim to determine the type and extent of consequences suffered by the victims of this form of violent crime. The carriers of these criminological studies during the 1990s were Barnes, Ephross, Hershberger, D`Aguelli, Otis and Skinner.

Although pioneering research showed a number of consequences for victims of hate crime, they were at the same time limited, since they weren't compared to consequences of other crimes committed. It was therefore necessary to make additional efforts to establish whether the hate crime resulted in the same consequences as other criminal offenses or whether those consequences were even greater in scale. Subsequent research was conducted on a small number of samples, which provided additional quality. For example, criminologist Herek and his associates, who were already mentioned, conducted a research in 1999, measuring the consequences of hate crime against persons of homosexual orientation, and comparing them with the consequences for various other crimes. Study has shown that victims of hate crimes feel a higher degree of depression, traumatic stress and anger compared to victims of other criminal behaviors.³⁵

Next criminological study on victimological aspect of hate crime was done by mail in 2001 in Boston, and was conducted by criminologist McDevitt, whom we have already mentioned, alongside his associates. Namely, this research created two groups - an experimental group consisting of victims of hate crimes and a control

³³ Hall, N., Corb, A., Giannasi, P., Grieve, J., loc. cit.

³⁴ Perry, B. (2009): *Hate Crimes*, Greenwood Publishing Group, London, 119.

³⁵ Chakraborti, N., Garland, J. (2015): *Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research*, Policy Press, Bristol, 232.

group composed of victims of various other crimes. The results of the research showed a significant difference in terms of psychological consequences - victims of hate crimes suffered psychological consequences to a much greater extent, reflected in increased depression, nervousness, lack of concentration, preoccupation with their thoughts about the unpleasant event as well as self-blame. However, certain shortcomings of this research should be noted, primarily a small number of people who were willing to participate in the criminological study.³⁶

The problem of insufficient number of people was eliminated by further research, which collected the data in the territory of England and Wales during the period 2009-2011. The research showed that the victims of hate crimes, unlike the victims of other crimes, suffer largely from feelings of shock, fear, depression, anxiety, panic attacks, loss of self-confidence and feelings of vulnerability.³⁷

At the same time, it is necessary to emphasize that the hate crime does not only affect and produce consequences upon direct victims. Hate crime produces fear for one's own safety even in persons who have the same characteristics as victims of hate crimes committed, which increases their risk of victimization.³⁸ Based on this fact, public authorities are obliged not only to respond in a timely manner with regard to the detection and prosecution of hate crime against direct victims, but also in order to prevent the spread of fear and unrest among persons belonging to the same group as the direct victim.

HATE CRIME IN THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Revision of the Criminal Code in 2012 added the Article 54a to the Serbian Criminal Code, which foresees a special circumstance when sentencing for a criminal offense committed out of hatred. Article 54a stipulates that if the criminal offense was committed out of hatred due to race, religion, national or ethnic affiliation, gender, sexual orientation or gender identity of another person, the court will assess this circumstance as an aggravating circumstance, unless it is explicitly prescribed as a feature of the crime.

By careful analysis of the legal text, we can see that Article 54 of the Criminal Code prescribes general rules on sentencing, emphasizing that the motive will be taken into account when sentencing. In that way, the hate element could be taken as a motive for criminal behavior. However, the legislator was of the opinion that by specially prescribing hatred as an aggravating circumstance, it would raise criminal protection of particularly vulnerable social groups to a higher level, since their members have been victimized solely due to belonging to these social groups.³⁹ However, it should

³⁶ Phillips, C., Webster, C. (2013): *New Directions in Race, Ethnicity and Crime*, Routledge, London, 30.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Mizrahi, T., Davis, L. (2008): *The Encyclopedia of Social Work: 4 Volume Set*, Oxford University Press, Oxford, 315.

³⁹ Miladinović, J. (2015): *Procesuiranje zločina iz mržnje: mržnja kao obavezna otežavajuća okolnost*,

be emphasized that the legislator should not have used exhaustive enumeration of the grounds for the existence of hatred, without detailing its grounds for hatred in sufficient detail. The question justifiably arises as to whether this provision could be applied if the hatred was directed towards persons with certain mental or physical disabilities. By linguistic interpretation of provision 54a of the Criminal Code, we come to the conclusion that there is no place for the application of more severe punishment if the criminal offense is committed out of hatred towards persons with disabilities. However, even in such cases, it is possible, without changing the provision 54a of the CC, to strengthen the criminal law protection, of persons with disabilities solely by applying the general provisions on sentencing. In order to overcome this shortcoming, besides listing the specific characteristics that are protected by law, the legislator should leave an opportunity for some other characteristics to appear as a basis for qualifying a certain act as to impose a heavier penalty. Another option is for the legislator to expand the grounds of hatred, as it has been done in Article 2 of the Law on Prohibition of Discrimination.⁴⁰

It should be emphasized that even prior to Revision of the Criminal Code in 2012, when it launched a hatred as a special aggravating circumstance, domestic legislator was sufficiently sensitive to criminalize specific offenses that are committed due to hatred as motives. Back in 1986, an amendment to the Criminal Code of the Socialist Republic of Serbia was made, which introduced criminal acts of “violence that endangers the freedoms and rights of citizens, members of other peoples, nationalities or ethnic groups” (Article 61a), “special forms of endangering freedoms and the rights of citizens of other peoples, nationalities or ethnic groups ”(Article 61b), as well as criminal offenses entitled “endangering the security of citizens of other peoples, nationalities or ethnic groups by attacking sexual freedom”(Article 61c). The reason for such criminalization should be sought in the case that shocked the public of the former SFRY at that time. On May 1st 1985, Djordje Martinovic was attacked in a field near Gjilan (Kosovo and Metohija). The attack was carried out by charging a stake, with a half-liter glass beer bottle on top of the stake. The victim reported that it was done by ethnic Albanians. Aforementioned offenses were decriminalized only couple of years later, through the amendment of criminal legislation in 1994.⁴¹

According to the analysis of the existing Criminal Code, there are criminal acts which involve hatred as their element - “inciting national, racial and religious hatred and intolerance”(Article 317) within the chapter “Criminal offenses against the constitutional order and security of the Republic of Serbia”. This crime forbids acts aimed to provoke or incite national, racial or religious hatred, or intolerance among the peoples or ethnic communities living in Serbia. In addition to the basic

Bilten sudske prakse, Niš, 37.

⁴⁰ Law on Prohibition of Discrimination, „Official Gazette RS“, No.22/2009;

⁴¹ Miladinović, J., op. cit., 51.

form, there are two aggravated forms. At the same time, one of the aggravated forms of murder - murder out of reckless revenge or other low motives, is such a form of aggravated murder which, according to the judgment of the Supreme Court of Serbia (Kž 2015/57), is committed for motives that are not worthy of a man. Namely, the Supreme Court took the position that low motives are motives that are not worthy of moral understandings in society, which leads us to the conclusion that such motives include hatred, envy, malice, intolerance and others. In other words, hate murder can be classified as murder committed out of other low motives.

In addition to the already analyzed hate-driven crimes, there are some other criminal acts based on hatred - violent behavior at a sports event or public gathering (Article 344a), as well as racial and other discrimination (Article 387). Primarily, it was Article 20 of the Law on Prevention of Violence and Misconduct at Sports Events⁴² that incriminated violent behavior at a sports event. This crime was later in 2009 transferred into the Criminal Code (Article 344a). By doing so, the legislator only slightly changed the elements of this crime. After only 4 months, this criminal act was significantly modified through the amendments to the Criminal Code, whereby the name was changed to “violent behavior at a sports event or public gathering”.

Specifically, the act of a criminal offense is determined alternatively, whereby the criminal offense can be committed by any person. The legislator prescribed that the criminal act should take place at a sports event or public gathering, as well as the consequences of such an act. The criminal offense consists in the alternative performance of numerous actions. Bearing in mind that the subject of our analysis is hate crime, we shall pay special attention only to one form which integrates hatred as its integral element. The violent behavior at sports events or public gatherings may be, inter alia, executed by causing national, racial, religious or other hatred or intolerance based on discriminatory grounds, through their own behavior or through slogans at a sports event or public meeting, due to which there is a violence or physical confrontation with its participants. The consequence is endangering people and property of greater value. Endangerment should be specific, with immediate, close and real danger. The basic form of this criminal offense is punishable by imprisonment from 6 months to 5 years and a fine. If the act was committed by a group, a prison sentence of one to 8 years is prescribed, while the ringleader of the group can be sentenced from 3 to 12 years in prison. For the perpetrator of this criminal act, it is predicted to impose a security measure prohibiting him from attending certain sports events in the future.

As it has already been emphasized, The Criminal Code of the Republic of Serbia incriminates another criminal offense in whose essence is hatred as an integral element. Within Chapter XXXIV of the Criminal Code, there is a criminal offense of racial and other discrimination (Article 387). This criminalization occurred due to Convention

⁴² Law on Prevention of Violence and Misconduct at Sports Events, „Official Gazette RS“, No. 67/2003, 101/2005, 90/2007, 72/2009, 111/2009 and 104/2013;

on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination of 1965, the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid of 1973, as well as Article 14 of the European Convention on Human Rights. Actus reus in the basic forms of both of these crimes consists in violation of basic human rights and freedoms guaranteed by generally accepted rules of international law and ratified international treaties by the Republic of Serbia, resulting in discrimination on the grounds of race, color, religion, nationality, ethnic origin or some other personal characteristic. In addition, the legislator also incriminated special forms of this criminal offense (Article 387, paragraphs 3, 4 and 5).

In addition to these hatred-based criminal offenses, Serbian legislator, as we have already mentioned, prescribed hatred as an obligatory aggravating circumstance for any other criminal offence. Since 2012, the possibility of using hatred as an obligatory aggravating circumstance has been prescribed, the authors of the article conducted research in the Municipal and High Courts in Nis, as well as in the Municipal and High Courts in Novi Sad, in order to determine the number of judgements where Article 54a of the Criminal Code is applied. The results showed no cases where this provision on hate as mandatory aggravating circumstances is applied. With these results, we can conclude that judges in hate crime cases do not find it appropriate to apply provision of Article 54a of the CC, because they have not received adequate training on the purpose and scope of hatred as mandatory aggravating circumstances. Therefore, it is necessary to organize seminars from the experts with examples of hate crime, where this provision could be applicable.

SUMMARY

Over the past century, many countries have introduced hate crimes into their legislation as a separate criminal offense or as mandatory aggravating circumstances prescribed in the general criminal law or only regarding certain criminal offenses. Following the tendencies in the leading countries of criminal law, the Republic of Serbia incriminated the motive of hatred as a particularly aggravating circumstance when sentencing a defendant and determining the punishment.

However, it is worrying that several years have passed since the introduction of such a legal solution in Serbian criminal legislation, while the judges have not been able to recognize cases where it is possible to apply provision of Article 54a of the Criminal Code in hate crime cases, since those cases undoubtedly happened. The reason for that may lie in the fact that practitioners do not know what does the hate crime imply, because the legislator failed to further explain it in the part related to the meaning of expressions used in the incrimination of certain acts. In order to overcome all the uncertainties regarding hate crime, it is necessary that the Criminal Code proscribe what does the term hate imply, as previously pointed out. In addition, it should leave open list of characteristics of individuals that form the basis of hate or rather use solution of Article 2 of the Law on Prohibition of Discrimination.

At the same time, it is necessary to work on educating not only judges, but also other subjects in the fight against crime in the upcoming period, in order to highlight that hate crime requires a stricter reaction of the state in terms of sentencing. Therefore, special attention should be drawn to the training of personnel of internal affairs, because they should be the first to recognize a motive of hatred. The state's response to hate crime would be much more productive if the internal affairs authorities had a unified system for processing criminal data with elements of hatred.

LITERATURE

1. Chakraborti, N., Garland, J. (2015): *Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research*, Policy Press, Bristol, 232.
2. Hall, N. (2013): *Hate Crime*, Routledge, New York, 130.
3. Hall, N., Corb, A., Giannasi, P., Grieve, J. (2015): *The Routledge International Handbook on Hate Crime*, Routledge, London, 370.
4. Iganski, P., Levin, J. (2015): *Hate Crime: A Global Perspective*, Routledge, New York, 49.
5. Jenness, V., Broad, K. (2009): *Hate Crimes: New Social Movements and the Politics of Violence*, Aldine Transaction, New Jersey, 144.
6. Krohn, M., Lizotte, A., Hall, G. P. (2009): *Handbook on Crime and Deviance*, Springer, London, 539.
7. Kurtz, L. (1999): *Encyclopedia of Violence, Peace, and Conflict*, Three-Volume Set, Academic Press, San Diego, 94.
8. Lau Chin, J. (2004): *The Psychology of Prejudice and Discrimination: Bias based on gender and sexual orientation*, Praeger, London, 163.
9. Lebrun, M. (2012): *Rebels in Society: The Perils of Adolescence*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 122.
10. Levin, J., McDevitt, J. (2002): *Hate crimes revisited: America's war against those who are different*, Basic book, New York, 80.
11. Miladinović, J. (2015): *Procesuiranje zločina izmržnje: mržnjaka o obavezna otežavajuća okolnost*, Biltensudske prakse, Niš, 37.
12. Mizrahi, T., Davis, L. (2008): *The Encyclopedia of Social Work: 4 Volume Set*, Oxford University Press, Oxford, 315.
13. Momen, R. (2008): *Empirical Study of Hate Crimes in the United States: A Systematic Test of Levin and McDevitt's Typology of Offenders*, ProQuest, Morgantown, 9.
14. Perry, B. (2003): *Hate and Bias Crime: A Reader*, Routledge, New York, 29.
15. Perry, B. (2009): *Hate Crimes*, Greenwood Publishing Group, London, 119.
16. Phillips, C., Webster, C. (2013): *New Directions in Race, Ethnicity and Crime*, Routledge, London, 30.
17. Retrieved 21 March 2016 from: http://psc.dss.ucdavis.edu/rainbow/HTML/prej_func.html
18. Retrieved 4 March 2016 from <http://prospect.org/article/daily-meme-brief->

history-hate-crime

19. Roulstone, A., Mason-Bish, H. (2013): *Disability, Hate Crime and Violence*, Routledge, London, 101.
20. Turpin-Petrosino, C. (2015): *Understanding Hate Crimes: Acts, Motives, Offenders, Victims, and Justice*, Routledge, London, 7.
21. Law on Prevention of Violence and Misconduct at Sports Events, „Official Gazette RS“, br. 67/2003, 101/2005, 90/2007, 72/2009, 111/2009 and 104/2013;
22. Law on Prohibition of Discrimination, „Official Gazette RS“, No. 22/2009;

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE GROUNDS LEADING TO THE DISSOLUTION OF MARRIAGE WITHIN DIFFERENT EUROPEAN LAWS

Mădălina Dinu

PhD Associate Professor, Faculty of Law,
“Titu Maiorescu” University, Bucharest, Romania
E-mail:madalinaconstantin10@yahoo.com

Abstract

Divorce is one of the first legal institutions that people have been confronted with since ancient times, given that the family has always been at the foundation of society. However, not all spouses respect the obligations they have taken upon themselves once with the conclusion of marriage, so that, when the obligations can no longer be fulfilled by the parties, they must resort to a legal remedy that may lead to either the delay in the fulfillment of the obligations, or to the termination of legal relations on grounds not attributable or attributable to the guilty party, or to both parties, where applicable.

Given that, depending on the specifics of the society to which they belong, the history of each state, the reasons leading to the dissolution of the marriage are different, the reasons found in the laws of European states differ. In this regard, in this study we aim to analyze the existing reasons in certain European states that may constitute grounds for divorce. Thus, the reasons leading to the dissolution of the marriage in Romania, France, and Italy shall be analyzed. We will note that the reasons are different, as well as the procedure that applies, being states in which the divorce procedure can be an administrative, notarial or judicial depending on the consent of the spouses at the dissolution of the marriage and/or whether there are minor children resulting from the aforementioned marriage.

Keywords: *dissolution of marriage, guilt, de facto separation, divorce for medical reasons, non-patrimonial effects, legal separation*

1.General aspects

The prerequisite for the existence of a marriage dissolution request, (regardless of whether the administrative or judicial procedure is followed), is the existence of a marriage.

Divorce constitutes that „form of dissolution of marriage which consists in its dissolution, with effects for the future, by agreement of the parties or by court”¹. Ab initio, we mention the fact that the dissolution of the marriage should not be confused with its termination. Thus while the termination of the marriage is seen as an „indication of the natural and objective cases by which it ended (the death of one

¹ F. A. Baias, *Unele dispoziții privind divorțul în noul Cod civil*, in the Annals of the University of Bucharest – Law Series, no. 2011-III, July - September, p. 301

of the spouses or the judicial declaration of death), while the dissolution of marriage represents the dissolution of marriage by divorce”².

Divorce, although it is a non-patrimonial application, can have patrimonial effects in some states, such as, for example, in Romania, when the dissolution of the marriage is requested on grounds attributable to the defendant spouse, and the claimant requests payment of a compensatory benefit or compensation from them.

2.Common elements of grounds for divorce that may lead to the dissolution of marriage in Romania and France and the applicable procedure

In Romania, spouses can divorce administratively (before the Civil Officer) when the divorce is by mutual agreement and they do not have minor children resulting from said marriage or adopted, by notary (before the notary public) even if they have minor children, but the spouses agree on all the ancillary aspects of the divorce (exercising the parental authority of the minors, establishing their domicile, the name that the spouses will bear after the dissolution of the marriage, the program on personal relationships with the minor established with the parent with whom the minor will not reside) or, in the event that the spouses cannot come to a mutual agreement, they may file a claim to the competent court. In other words, in Romania, the dissolution of the marriage can take place:a) before the Civil Officer; 2) before the notary public; c) before the court.

The reasons that determine the dissolution of the marriage through divorce, as well as its effects are regulated by the Civil Code in the content of Article 373-404.

The reasons for divorce are provided by Article 373 of the Romanian Civil Code, and the divorce may take place³:

- by consent of the spouses, at the request of both spouses or of one of the spouses accepted by the other spouse;
- when, for good cause, the relationship between the spouses is severely damaged and the continuation of the marriage is no longer possible, in which case the divorce may be pronounced as by common fault or the sole fault of one of the spouses;
- at the request of one of the spouses, following a *de facto* separation that has lasted for at least two years; in this case, the spouses must have been separated for at least 2 years, in which case the divorce may be granted at the request of either of them, if the applicant takes on the responsibility for the failure of the marriage, in which case the decision in favor of the dissolution the marriage will be blamed on the applicant, in accordance with the provisions of Article 935 of the Romanian Civil Procedure Code.

² I. Albu, *Dreptul familiei*, Didactică și Pedagogică Publishing House, Bucharest, 1975, pag. 179, qtd. in I. Leș, *Proceduri civile speciale*, All Beck Publishing House, 2000, pag. 105

³ G.Boroi, M.Stancu, *Drept procesual civil*, 4th Ed., Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2017, p.858

- at the request of the spouse whose state of health makes the continuation of the marriage impossible, situation in which the divorce can be pronounced by invoking and proving a reason relative to the state of health of one of the spouses that would make it impossible to continue the marriage, according to the provisions of Article 933 of the Romanian Civil Procedure Code.

These ways of dissolving the marriage regulated in the Romanian legislation are similar to those provided *in French law*, under the name of starting divorce actions. Thus, the French legal system regulates the following reasons leading to the dissolution of marriage, bearing the following names: (a) divorce on the grounds of fault, (b) divorce due to irretrievable breakdown of the marriage, (c) divorce by acceptance and (d) divorce by mutual consent⁴.

In the Romanian legal system, in addition to the main purpose of the application, the court will rule, upon request, on the ancillary aspects specific to the divorce procedure: the exercise of parental authority, the maintenance pension, the child's home, the right of the parent who was not entrusted with the minor to have personal relations with him, the names of the spouses after the divorce, the family home, the maintenance obligation or the compensatory benefit between the ex-spouses, the termination of the matrimonial regime and, as the case may be, the liquidation of property and assets.

Establishing the minor child's domicile, after the dissolution of the marriage, follows the criterion of the child's best interest. We mention the fact that this establishment of the child's domicile is not directly determined by the establishment of the exercise of parental authority. Thus, the home of the child will be established by the mutual agreement of the parents, and if said decision is contrary to the best interests of the child, the court will rule for: establishing the residence of the minor with the parent with whom they live permanently, or with one of the parents in the situation in which the parents lived together before the divorce or, exceptionally, if it is in the best interests of the child, with the grandparents, other relatives or persons, with their consent, or to a protection institution, in accordance with the provisions of Article 400 (3) of the Romanian Civil Code.

At the same time, the Romanian Civil Code provides for two cases that represent actions that can be formulated only as ancillary once with the filing for divorce⁵. Thus, in accordance with Article 388 of the Romanian Civil Code, the spouse innocent of the dissolution of the marriage may obtain, from the guilty spouse, exclusively in the dissolution of the marriage, compensation, insofar as they will prove the damage suffered was a result of the dissolution of the marriage. The claim for compensation will be resolved by the divorce decision. We encounter the same situation in the

⁴ G. Serra, L. W. Pellitteri, *Droit du divorce*, in Dalloz no. 9/7282 of March 1, 2007, p. 608, qtd in C.C.Dinu, *Proceduri speciale în noul cod de procedură civilă*, Universul Juridic Publishing House, 2013, p. 50

⁵ C.C.Dinu, *Dreptul procesual civil și activitatea notarială*, Notarom Publishing House, Bucharest, p.202

case of the compensatory benefit regulated by Article 390 of the Romanian Civil Code, obligation to be paid by the guilty spouse exclusively in the dissolution of the marriage in favor of the innocent spouse, if the duration of the marriage was of at least 20 years. With regard to the formulation of such a claim, Article 391 (1) of the Romanian Civil Code provides that the granting of the compensatory payment shall be decided by the court only “*once with the dissolution of the marriage*”.

It can be seen that both the indemnities for the dissolution of the marriage and the compensatory benefit imply the exclusive fault of one of the spouses, which makes these legal provisions inapplicable in the case of notarial divorce, even less in the case of divorce before the Civil Officer. If one of the spouses intends to obtain compensation or compensatory benefits together with the divorce, they will have to initiate the legal procedure of divorce in order to retain the exclusive fault of the other spouse.

At the same time, if the spouses have decided to divorce by notary; after this divorce they will not be able to request separate compensations or compensatory benefit because the notarial divorce does not imply the notion of guilt, these requests can be attached only as ancillary in a divorce application filed to the court.

Regarding the notarial procedure of divorce, it can interfere with the judicial procedure of divorce, however it is not conditioned by it. The fact that a divorce application is pending before a court does not create an impediment to the initiation and conduct of the notarial divorce proceedings. This solution is also enshrined in Article 277 of the Regulation on the conduct of Romanian notarial activity, which does not provide for any case of rejection of the divorce application if there is, at the same time, a divorce application pending before a court. Only in the case in which the divorce is pronounced in court, the notary public will issue a decision rejecting the divorce application due to the application lacking an object, as the marriage between the spouses has been dissolved by another competent authority (Article 277 k) of the Regulation on Notary Activity⁶).

Regarding the personal appearance of the spouses in the Romanian legal system, they have the obligation to appear in person at the deadline set for the dissolution of the marriage in the case of the notarial procedure and the Civil Officer. In the event that the divorce is to be decided in court, the plaintiff may file for divorce by authorized representative, but has the obligation to appear in person before the court under the sanction of rejecting the application for dissolution of marriage as unsubstantiated, according to the provisions Article 922 of the Romanian Civil Code. By way of exception, if one of the spouses is serving a custodial sentence, is prevented through serious illness, is placed under a court injunction, has his or her domicile abroad or is in another situation such as prevents him or her from appearing personally; in such situations, the person concerned may be represented by a lawyer, authorized representative or, where appropriate, guardian or registered representative.

⁶ C.C.Dinu, op.cit., p.204

The solution regarding the personal appearance of the spouses before the court is nuanced in the *French legislation*, the aforementioned being mandatory only if the spouse seeks urgent measures, according to the provisions of Article 1106 of the French Civil Procedure Code.

In what concerns the attempt at conciliation of the parties by the court of trial which must rule in the matter of the divorce, the regulations in the Romanian and French legislations differ. Thus, while in the Romanian system, the judge has the obligation to try to reconcile the parties at each appearance before the court, according to the provisions Article 921(2) of the Romanian Civil Procedure Code, in French law there is a mandatory prior procedure before notifying the court, governed by the provisions of Article 1108 – 1113 of the French Civil Procedure Code, and the completion of this procedure has an effect on the admissibility of the divorce application, in the sense that if, prior to the referral to the court with the divorce application, this preliminary procedure is not followed, the divorce application will be subject to the penalty of nullity.

3.The grounds for divorce that may lead to the dissolution of marriage in Italy as opposed to Romania and France

Given that the divorce application is of a personal nature, in the Romanian legislation, it can be introduced by the creditors of one of the spouses, by way of a possible oblique action, and the prosecutor does not have the active procedural quality regarding the application for the dissolution of the marriage. However, the prosecutor can draw conclusions in any divorce proceedings, during any stage, if they deem it necessary to defend the rule of law or the rights and interests of the parties under the conditions of Article 94 (2) of the Romanian Civil Procedure Code, such as in the case of protecting the interests of minors resulting from marriage.

Unlike the Romanian and French legal systems, in which the involvement of the prosecutor is not mandatory, in the Italian legal system the involvement of the prosecutor is mandatory.

Also, another fundamental difference from the two legal systems is the fact that divorce cannot be pronounced exclusively by the mutual agreement of the spouses, in addition to their consent there being necessary to have well-founded grounds to support the divorce application.

Well-founded grounds, within the meaning of Italian divorce law⁷, are:

- the other spouse is sentenced by final judgment for a *particularly serious crime*, (with the exception of political offences); particularly serious crimes being understood as: incest, sexual offences, murder or attempted murder of their

⁷ M.Dinu, C.M.Ioana, *Procedura divorțului în alte state membre U.E. Italia. Cipru. Finlanda*, paper presented at the Conference on Law of European Studies and International Relations between 14-15 May 2020 at Titu Maiorescu University of Bucharest

child or of their spouse, grievous bodily harm, failure to fulfill family support obligations and other such offences.

- the couple have been *legally separated*, either by mutual consent or on the application of one of the parties, for an uninterrupted period of 3 years;
- the marriage has not been consummated,
- one of the spouses has officially changed sex;
- the other spouse, being a foreign national, has obtained the annulment or dissolution of the marriage abroad or has entered into a new marriage abroad.

The legal consequences of divorce in Italy influence the personal relations between the spouses, the property of the spouses, the parental authority over the minor child (if there are any) and the obligation to pay maintenance of the other spouse (if applicable), some of which can also found in the legislation of France and Romania.

Unlike Romania, where the spouses are the ones who establish the name they are to bear after marriage, each being able to either take the other’s name or hyphenate their names, or keep the individual surnames they had before marriage, in Italy the wife takes the husband’s surname. However, as in the divorce procedure in Romania, in Italy, after the divorce is pronounced, the wife will return to the name she originally had (however, according to Romanian law, if the other spouse so agrees, the spouse can keep the name used during the marriage). In Italy, by exception, the husband keeps his surname, however, on application, the court may allow the woman to retain her husband’s surname where this is shown to be in her interest or in the children’s interest, facet which also exists in Romanian law.

4. Legal separation, an alternative to divorce in Italian law?

Romanian law does not regulate the institution of “legal separation”, but for the citizens of the Italian state this is an alternative to the divorce procedure that spouses resort to when they no longer cohabit. This is due to the fact that unlike Romanian and French law, which allows spouses to divorce by mutual agreement, Italian law is much more restrictive in the grounds for divorce, so that there is a possibility that the spouses may wish to divorce but do not fall within any of the grounds set out in law. In this case, the spouses can appeal to the institution of legal separation, which means that after a separation of 3 years they can divorce. However, the mere *de facto* separation of the spouses is not a sufficient premise for granting the divorce in 3 years, but the separation must be ascertained by a court decision or by an express mutual agreement of the spouses (tacit agreement is not sufficient).

With regard to judicial separation, for the court to rule on such a decision, the consent of both spouses is not required, but only one of them must make such a request, however, it is necessary for the court to establish that the spouses can no longer cohabit, in which case the court will order legal separation. In this procedure, the court may also find the exclusive responsibility of one of the spouses,

in which case he will pronounce the legal separation through his sole fault, in which case, the guilty spouse will not be able to inherit the other spouse if the latter dies within 3 years. Such a solution does not exist in Romanian law, the marriage ending in the event of the death of one of the spouses; even if at the time of death the divorce proceedings were pending before the court, in the absence of a final decision, the other spouse will have the quality of surviving spouse and will inherit the deceased spouse. The Romanian legislation also allows for derogation from this rule, however, in a single situation. Thus, the divorce proceedings will continue, if the plaintiff spouse dies during the trial, and the following conditions, provided in the table of contents Article 926 (2) of the Romanian Civil Procedure Code are met, respectively, the divorce application is based on the guilt of the defendant spouse, the plaintiff dies during the trial, leaving heirs who request the continuation of the divorce proceedings. In case of continuation of the divorce, the court will admit the divorce action only if it finds the exclusive responsibility of the defendant. *Per a contrario*, if this exclusive fault is not found by the court, there being a common fault, or the exclusive fault of the plaintiff, the court will issue a final decision on the closure of the case, according to the provisions Article 926 (2) of the Romanian Civil Procedure Code.

Legal separation can occur, according to the Italian regulation, also in the case of an express agreement between the spouses, case in which the duty of the court of a solely formal nature, the only aspect which is to be verified by the court in this case being that by this mutual agreement of the spouses the good interests of the child bear no damage, the court having the possibility to call on the parties to remedy the situation so that the interests of the minor are not harmed in order to pronounce the legal separation. If the parties do not comply, the court can reject the application.

5. Conclusions

The grounds leading to the dissolution of the marriage in the three states subject to the analysis possess both similar elements and dissimilar elements. Nevertheless, the spouses must be offered legislative solutions for terminating the marriage when cohabitation is no longer a valid option for the two. As established in the old doctrine on the subject matter, “since *the faith owed to their spouse no longer exists, but has become a dishonest situation, behind which illicit relationships are hidden, or that the soul bond between the spouses can no longer exist, and has been replaced by contempt. Aversion and hostile relationships, these are not in the interest of children, family or society to impose the maintenance of a legal situation that no longer corresponds to reality*⁸”.

⁸ M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului românesc*, Cartea Românească Publishing House, Bucharest, 1921, p. 683

REFERENCES

Books

1. .F. A. Baias, *Unele dispoziții privind divorțul în noul Cod civil*, in the Annals of the University of Bucharest – Law Series, no. 2011-III, July - September
2. I. Albu, *Dreptul familiei*, Didactică și Pedagogică Publishing House, Bucharest, 1975, pag. 179, qtd. in I. Leș, *Proceduri civile speciale*, All Beck Publishing House, 2000
3. G.Boroi, M.Stancu, *Drept procesual civil*, 4th Ed., Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2017
4. G. Serra, L. W. Pellitteri, *Droit du divorce*, in Dalloz no. 9/7282 of March 1, 2007, p. 608, qtd in C.C.Dinu, *Proceduri speciale în noul cod de procedură civilă*, Universul Juridic Publishing House, 2013
5. C.C.Dinu, *Dreptul procesual civil și activitatea notarială*, Notarom Publishing House, Bucharest
6. M.B. Cantacuzino, *Elementele dreptului românesc*, Cartea Românească Publishing House, Bucharest, 1921, p. 683

Journals

- M.Dinu, C.M.Ioana, *Procedura divorțului în alte state membre U.E. Italia. Cipru. Finlanda*, paper presented at the Conference on Law of European Studies and International Relations between 14-15 May 2020 at Titu Maiorescu University of Bucharest

ПРИМЕНЛИВОСТА НА МЕЃУНАРОДНОТО ХУМАНИТАРНО ПРАВО ВО СЛУЧАЈ НА БИОЛОШКА ВОЈНА

Тони Ѓоргиев

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

Е-маил: tonigjorgiev@yahoo.co.uk

Гоце Стоиловски

докторанд, Воена академија „Ген. Михаило Апостолски“ Скопје

Е-маил: gocestoilovski1974@gmail.com

Апстракт

Во овој труд авторите ќе се обидат да пронајдат одговор на прашањето за применливоста на меѓународното хуманитарно право во случај на биолошка (бактериолошка) војна, историјата на војувањето и историјата на болестите се, несомнено меѓусебно испреплетени. Биолошкото војување како оружје ги користи бактериите, вирусите или други организми кои предизвикуваат болести и други токсини кои можат да се најдат во природата, целта е, да убие, онеспособи или сериозно да ги наруши борбените способности на непријателот. Забрането е според вообичаеното меѓународно хуманитарно право, како и различни меѓународни договори, употребата на биолошки агенци, во вооружен судир е воено злосторство. Имплементацијата на меѓународното хуманитарно право како сегмент од меѓународното право кое ги обединува меѓународно - правните инструменти кои се применуваат во случаи на вооружени конфликти со цел лимитирање на последиците од истите, е прашање на кое меѓународната заедница и државите посветуваат особено внимание. Но се поставува прашањето за можноста на примена на меѓународното хуманитарно право во случај на биолошка војна. Авторите сметат дека како да се подзаборави оружјето за масовно уништување каде последните 3 (три) до 4 (четири) години акцент се даде на сајбер војување.

Клучни зборови: *хуманитарно право, биолошка војна, вооружен конфликт, меѓународно право*

THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW IN CASE OF BIOLOGICAL WAR

Toni Gjorgiev

Associate professor, Military Academy “General Mihailo Apostolski” Skopje,

E-mail: tonigjorgiev@yahoo.co.uk

Goce Stoilovski

PhD, Military Academy “General Mihailo Apostolski” Skopje,

E-mail: gocestoilovski1974@gmail.com

Abstract

In this paper, the authors shall make an effort to find answers for the issue of the applicability of the international humanitarian law in case of biological (bacteriological)

war, the history of warfare and the history of diseases which are unboundedly intertwined. The biological warfare as a weaponry uses the bacteria, the viruses and other organisms that cause illnesses and other toxins that may be found in nature, having an aim to kill, disable and seriously damage the combat capabilities of the enemy. It is forbidden, according to the common international law, as well as different international agreements, to use biological agents in an armed conflict since it is considered a war crime. The implementation of the international humanitarian law as part of the international law that unifies the international and legal instruments which are applied in cases of armed conflicts so as to limit the consequences from the same, is a question for which the international community and the states pay special attention. However, what is to be questioned are the possibilities to apply the international humanitarian law in case of a biological war. The author reckons that with all the emphasis that has been addressed to the cyber warfare in the last 3 (three) to 4 (four) years, the weapon for mass destruction is seemed to be a bit forgotten.

Key words: *humanitarian law, biological war, armed conflict, international law*

Вовед

Целта на Меѓународното хуманитарно право, кое претставува збир на правила, кои од хуманитарни причини, елимитирање на ефектите од вооружените конфликти. Меѓународното хуманитарно право се применува единствено при вооружени конфликти, не покрива внатрешни тензии или немири, како на пример, изолирани акти на насилство. Со подемот на екстремистичките групи и распаѓот на воспоставениот меѓународен политички поредок кон крајот на 20 век., биолошкото оружје повторно започна да се перцепира како сериозна закана. Со Хашката конвенција од 1899 година строго е забранета употреба на отрови во воени цели, но сепак тие се користеле без оглед на забраната. Помеѓу двете светски војни подобрена е технологијата за изработка на оружје за масовното уништување, како и технологијата за испорака на оружјето на целта. Со напредок на технологијата зголемена е можноста за равојот на ова врста на оружје. Значително за бактериите е што тие во основа може да формираат комплексни асоцијации со други организми. Еден од најзначајните видови на бактерии за нас луѓето е патогенот. Во суштина бактериите формираат паразитска асоцијација со другите организми и стануваат причинител за голем број на болести како: туберкулоза, тетанус, тифус, сифилис итн. Овие болести во текот на историјата имаат однесено голем број на жртви. Можноста за дистанционо спроведување на овие вируси на луѓето довело и до интерес за нивно користење при обидите да се изврши агресија или да се исполни политичка цел врз друга држава. Замислете, едноставно „пуштање“ на бактериите во одредена држава, преку човек кој ги носи или преку воздухот, водата, храната, доведува до огромна смртност и непречена капитулација на спротивната страна. Во спротивно, здравствената и економската криза демнат во овие случаи на

неконтролирана појава на пандемии и епидемии. Впрочем, во ноември 1976, на документарен филм во Јапонија било откриено дека во Кина во моментот се спроведуваат експерименти од страна на Јапонската армија, односно се создава „бактериолошко оружје“. На само 20 километри од градот Манчурија, речиси 3000 луѓе се убиени во експериментите. Оружјето што се создавало имало застрашувачки елементи, керамичка бомба, полна со инсекти заразени со чума, колера и антракс. Оние кои некако ги преживеале овие монструозни тестирања и ден денес се во огромен шок од тоа што се случило. Опасноста од користењето на овие орудија за масовно биолошко уништување е огромна, поради неселективноста и бавната смрт, агонија на која и нема крај. Биолошкото војување користи хипотетичка воена техника што може да ја користат или нации или невладини тела - на пример, употреба на патогени - вируси, бактерии, други биолошки агенси кои предизвикуваат болести или токсини произведени од нив како биолошко оружје. Во 1972 година Соединетите Држави и Советскиот Сојуз усвоиле договор, одобрен од Генералното собрание на ООН и сега ратификуван од повеќе од 140 нации, за уништување на постојните резерви на биолошки оружја и воздржување од развој или складирање на ново биолошко оружје. Договорот дозволува истражување за одбранбени цели, како на пример, за развој на противотров за биолошкото оружје. Сепак, по падот на Советскиот Сојуз, било откриено дека Советите тајно ги зголемиле истражувањата и производството на широк спектар на смртоносни биолошки агенси. Многу нации во 20 век. спроведуваат истражување за развој на соодветни воени микроорганизми, вклучително и видови на сипаници, антракс, чума и некои нелетални агенси. Ваквите микроорганизми можат да се испорачуваат од животни (особено глодари или инсекти) или со аеросолни пакувања, вградени во артилериски гранати или боеви глави од ракети од земја до земја или воздух од земја, и пуштени во атмосфера за заразување со вдишување. Центрите за контрола и превенција на болести го дефинираат биотероризмот како „намерно ослободување на вируси, бактерии или други микроби кои можат да пијат или убијат луѓе, добиток или култури“.

1. Меѓународно хуманитарно право

Меѓународното хуманитарно право ги заштитува лицата кои не учествувале или повеќе не учествуваат во непријателствата и ги ограничува средствата и методите на војување. Меѓународното хуманитарно право е исто така познато и уште како воено право или како право за вооружените конфликти. Имплементацијата на Меѓународното право се реализира преку договорите меѓу државите – спогодбите или конвенциите, преку обичајните правила, кои се базираат на успешните практики на државите овие правила да ги воведат како правно-обврзувачки, но и преку базичните принципи. Меѓународното хуманитарно право се применува при вооружените конфликти.

Но, Меѓународното хуманитарно право не ја регулира ситуацијата, кога некоја држава може да употреби сила; ова е регулирано со значаен, но јасно дистинктиран дел од меѓународното право, кој е содржан во Повелбата на Обединетите Нации .

1.1. Потекло и краток историјат на Меѓународното хуманитарно право

Во четирите Женевски конвенции од 1949 година е содржано голем дел од Меѓународното хуманитарно право . Конвенциите, понатаму се доразвија и се дополнија со два дополнителни договори, Дополнителните Протоколи од 1977 година за заштита на жртвите во вооружените конфликти. Други договори кои ја забрануваат употребата на одредени оружја и воени тактики и кои заштитуваат одредени категории на лица и добра:

- Конвенцијата за заштита на културната сопственост во случај на вооружен конфликт, од 1954 година, плус двата дополнителни протоколи на истата;
- Конвенцијата за билошко оружје, од 1972 година;
- Конвенцијата за конвенционални оружја, од 1980 година и нејзините пет протоколи;
- Конвенцијата за хемиско оружје, од 1993 година;
- Конвенцијата од Отава за против-нагазни мини, од 1997 година; Види повеќе: WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, Antrax in humans and animals, Fourth edition, World Health Organization 2008
- Факултативниот протокол на конвенцијата за заштита на правата на децата инволвирани во вооружен конфликт, од 2000 година.

Денеска, многу норми од Меѓународното хуманитарно право се прифатени како обичајно право, т.е. се прифаќаат како базични правила кон кои државите се придржуваат. Меѓународното хуманитарно право се применува само откако конфликтот отпочнал, и тоа подеднакво кон сите страни, без оглед на тоа кој прв ја почнал борбата. Меѓународното хуманитарно право врши јасна дистинкција помеѓу меѓународен и не-меѓународен вооружен конфликт. Меѓународен вооружен конфликт претставува оној вооружен конфликт во кој најмалку две држави се инволвирани. Тие се предмет на широк опсег на правна регулација, вклучувајќи ги и правилата опфатени во четирите Женевски конвенции и дополнителниот не-меѓународен вооружен конфликт претставува оној вооружен конфликт кој е ограничен на територијата на една држава, во кој се инволвирани или регуларни вооружени сили кои се борат против групи на вооружени дисиденти, или вооружени групи кои се борат меѓу себе. Многу полимитиран опсег од правила се применуваат при внатрешни вооружени конфликти и истите ја имаат својата основа во членот 3 кој што е заеднички за сите четири Женевски конвенции, како и многу е битно да се врши диференцијација помеѓу Меѓународното хуманитарно право и Законот за човекови права .

Меѓународното хуманитарно право покрива две области:

- заштита на лицата кои не учествувале или повеќе не учествуваат во борбите;
- ограничување на средствата за војување-посебни оружја и методи на војување, како воени тактики.

1.2. Опсег на заштита со меѓународното хуманитарно право

Меѓународното хуманитарно право ги заштитува оние кои не учествуваат во борбите, како цивили или медицинскиот и религиозниот воен персонал. Исто така, ги заштитува и оние кои прекинале со борбените дејства, како ранетите бродоломците и болните, како и воените заробеници. Кон овие категории на лица мора да се води сметка за нивниот живот, како и за нивниот физички и ментален интегритет. Тие исто така уживаат и правна сигурност. Мора да бидат заштитени и кон нив да се постапува хумано во сите услови, без никакви непријателски чувства и изливи. Поконкретно: забрането е да се убива или ранува непријател којшто се предал или не е во состојба да се бори; болните и ранетите мора да се прифатат и за нив да води грижа страната во конфликтот на чија територија истите се нашле. Медицинскиот персонал, набавките, болниците и амбулантите исто така мора да се заштитени. Постојат, исто така, детални правила кои се однесуваат на условите за притворање на воените заробеници и начините со кои ќе се постапува со цивилите кои ќе се најдат под власта на противничката сила. Ова ги вклучува и правата за добивање храна, засолништа и медицинска нега, како и правото за размена на пораки со нивните фамилии. Правото укажува на бројни јасно препознатливи симболи кои можат да се искористат за да се идентификуваат заштитените лица, места и објекти. Главните амблеми се црвен крст, црвена полумесечина и симболите коишто ја идентификуваат културната сопственост и објектите на цивилната заштита.

1.3. Оружје и тактики кои се ограничени со меѓународното хуманитарно право

Меѓународното хуманитарно право ги забранува сите средства и методи на војување кои:

- не успеваат да направат разлика меѓу оние коишто директно учествуваат во борбите и оние, како цивилите на пример, кои не учествуваат во борбите, како и оние кои немаат за цел да ги заштитат цивилната популација, индивидуалните цивили и цивилната сопственост;
- предизвикуваат екстремни повреди или непотребно страдање;
- предизвикуваат квалитативни и квантитативни или на подолг рок повреди и оштетувања на животната средина.

Хуманитарното право токму во таа насока ја замрзна употребата на многу оружја, вклучувајќи ги т.н. бум-бум куршуми, хемиското и биолошкото оружје, светлосните ласерски оружја, како и нагазните мини.

2. Биолошкото оружје и војување

2.1. Биолошкото оружје и војување низ историјата

Оружјето од биолошки тип се користело многу пати во историјата, од настанувањето на светот и првите конфликти, луѓе се обидуваале со помалку средства да му нанесат поголеми загуби на противникот и поекономично да ја постигнат целта. Ефикасноста и ефективноста секогаш биле на првото место. Тие тежнеле кон креирањето на оружје за масовно уништување. Употребата на отровните материји, стара е колку и човештвото. Низ историјата имаа повеќе примери за употребата на истите. Првичните идеи за бактериите се појавиле уште во далечниот 17ти век, односно со самото откривање на микроскопот како научна алатка. Поимот бактерија е воведен речиси 200 години подоцна, како деминутив на латинскиот израз *bakteria*, во превод „стап“, поради тоа што првите наводи на бактерискиот изглед биле дека тие се микроорганизми со стапчеста форма. Бактериите всушност се микроорганизми кои се едни од најстарите животни форми на планетата од нејзиното создавање до денес. Се наоѓаат насекаде од копнените површини, подземните површини сè до океаните и морињата. Првата снимена употреба на биолошки агенси ја среќаваме кај Римјаните кои користеле мртви животни во системот за снабдување со вода кој го користел непријателот. Ова имало двојни ефекти како што е намалување на непријателските сили и намалување на нивниот морал. Во периодот од 1346 до 1347 година Монголите ги катапултирале труповите контаминирани со чума над сидовите во Кафа (на Крим), принудувајќи го опколениот непријател да избега. Според некои историчари овој настан бил причина за епидемијата на чума што ја зафатила средновековна Европа убивајќи 25 милиони луѓе. Во 1710 година Руските трупи против Швеваните користеле трупови заразени со чума, во текот на 1767 година, за време на Француско-Индиската војна, Британците донирале ќебиња во индиските непријателски племиња, што се користеле за завиткување на жртвите од британски војници. Во 1978 година извршен е атентат, кој подоцна завршил со смрт, од страна на Советскиот сојуз врз бугарскиот десидент Георги Марков, кој живеел во Лондон, и истиот за време на атентатот бил прободен со чадор што му инјектирало мала пелета која содржи рицин (многу токсичен, природен протеин). Во текот на 1979 година, во Свердловск, Советскиот сојуз се раширил белодробен антракс за што во 1992 година рускиот претседател Борис Елцин призна дека епидемијата е предизвикана од случајно релаксирање на спорите на антракс од советски воен микробиолошки објект. Во 90-тите години, по војната во Персискиот Залив, во Ирак беа откриени пет скриени лаборатории за борба против микроб и резерви на антракс, ботулизам и бактерии на гасна гангрена. Покрај Ирак и Русија, Северна Кореја, Иран, Египет, Израел, Кина и други нации се осомничени за разни прекршувања на договорот од 1972 година. Во 2001 година, непосредно по терористичките напади врз Светскиот трговски центар и Пентагон, антракс беше испратен преку пошта во биотерористички напади против неколку локации во Соединетите држави.

2.2. Биолошко оружје и војување од денешен аспект

Во биолошкото оружје спаѓаат микроорганизмите како што се вирусите, бактериите, габите или други токсини кои се произведуваат и се ослободуваат намерно за да предизвикаат болест и смрт кај луѓето, животните или растенијата. Биолошките агенсии, како што се антракс, токсин од ботулиум и чума можат да претставуваат многу тежок јавен здравствен предизвик од причина што предизвикуваат голем број на смртни случаи за кратко време, додека. Нападите на биотероризам, исто така, може да резултираат со епидемија, на пример, ако се користат вируси ебола или Ласа како биолошки агенсии.

Биолошкото оружје е подмножество на поголема класа на оружје, наречено оружје за масовно уништување, кое исто така вклучува хемиско, нуклеарно и радиолошко оружје. Производството и складирањето на биолошките агенсии е забранено со меѓународен договор од 1972 година кои и денес е на сила. Производството и складирањето во некои земји веројатно и сега се случува во тајност и ниедна држава не ја признава нивната употреба за време на војна и покрај тоа што нивно користење се случувало во минатото. Биолошкото оружје (биолошките борбени средства) се биолошки агенсии кои се употребуваат против непријателот со цел за намалување на неговата борбена способност. За воена примена се користат биолошки агенсии со висока заразност кои лесно се внесуваат во организмот. Нивната ефикасност се мери со помош на стапката на морталитетот што произлегува како директна последица од нив, како и степенот на онеспособеност на противникот. Биолошкото војување е намерно ширење на болести кај луѓето, животните и растенијата. Биолошкото оружје користи бактерија или вирус, во комбинација со механизам за испорака, во средина за непријателски цели, што не е подготвена да се одбрани од натрапникот. Употребата на овие агенсии многу ефикасно резултира со уништување на растенија, добиток, домашни миленици и луѓе. Постои голема разновидност на генетски или традиционално модифицирани бактерии и вируси кои се отпорни на третманот со антибиотици, а кои би можеле да се користат како биолошки оружја, но некои од најчестите типови денес се бактериите, вирусите, токсините и габите. Бактериите се праисториски организми способни да инфицираат клетки и да предизвикаат болести како што се антракс и ботулизам. Вирусите се околу 1.000 пати помали од бактериите и бараат домаќин да се реплицираат. Тие се одговорни за заболувањата како што се сипаниците, заболувањата од конзумирање на месо, заболувањата од ебола и зика. Некои од габите се смртоносни токсини кои се штетни за растенијата, животните и луѓето и истите предизвикуваат болести или смрт. Токсините се отровни материи што можат да се извлечат од растенијата, животните, бактериите и габите. Токсичните материи што можат да се користат како биолошко оружје вклучуваат ризин и отров од животни како што се змиите и пајациите. Во споредба со цената на програмата за нуклеарно оружје, биолошкото оружје е исклучително ефтино. Се проценува

дека 1 грам токсин може да убие 10 милиони луѓе. Прочистената форма на ботулински токсин е приближно 3 милиони пати помоќен од хемиски нервниот агенс сарин. Како споредба, ракета исполнета со токсин од ботулиум може да влијае на 16 пати поголема површина отколку што би можела да биде засегната површината со сарин. Важно е да се напомене дека иако е релативно ефтино да се произведуваат агенси за биолошко оружје во големи количини, софистицираното оружје е малку потешко да се развива и произведува. Топлината што се развива во ракетата при транспортирањето на биолошките агенси ги уништува истите и од таа причина мора дополнително да се вградува систем за ладење. Покрај тоа, складирањето на агенси за биолошко оружје бара многу напор, поради брзото распаѓање на многу од овие видови агенси. Сепак, што се однесува до оружјето за масовно уништување, биолошкото оружје е релативно ефтино за развивање и производство. Биолошкото оружје од поодамна стана познато како атомска бомба на сиромашниот човек. Современата загриженост за биолошкото оружје едноставно не вклучува поседување или непоседување оружје. Наместо тоа, загриженоста првенствено вклучува степен до кој државите имаат капацитет и намера да загрозат или извршат биолошки напад, загриженост што е особено значајно кога станува збор за програмите за биолошка заштита на државите. Секоја држава со разумно напредна фармацевтска и медицинска индустрија има можност за масовно производство на биолошко оружје. Заедно со ова е фактот дека со одредени организми, ќе бидат потребни само неколку честички за да се започне инфекција што потенцијално може да предизвика епидемија. Конвенционалното оружје експлодира еднаш и е готово. Со неколку честички на вирусот Ханта, илјадници луѓе би можеле да станат носители кои инфицираат многу луѓе. Новата ера на биологијата што се појавува во последните неколку децении се карактеризира со значително забрзани научни и технолошки развојни активности и приближување на биологијата со математиката, инженерството, хемијата, квантната механика, компјутерската наука и теоријата на информации. Додека овие случувања генерално ја подобруваат состојбата на човекот, тие исто така имаат потенцијал за злоупотреба. Новите техники и опремата за биотехнологија се шират сè повеќе со нови алатки и реални се можностите за нивно драматично проширување во наредните години. Како последица на тоа, поединци, држави и недржавни актери имаат нови можности да ја искористат достапната технологија. Новите случувања во биотехнологијата со потенцијал за злоупотреба вклучуваат технологии, каде што потенцијално пандемичните патогени микроорганизми намерно се создаваат во лабораторијата, понатаму синтетичка биологија каде што биолошките системи се дизајнирани или редизајнирани, како и технологии за уредување на гени каде што се манипулира со ДНК и т.н. ДНК организми, каде низите на нуклеинска киселина се склопени во дизајнирани облици и структури, понекогаш со „вградена“ можност за извршување на специфични механички функции. Организмите со променети карактеристики се следната генерација биолошко оружје .

2.3. Биолошка одбрана

Биолошката одбрана може да се подели на превенција, заштита, откривање, третман и деконтаминација. Превенцијата може да има повеќе форми. Во случај на биолошко војување, меѓународните режими за разоружување и инспекција може да го одвратат производството и ширењето на агенси за биолошко војување. Разузнавачките информации можат да укажат на потенцијални закани и да дозволат преземање на превентивни активности. Примената на заштитни мерки од последиците на биолошкото војување е ограничена. Опремата како што се заштитни одела, облека, гасни маски и филтри може да обезбедат ограничена заштита во краток временски период. Сепак, дејството на биолошките агенси, како што е антраксот, ги прави ваквите заштити главно корисни за воениот персонал и за првично загрозените лица. Антраксот може да остане активен и потенцијално смртоносен најмалку 40 години. Треба да се напомене дека антраксот е исклучок, бидејќи повеќето други агенси не опстојуваат подолго време. Една од формите на заштита е вакцинацијата, која може да обезбеди значителна заштита од природни агенси, иако вакцините честопати обезбедуваат ограничена или никаква заштита од генетски дизајнирани варијанти, дизајнирани да ги поразат ваквите вакцини. Целта на биолошката заштита е да се интегрираат постојаните напори на националната и домашната безбедност, медицинското, јавното здравство, разузнавачките, дипломатските и заедниците за спроведување на законот. Давателите на здравствена заштита и службениците за јавно здравје се меѓу првите редови на одбраната.

2.4. Откривањена биолошките агенси

За време на војната во Заливот, американските и сојузничките сили претрпеле недостаток на доверливи системи за откривање на биолошки агенси. Последователно на тоа, се развиле голем број на системи за откривање. Честопати се потребни од неколку часа до неколку дена за да се открие изложеноста на биолошко оружје. Сепак, напредокот во биотехнологијата помогна да се развијат подобри и побрзи детектори. Тековните детектори вклучуваат: Сензитивен мембрански антигенски брз тест, Заеднички систем за откривање на биолошки точки, Биолошки интегриран систем за откривање и привремен детектор за биолошки агенси. Ако не се идентификуваат, може да се даваат големи дози на антибиотици со надеж дека нешто може да се успее. Третманот на жртвите од биолошка борба во голема мерка зависи од воспоставувањето и одржувањето на добар здравствен систем.

2.5. Деконтаминација од биолошки агенси

За разлика од хемиското оружје, кое само по себе во текот на времето се разређува, растерува и исчезнува, биолошките агенси, со текот на времето, можат да растат и да се размножуваат. Антраксот може да остане активен во почвата најмалку 40 години и е многу отпорен на искоренување. Сепак, со

антракс загадениот остров Груарнард во Велика Британија бил деконтаминиран, што укажува дека со помош на хемикалии, топлина или УВ зраци е можна деконтаминација.

3. Конвенција за билошко оружје

Конвенцијата за забрана на развој, производство и складирање на бактериолошко (биолошко) и токсично оружје и нивно уништување (Конвенција за биолошко оружје, кратенка: BWC, или Конвенција за биолошко и токсично оружје, кратенка: BTWC) првиот мултилатерален договор за разоружување забранува производство на цела категорија оружје. Конвенцијата била резултат на продолжените напори на меѓународната заедница за воспоставување нов инструмент што ќе го надополни Женевскиот протокол од 1925 година. Женевскиот протокол забранува употреба, но не поседување или развој на хемиско и биолошко оружје. Нацртот на Конвенцијата за биолошко оружје, поднесен од страна на Британците беше отворен за потпис на 10 април 1972 година и стапи во сила на 26 март 1975 година кога дваесет и две влади ги депонираа своите инструменти за ратификација. Конвенцијата за биолошко оружје ги обврзува 183-те држави што се нејзини потписнички од август 2019 година да го забранат развојот, производството и складирањето на биолошко и токсичното оружје. Сепак, отсуството на каков било формален режим на верификација и следење на усогласеноста ја ограничува ефикасноста на Конвенцијата. Дополнително уште пет држави ја имаат потпишано Конвенцијата за билошко оружје, но допрва треба да го ратификуваат договорот. Обемот на забраната на Конвенцијата е дефиниран во член 1 (т.н. критериум за општа намена). Ова ги вклучува сите микроби и други биолошки агенси или токсини и нивните средства за испорака (со исклучоци за медицински и одбранбени цели во мали количини) . Биолошките агенси или токсини и нивните средства за испорака не смеат да се задржат во количини што немаат оправдување или кои не се во согласност со дозволените цели. Како што е наведено во член 1 од Конвенцијата за билошко оружје, секоја држава-членка на оваа Конвенција никогаш не презема обврски во никакви околности да развива, произведува, складира или на друг начин да стекне или задржи микробни или други биолошки агенси или токсини без оглед на нивното потекло или метод на производствена видови и во количини што немаат оправдување за профилатички заштитни или други мирни цели и оружје, опрема или средства за испорака дизајнирани да користат такви агенси или токсини за непријателски цели или во вооружен судир. Конгресот на Соединетите држави во 1989 година го донесе Актот, за борба против тероризмот со билошко оружје, за имплементација на Конвенцијата. Законот се применува за спроведување на Конвенцијата за државите и граѓани кои ја прекршуваат Конвенцијата.

Конвенцијата има 183 држави потписнички заклучно со август 2019 година, а Танзанија е најновата што станала членка. Република Кина (Тајван)

депонирала инструмент за ратификација пред промената на седиштето на Обединетите нации во Народна Република Кина. Неколку земји се резервирани при ратификувањето на договорот од причина што не се целосно задоволни од Договорот во делот каде што е пропишано „складирањето на биолошките агенси и токсини за профилактички, заштитни или други мировремени цели“. Од земјите-членки на ООН и набудувачите на ООН кои не се членки на договорот, пет ја потпишале, но не ја ратификувале Конвенција, додека дополнителни 10 не го потпишале ниту ратификувале договорот.

4. Биолошкото оружје како алатка на меѓународниот тероризам

Од денешен аспект интересите на само една држава не се цел на современиот меѓународен тероризам и истиот не се однесува само на едно изолирано општество. Целокупната меѓународна заедница подеднакво ја чувствува неговата деструктивна моќ, што значи дека е неопходна да се познаваат сите видови на поврзаност меѓу терористичките акти и севкупните односи и состојби во меѓународната политика. Голем број на меѓународни конвенции го инкриминираат терористичкото однесување и ги обврзуваат сите земји да се борат со сите средства на правната држава против сите видови на тероризам. Од тој аспект, може да се констатира дека меѓународниот тероризам претставува збир на активности забранети со меѓународното право, насочени против поединци, групи, држави и нејзини институции. Исто така сите конвенции за заштита на човековите права и слободи во национални и меѓународни рамки се кршат со меѓународниот тероризам, со што во голема мера се загрозува хуманата, индивидуалната безбедност на луѓето кои се повеќе постануваат жртви на ова современо зло. Покрај можностите за користење во воени услови, се повеќе се зголемуваат можностите за употреба на биолошките агенси од страна на терористички организации што спаѓа во доменот на биолошкиот тероризам. Бидејќи терористите денес бараат ново, подеструктивно и пододтапно оружје, се зголемува опасноста од употреба на биолошко оружје по Студената војна, што укажува на тоа колку е поголема денес опасноста од биотерористички напад за разлика од минатото. Затоа, денес се потенцира важноста за утврдување на добро законодавство за санкционирање на злоупотребата на биолошките агенси како преземање на мерки на највисоко ниво за да се избегнат евентуални големи трагедии од кои нема враќање назад.

5. Биолошко оружје и меѓународно право

Користењето на биолошко и хемиско оружје е осудено со меѓународни декларации и договори, особено со Хашката конвенција (IV) од 1907 година, усвоена на Втората меѓународна мировна конференција во Хаг, за почитување на законите и обичаите за војување на копно, а го проширила предметот на Женевската конвенција и го опфатила и поморското војување. Напорите за зајакнување на оваа забрана резултирале со заклучок од 1925 година, со

женевскиот протокол, со кој се забранува употреба на асфиксирачки токсични агенси (хлорофос, пареа на керозин, бензин, нафта), отровни или други гасови кои обично се нарекуваат хемиско оружје, како и употреба на бактериолошки методи на војување. Вторите се подразбира дека вклучуваат не само бактерии, туку и други биолошки агенси, како што се вируси или рикерки, кои биле непознати во моментот кога бил потпишан Женевскиот протокол. Сепак, Женевскиот протокол не забранува развој, производство и складирање на хемиско и биолошко оружје. Забраната за хемиско и биолошко оружје се појавила и на агендата на осумнаесет-национални комитет за разоружување во Женева (сега наречена Конференција за разоружување) во 1968 година. Една година подоцна, Обединетите нации објавиле влијателен извештај за проблемите со хемиското и биолошкото војување и прашањето привлекло посебно внимание на Генералното собрание на ООН. Во извештајот на ООН се заклучило дека одредено хемиско и биолошко оружје не може да се ограничи во нивните ефекти во просторот и времето и може да има сериозни и неповратни последици по луѓето и природата. Оваа важи и за напаѓачите и за напаѓаните нации. Кон крајот на 1960-тите, поради интересот за оваа тема Конвенцијата за биолошко и токсинско оружје била потпишана во 1972 година а стапила во сила во 1975 година.

6. Заклучок

Во овој век, широко се предвидува дека напредокот во биологијата и биотехнологијата ќе го револуционизира општеството и животот како што го знаеме. Биолошкото оружје може да биде една од најголемите закани со која што ќе се соочиме во иднина. Биолошкото војување користи нечовечки живот за да го наруши човечкиот живот. Бидејќи живите организми можат да бидат непредвидливи и неверојатно еластични, биолошкото оружје е тешко за контрола, потенцијално уништувачко на глобално ниво и е забрането на глобално ниво според бројни договори. Иако биолошкото оружје е старо како ридовите (ако не и постаро), модерната технологија носи нови грижи. Достигнувањата во технологијата за уредување на гени отвара можност за голема загриженост. Денес, сите воени и цивилни популации низ целиот свет се лесно ранливи на напад од биолошкото војување. На светот му останува да се подготви ефикасно и брзо да одговори на можната епидемија предизвикана од нов генетски инженерски биолошки агенс. Главниот проблем во воената примена на биолошкото оружје на тактичко ниво е тоа што ќе бидат потребни денови за да се покажат некои ефекти и, за разлика од нуклеарен или хемиски напад, не би можел да ги запре или уништи непријателските сили. Биолошкото војување е исто така проблематично на стратешко ниво затоа што е тешко да се запре ширењето на ефектите од тој напад, или на сојузниците или на самиот напаѓач. Ефектите од биолошкото војување и кризи имаат директно

влијание на економијата, а тешката економската ситуација и економската криза се одразуваат и на безбедносните аспекти. Заедничката цел треба да биде меѓусебното разбирање и унапредување на свеста и знаењето околу опасностите од биолошкото оружје. Потребна е поцврста регионална соработка, размена на релевантните информации, взаемна помош и координација на активностите во случај на биолошките инциденти, поддршка на регионалните иницијативи, како и ускладување и стандардизација на закони и стратегии, поради адекватниот одговор на наведените изазови. Развивање на ефикасни национални стратегии за борба против биолошкото оружје несомнено ќе даде придонес на заштитата на националните интереси, вклучувајќи ги и земјоделството, индустријата и економијата на секоја држава од регионот.

Фактот дека конвенциите се поставени, а организациите низ светот постојано ветуваат дека се подготвени за секаков предизвик, дава одредено ниво на сигурност во секојдневниот живот. Но, тековната година ни покажува дека невидливите непријатели се невозможни за сопирање како што биле секогаш во текот на целата историја. Бактериолошката војна на лабораториски создадени вируси и бактерии кои патогенски имаат потенцијал да се прошират во целиот свет нанесувајќи небројни жртви, станува реален страв. Досегашните информации укажуваат дека во 20 век доминантна е физиката, но неодамнешните откритија укажуваат дека следните 100 години веројатно ќе бидат „Биолошкиот век“. Несомнено, Првата светска војна беше хемиска, Втората Светска војна беше нуклеарна а додека големи се можностите, Третата светска војна да биде или веќе е биолошка? На крај можеме да заклучиме дека договорите и меѓународните закони се една работа, а додека пак можноста на човештвото да најде иновативни начини за убивање едни на други е сосема друга работа. Иднината на земјаните би била многу неизвесна доколку добрината во човекот не ги победи неговите зли намери од причина што многу тешка би била примената на меѓународното хуманитарно право во случај на биолошка војна.

7. Користена литература

1. **Abi-Saab R.** The “General principles” of humanitarian law according to the International Court of Justice; July-August 1987.
2. **Berman P.** The ICRC’s Advisory Service on International Humanitarian Law: The challenge of national implementation; May-June 1996.
3. **Stefan R.,** Biological warfare and bioterrorism: a historical review, US National Library of Medicine National Institutes of Health/Journal list, 2004.<https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>.
4. **Doswald-Beck L, Vité S.** International humanitarian law and human rights law; March-April 1993.https://en.wikipedia.org/wiki/International_humanitarian_law.
5. **Roberts A. and Guelff R.** Documents on the laws of war, Oxford University Press, 2000.<https://www.britannica.com/event/Geneva-Conventions>.

6. Mangold and Goldberg, Col John Alexander, *Future War, non-Lethal Weapons in the Twenty-First Century*, New York: St Martin’s Press, 1999.
7. Judith M., Stephen E., and William B., *Germs: Biological Weapons and America’s Secret War*, New York, Simon and Schuster, 2001.<https://www.britannica.com/event/Biological-Weapons-Convention>.
8. Amy S.,: *The Chemical and Biological Terrorisam Threat and the U.S.*,2000.
9. Милиќ Д., *Биотероризам и употреба биолошког оружја*, Ревизија за безбедност, Београд : Центар за безбедносни студии, 2010, стр. 103.
10. W. Seth Carus., *A Short History of Biological Warfare: From Pre-History to the 21st Century*, Center for the Study of Weapons of Mass Destruction National Defense University, Center for the Study of Weapons of Mass Destruction National Defense University Occasional Paper 12.
11. Ram K. D., Manglesh K. S., Padma S., and Pallavi G., *Indian Journal of Medical Research*, 2010 Nov.<https://www.cdc.gov/hantavirus/hps/transmission.html>.
12. Јовиќ Р., Савиќ А.: *Биотероризам, биолошки рат и биолошко оружје*, Институт за политички студии, Београд, 2004, стр. 62.
13. Anthony H. Cordesman Arleigh A. B., *The Intelligence Lessons of the Iraq War(s)*, Chair in Strategy Center for Strategic and International Studies, Second Rough Working Draft: August 6, 2004.
14. WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, *Antrax in humans and animals*, Fourth edition, World Health Organization 2008.

ЗА ПОТРЕБАТА ОД НАУЧЕН РАЗВОЈ НА ЕВРОПСКОТО ГРАЃАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО

Д-р Дијана Ѓорѓиева

Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје,
Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје
E-mail:dgorgieva64@yahoo.com

Насловен доцент д-р Емилија Ѓорѓиоска,

Универзитет „Св. Климент Охридски“ – Битола,
Економски Факултет - Прилеп
E-mail:emilija.mateska@uklo.edu.mk

Докторанд Зорица Стоилева

Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје,
Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје
E-mail:stoileva_zorica@yahoo.com

Апстракт

Европското граѓанското процесно право од почетокот на XXI век па наваму како никогаш претходно е во фокус на научниот интерес. Ветер во грб на овој тренд е професорското право на европските универзитети кое полека, но сигурно европското граѓанското процесно право го диференцира од меѓународното граѓанско процесно право и издвојува во самостојна научна дисциплина. Токму поради ова предмет на овој труд е анализирање на можноста за научен развој на европското граѓанското процесно право низ призмата на идеалите на големите европски правни школи, фазите на развој на европското граѓанското процесно право кои европското граѓанското процесно право го диференцираат од меѓународното граѓанско процесно право, како и поимот, базичниот предмет и целите околу кои треба да се гради европското граѓанското процесно право како научна дисциплина.

Клучни зборови: *европско граѓанско процесно право, научен развој, научна дисциплина*

FOR THE NEED OF A SCIENTIFIC DEVELOPMENT OF THE EUROPEAN CIVIL PROCEDURE LAW

Ph.D Diana Gorgieva

Ss. Cyril and Methodius University, Faculty of Law in Skopje
E-mail:dgorgieva64@yahoo.com

Assistant professor Ph.D Emilija Gjorgjioska

St. Kliment Ohridski University in Bitola, Faculty of economics Prilep
E-mail:emilija.mateska@uklo.edu.mk

Ph.D student Zorica Stoileva

Abstract

The european civil procedure law from the beginning of the XXI century onwards as never before is the focus of scientific interest. Wind in the back of this trend is the professor's law of European universities which is slowly, but surely differentiating the european civil procedure law from international civil procedural law and distinguishing it in an independent scientific discipline. It is precisely because of this, this paper analyze the possibility of scientific development of the european civil procedure law through the prism of the ideals of the great European legal schools, the stages of development of the european civil procedure law that differentiate the european civil procedure law from international civil procedural law, as well as the term, the basic subject and objectives around which the the european civil procedure law should be built as a scientific discipline.

Keywords: *european civil procedure law, scientific development, scientific discipline*

Воведни напомени

Болоњската декларација од 1999 година предизвика темелна реформа во системот на високото образование. Ова се случи затоа што под инфлуенца на овој правен инструмент на европските универзитети паралелно со потребата од проучување на националното се отвори и потребата од изучување на европското право.¹ А со оглед на фактот што идниот европски правник би бил имперфектен без познавање на материјата на европското граѓанско право или попрецизно европското граѓанско процесно право² логично е да се очекува дека *pro futuro*

¹ Болоњската декларација е потпишана на 19.06.1999 година од европските министри за образование. Благодарение на овој правен инструмент европското право паралелно со националното право започна да се проучува на универзитетите во Европа со крајна цел создавање на ефикасен и флексибилен систем на високото образование кој ќе биде конкуритивен со светскиот пазар на знаења.

² Терминот “европско граѓанско процесно право” кој се користи во овој труд е термин усогласен со автентичниот превод на англискиот термин “european civil procedure law”. Употребата на овој термин е оправдана со оглед на амбицијата на ЕУ да создаде единствено граѓанско процесно право кое ќе важи во сите држави во Европа. Сепак, со оглед на фактот што во моментот ова право непосредно се креира само во државите-членки на ЕУ, а не и во останатите држави во Европа, се чини оправдана е и позицијата на некои професори кои наместо терминот “европско

и претстои блескава иднина на оваа научна дисциплина. Сепак се чини овие “нови динамични движења” за научна самостојност на европското граѓанско процесно право не се така непознати за професорското право бидејќи како идеал уште многу одамна живеат во визиите на големите европски правни школи.

1. Европското граѓанско процесно право - нов научен стремеж за големите европски правни школи

Германската пандектна школа како продолжеток на постглотаторската средновековна правна школа и француската и италијанската школа како продолжеток на глотаторската средновековна правна школа директно не влијаат врз научниот развој на европското граѓанско процесно право.³ Ова е сосема логично и оправдано од една страна затоа што големите европски правни школи во времето на создавањето на првите национални држави во Европа фокусот на својот научен интерес го насочиле на националното граѓанско процесно право без странски елемент, а и од друга страна затоа што за постоење на заедничко граѓанско право на ниво на ЕУ, или попрецизно европско граѓанско процесно право, иницијално ќе стане збор дури во втората половина на XX век односно во еден временски период кој следува многу подоцна од создавањето на националното граѓанско процесно право.

Иако на прв поглед ова е така сепак германската, француската и италијанската правна школа како базични правни школи на *civil law* системот не се целосно без влијание врз отворањето на идејата за создавање на единствено европско граѓанско право на ниво на ЕУ. Ова е така поради модификувањето на идеалите на големите европски правни школи по Римскиот договор за основање на ЕУ. Несомнено, благодарение на идеалот за “Правно обединета Европа”, се отвори можност некои неостварени амбиции на големите европски правни школи да го здогледаат светлото на денот преку креирањето на европското граѓанско процесно право. Ова најасно се гледа низ современите идеали на германската неопандектна школа која се обидува да го реализира неостварениот сон на пандектната школа за изградба на актуелен систем на граѓанското и трговското право со помош на идејата за “петтиот живот на римското право во ЕУ”.⁴ Ова

граѓанско процесно право” користат термин “граѓанско процесно право на ЕУ”. Оваа позиција е прифатена и од страна на еминентните професори Арсен Јаневски и Татјана Зороска Камилевска на катедрата по граѓанско процесно право на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје како прв факултет кој во Република Македонија ја воведо оваа научна дисциплина на студиите од втор и трет циклус.

³ За визиите на големите европски правни школи повеќе Видете кај: Ѓорѓиева Д., *Правна природа на правото на правната заштита во граѓанската постапка (докторска дисертација)*, Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2019, ст. 60-78.

⁴ Според Ruiz првиот живот на римското право е во антички Рим, вториот во Болоњската школа од XII век, третиот во средновековната *lex marcatoria* во XVI век, четвртиот во германската пандектна школа во XIX век, а петтиот во европското граѓанско право. Аргументи преку кои може да се оправда овој став на Ruiz се аргументите на неопандектната школа која наоѓа паралелизам

затоа што германската неопандектна школа потпирајќи се на професорското право и судската практика се бори за создавање на отворен правен систем на ниво на ЕУ исто како што пандектната школа во средината на XIX век се бореше за создавање на единствено римско граѓанско право во Европа. Овие тенденции многу повеќе се изразени во динамичкото граѓанско материјално право – облигационото право (повеќе договорното отколу оштетното) наспрема статичкото граѓанско материјално право (стварното право).⁵ Станува збор за феномен кој не треба да изненадува со оглед на релативната ограниченост на надлежноста на ЕУ за создавање и правилно функционирање на единствен европски пазар што директно е зависно од договорните односи и трговските трансакции. Со европеизацијата на националното граѓанско материјално право особено во делот на заштитата на потрошувачите, нелојалната конкуренција, заштитата на животната средина, заштитата на личните податоци, граѓанското процесно право станува заштитничко право не само на националното граѓанско материјално право туку и на европеизираното национално граѓанско материјално право. Со самото ова под инфлуенца на правото на ЕУ се отвора потребата за унапредување и воедначување на националните процесни механизми за заштита на граѓанските субјективни права и интереси, но и создавање на нови европеизирани национални процесни механизми за заштита на граѓанските субјективни права и интереси.⁶

Од друга страна европското граѓанско процесно право се инфилтрира во националното граѓанско процесно право и со помош на регулативите на Европската Комисија и Советот на ЕУ. Ова треба да води кон создавање на

меѓу римското граѓанско право и европското граѓанско право. Вистински докази за постоење на паралелизам (не идентичност!) меѓу овие два системи се следниве: 1) римското право во XVI век и неговата универзалност и универзалноста на европското граѓанско право, 2) римската судска пракса и праксата на Европскиот суд на правдата преку која се буди изгубениот идентитет, 3) примената и интерпретацијата на заедничкото право од германскиот Камерален средновековен суд и толкувањето на правото на ЕУ од Европскиот суд на правдата како и 4) интегрирачката улога на интерпретацијата на заедничкото право од германскиот Камерален средновековен суд врз партикуларното право и толкувањето на правото на Европскиот суд на правдата кое предизвикува супремација на комунитарното vis-à-vis националните права на државите членки на ЕУ. Torrent Ruiz A, *Fundamentos del derecho europeo*, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Madrid, 2007, p. 950-951.

⁵ Живковска Родна, Пржеска Тина, *Правната регулатива на сопственоста во правниот систем на Република Македонија и можностите за хармонизација со европското законодавство*, Зборник радова: Однос права у региону и права Европске уније, Источно Сарајево, 2015, pp. 91–113.

⁶ Несомнено, европското граѓанско процесно нема непосредна задача да ги уредува и штити граѓанските субјективни права и интереси кои произлегуваат од граѓанско правните односи. Ова е задача на националното граѓанско процесно право со или без странски елемент (внатрешното и меѓународното национално граѓанско процесно право). Европското граѓанско процесно право “дејствува” само во оној дел каде разликите меѓу националните граѓански процесни законодавства на државите-членки на ЕУ го попречуваат функционирањето на единствениот европски пазар.

хармонизирано граѓанско процесно право на ниво на ЕУ. Овде се чини идеалите на неопандектната школа се допираат со идеалите на современата француска и италијанска правна школа, затоа што и француската и италијанската правна школа се залагаат за создавање на право за граѓанската постапка на ниво на ЕУ преку воведување на единствен закон. Разликата поради тоа во идеалите на современите европски правни школи за изградба на европското граѓанско процесно право не е целна (суштинска) туку само формална (методска). Неопандектната школа се залага европското граѓанско процесно право да биде креација на професорското право и праксата на Европскиот суд на правдата додека француската и италијанската правна школа се борат европското граѓанско процесно право да се креира од раката на европскиот законодавец низ призмата на еден Единствен (материјален и процесен) закон уште од времето на Наполеон Бонапарта.⁷ Токму поради ова заеднички идеал на современите европски правни школи е создавање на Заеднички европски граѓански процесен закон креиран од европскиот (не националниот!) законодавец. Европскиот законодавец овој Единствен закон треба да го креира постепено и спонтано постојано консултирајќи го професорското право и согласно потребите на судската практика, со цел интернационализација на процесните правила и побрзо и поефтино постапување на судовите насекаде во ЕУ.⁸ На патеките на овој идеал на европското граѓанско процесно право му претстои блескава научна иднина чија кочница може да биде единствено политиката.

Овој идеал иницијално започна да станува реалност благодарение на Болоњската декларација за високото образование која му даде европска димензија на високото образование и продолжи преку пионерските обиди на белгискиот правник Marcel Storme (како врвен научник на француската правна школа) за хармонизирање на процесните правила во Европа⁹ и кулминира во сегашниот мега проект на Европскиот правен институт – ELI-UNIDROIT за создавање на транснационални правила за граѓанската постапка кои треба да водат кон достигнување на заеднички принципи за транснационалната граѓанска постапка, европски правила за граѓанската постапка и правила за ефективно извршување.¹⁰ Одовде под капата на ЕУ на повидок се заеднички реформи во

⁷ Амбицијата за создавање на Единствен европски закон од европскиот законодавец датира од почетокот на 1990 година. Овој стремеж на професорското право треба да се разликува од стремежот на францускиот законодавец за создавање на единствен национален закон кој ќе го следат сите држави во Европа. За ова повеќе кај: Hartkamp, A S.; Hesselink M W.; Hondius E C M.; Du Perron E.; *Towards a European Civil Code (4th revised and expanded edition)*, Kluwer Law International, 2010.

⁸ Storme Marcel, *A Single Civil Procedure for Europe: a Cathedral Builders' Dream*, *Ritsumeikan Law Review* No.22, 2005, p. 87. Според Storme хармонизирање на процесните правила е можно кај формулирањето на тужбените барања, доказната постапка и постапката за одлучување.

⁹ Storme, M.; *Procedural Laws in Europe: Towards harmonisation*, Maklu Publishers, 2003.

¹⁰ Во контекст на ова повеќе Видете кај: Kramer Xandra E, *Towards ELI-Unidroit Model Rules of*

националните граѓански процесни законодавства на државите-членки во ЕУ кои треба да водат кон етаблирање на европски правила за граѓанската постапка иницијално во сегментот на прекуграничното решавање на споровите. Поттик за овие идни реформски процеси секако е и член 6 став 2 од Лисабонскиот договор за основање на ЕУ со кој ЕУ пристапи кон Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи како и спонтаната пенетрација на правилата на Меѓународниот институт за унификација на приватното право (UNIDROIT) во комунитарното право.¹¹

2. Фази на развој на европското граѓанско процесно право

Европското граѓанско процесно право постои нешто повеќе од шеесет години како научна дисциплина различна од меѓународно граѓанско процесно право.¹² Европското граѓанско процесно право *grosso modo* се развива од ниво на целосен партикуларизам на европските национални граѓански процесни системи преку конвенционално, па сè до наднационално ниво на регулирање.¹³ Генерално може да се говори за три фази во развојот на европското граѓанско процесно право и тоа: 1) предамстердамска, 2) постамстердамска и 3) лисабонска фаза како *suī generis* надградба на идеалите на постамстердамската фаза.

Во предамстердамската фаза европското граѓанско процесно право практично “живее на кредит” и егзистира како посебен сегмент во меѓународното граѓанско процесно право.

Во постамстердамската фаза европското граѓанско процесно право *strictu sensu* започнува да се гради како посебна научна дисциплина во погледот на секој процесуалист што гледа на долги патеки.¹⁴ Ова затоа што во оваа фаза на развојот на граѓанското процесно право на ниво на ЕУ ќе започне опционална унификација на граѓанската постапка со помош на регулативи и/или ограничена секторска хармонизација на граѓанската постапка со помош на директиви и *Civil Procedure: Basic Premises and Challenges*, Erasmus School of Law, Utrecht University School of Law, 2016.

¹¹ Токму поради ова идното европско граѓанско процесно право нема да биде исклучиво креација на големите европски правни школи. Ова затоа што преку Меѓународниот институт за унификација на приватното право (UNIDROIT) во европското граѓанско право сè поизразено навлегува школата на англоамериканскиот правен реализам. Токму поради ова и разликата меѓу *civil law* и *common law* системот не е така силно изразена како порано.

¹² Некои автори сметаат дека европското граѓанско процесно право и меѓународното граѓанско процесно право се иста научна дисциплина или пак дека европското граѓанско процесно право е само дел од меѓународното граѓанско процесно право. Сепак, со најновите тенденции на развој на европското граѓанско процесно право, во смисла на создавање на внатрешно право на ниво на ЕУ, разликите меѓу овие две научни дисциплини сè повеќе доаѓаат до израз.

¹³ Во врска со ова подетално Видете кај: Стоилева Зорица, Ѓорѓиева Дијана, *Граѓанската судска постапка во светот на глобализацијата*, Петта меѓународна научна конференција, Зборник на трудови на Универзитетот Гоце Делчев, Штип, 2018, с. 102-103.

¹⁴ American Law Institute, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2004, xxv.

препораки.

Во лисабонската фаза граѓанското процесно право на ЕУ добива нова димензија поради пенетрацијата на Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи и правилата на UNIDROIT во комунитарното право. Лисабонската фаза отвора нова страница за европската граѓанска постапка затоа што се обидува опционалните граѓански постапки да ги редуцира на една единствена граѓанска постапка на ЕУ иницијално со помош на идејата за воведување на минимални стандарди за граѓанската постапка и преку зајакнување на правото на пристап до правда.

2.1. Предамстердамска фаза на научниот развој на европското граѓанско процесно право

Основачките договори на ЕУ имаат посредно влијание врз развојот на граѓанско процесно право на ниво на ЕУ. Предамстердамската фаза ја одбележуваат Римскиот договор¹⁵ и договорот од Мастрихт¹⁶ кои овозможуваат развој на европското граѓанско процесно право на конвенционално ниво, бидејќи се донесени во време кога европското граѓанско процесно право имало споредна улога во европското интегрирање.¹⁷ Воедно, до 1999 година единствениот инструмент за соработка во граѓанските работи беше Бриселската конвенција¹⁸ како и Лугано конвенцијата¹⁹ како нејзин комплементарен инструмент, но по многу нешта и различен. Со донесувањето на Амстердамскиот договор беше срушена тристолбната конструкција на ЕУ создадена во Мастрихт и дојде до создавање на супранационално ниво на развој на европското граѓанско процесно право преку секундарното право на Заедницата.

¹⁵ Членот 220 на Римскиот договор е формално правна основа за врамнотежување на европските граѓански процесни системи.

¹⁶ Мастрихтскиот договор во својот дел 6 (К1 и К3) судската соработка помеѓу државите-членки ја стави во рамките на Третиот столб на ЕУ (Правда и внатрешни работи на ЕУ), кај кој преовладува меѓувладината соработка.

¹⁷ Во врска со ова повеќе кај: Zoroska Kamilovska Tatjana, Rakočević Milka, *Saradnja sudova i drugih organa u građanskim i trgovačkim stvarima u pravu Evropske unije*, Zbornik radova Odnos prava u regionu i prava Evropske unije, Istočno Sarajevo, 2015, p.115-116.

¹⁸ Бриселската конвенција - конвенцијата за јурисдикцијата и извршувањето на судските одлуки во граѓанските и трговските работи од 27 септември 1968 година с.в L299/32.

¹⁹ Оваа конвенција е склучена во Лугано во 16.09.1988 год. и за разлика од Бриселската конвенција е отворена конвенција која важи освен за државите-членки на ЕУ и за државите-членки на ЕФТА (Европската зона за слободна трговија). Станува збор за Исланд, Норвешка и Лихтенштајн.

2.2. Постамстердамска фаза во научниот развој на европското граѓанско процесно право

Врз постамстердамската фаза во научниот развој на ЕУ посебно значење за развојот на европското граѓанско процесно право имаат договорите од Амстердам и Ница. Оваа фаза може да се подели на две потфази, односно на две генерации на инструменти на европското граѓанско процесно право чија граница е Хашката програма од 2004 година.

Кај првата генерација на инструменти доминира начелото на заемно признавање на странските судски одлуки во граѓанските и трговските работи и нивна основа претставува Бриселската Регулатива (ЕЗ) број 44/2001 за јурисдикцијата и за признавањето и извршувањето на одлуките во граѓанските и трговските предмети. Овие инструменти се насочени кон координирање на автономните процесни закони на државите-членки на ЕУ како прв чекор кон хармонизирање на европската постапка. Карактеристика на овие инструменти е дека сèуште се во блиска врска со традиционалните инструменти на меѓународното граѓанско процесно право и транснационалните парници. Станува збор за регулативите: 44/2001²⁰, 1346/2000²¹, 1347/2000²² и 1348/2000²³.

Кај втората генерација на инструменти доминира начелото на меѓусебна доверба помеѓу државите членки и нивна основа е Регулативата 805/2004 која го создаде европскиот извршен наслов за неспорни побарувања. Оваа фаза ги опфаќа регулативите: 805/2004²⁴, 1896/2006²⁵ и 861/2007²⁶ кои се засноваат на идеологијата за целосно укинување на постапката за егзекватура во Европската Заедница и хармонизирање на европските процесни правила.

²⁰ Регулативата 44/2000 од 22.12.2000, за јурисдикцијата и признавањето и извршувањето на судските одлуки во граѓанските и трговските работи, с.в L12/1.

²¹ Регулативата 1346/2000, сега заменета со Регулативата бр. 1206/2001 од 27.6.2001 година, за соработката меѓу судовите во државите-членки при прибирањето на докази во граѓанските и трговските предмети, с.в L174/1.

²² Регулативата 1347/2000, сега заменета со Регулативата бр. 2201/2003 од 23.12.2003 година, позната како Брисел 2, за јурисдикцијата признавањето и извршувањето на судските одлуки во брачните предмети и во предметите за родителска одговорност, с.в. L132/1.

²³ Регулативата 1348/2000, сега заменета со Регулативата 1393/2007 од 13.11.2007 година, за доставата на судски и вонсудски документи во граѓанските и трговските предмети, с.в. L160/37.

²⁴ Регулативата 805/2004 од 21.4.2004 година за создавање Европска извршна исправа за неспорни побарувања, с.в L143/15.

²⁵ Регулативата 1896/2006 од 12.12.2006 година за создавање на Европска постапка за платен налог, с.в L399/1 .

²⁶ Регулативата 861/2007 од 11.7. 2007 година за создавање Европска постапка за спорови од мала вредност, с.в L199/1.

2.3. Лисабонска фаза во научниот развој на европското граѓанско процесно право

Лисабонската фаза во научниот развој на европското граѓанско процесно право започна со стапувањето во сила на Лисабонскиот договор.²⁷ Оваа фаза од една страна е надградба на визијата на постамстердамската фаза во научниот развој на европското граѓанско процесно право, но од друга страна и нов патоказ за хармонизација на европската граѓанска постапка. Ова затоа што иако европската граѓанска постапка по Лисабонскиот договор продолжи да се гради во согласност со амстердамските принципи за взаемно признавање и извршување на одлуките во предметите со прекугранични импликации и меѓусебна доверба во европските правосудни системи истата доби сосема поинаква димензија на развој, затоа што принципот на меѓусебна доверба беше зајакнат со принципот за право на пристап до правда насекаде во ЕУ. Ова се случи затоа што со член 6 став 2 од Лисабонскиот договор, ЕУ формално-правно пристапи кон Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи, а согласно член 81 граѓанската правда дефинитивно се издвои во посебно поле на европска надлежност.²⁸

Пристапувањето на ЕУ кон Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи го зајакна принципот на меѓусебна доверба во европските правосудни системи со фундаменталните гаранции за почитување на демократијата и владеењето на правото. Ова се случи затоа што меѓусебната доверба во европските правосудни системи започна да се гради и преку почитување на основните човекови права: правото на правично судење согласно член 6 и правото на ефективно правно средство согласно член 13 од Конвенцијата. На овој начин се создаде линк меѓу Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи и Повелбата за човековите права на ЕУ, праксата на Европскиот суд на правдата и праксата на Европскиот суд за заштита на човековите права и основните слободи.²⁹

²⁷ Лисабонски договор е донесен во 2007 година, а стапи на сила во од 2009 година.

²⁸ Mańko Rafał, *Europeanisation of Civil Procedure: Towards Common Minimum Standards?*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2015, p. 5-7.

²⁹ Овој линк pro futuro се очекува европската граѓанска постапка да ја хармонизира на две нивоа: 1) на законодавно ниво и 2) на ниво на судската практика. Овие две нивоа врз база на кои треба да се креира европското граѓанско процесно право докажуваат дека идеалите на големите европски правни школи сèуште се живи и покрај тоа што се остваруваат на понаков начин и во друго процесно време. Овие две нивоа на интеграција на европската граѓанска постапка на догматско ниво во сопствена јуриспруденција на концепти треба да ги помири професорското право оживувајќи ја идејата за создавање на отворен правен систем на ниво на ЕУ со помош на научната дисциплина европско граѓанско право. Токму поради ова не треба да изненадува моменталното популаризирање во подрачјето на ЕУ на потребата за решавање на споровите со некои алтернативни начини за решавање на споровите затоа што и тие се механизми за создавање на еден отворен правен систем.

Линкот меѓу Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи и Повелбата за човековите права на ЕУ е креација *sui generis* на Лисабонскиот договор. До ова “приближување” дојде затоа што Лисабонскиот договор ѝ даде обврзувачка сила на Повелбата за човековите права на ЕУ еднаква на примарното право на ЕУ, а правото на правично судење согласно член 6 на Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи го зајакна со правото на пристап до правда согласно член 47 од Повелбата за човековите права на ЕУ. Лисабонскиот договор создаде правна база за новата визија за изградба на граѓанската постапка на ЕУ околу правото на пристап до правдата согласно член 47 на Повелбата за човековите права на ЕУ. Со самото ова се отвори можност за модификација на целите околу кои треба да се гради граѓанската постапка на ЕУ со помош на правото на пристап до правдата како обврзувачко за институциите на ЕУ и државите-членки на ЕУ. Ова затоа што правото на пристап до правдата гарантира ефективен правен лек и право на правично судење секому чии гарантирани права со правото на ЕУ се повредени.

Издвојувањето на граѓанската постапка во посебно поле на европска компетенција согласно Поглавје 3 Наслов 5 член 81 од Лисабонскиот договор (Слобода, Сигурност и Правда) одново ја рефрешираше идејата за хармонизирање на европската граѓанска постапка.³⁰ Сепак за разлика од претходните обиди за опционална унификација на граѓанската постапка со помош на регулативи или парцијална индиректна секторска хармонизација со помош на директиви и препораки сега за прв пат се отвори можноста за создавање на Единствени европски правила за граѓанската постапка затоа што граѓанската постапка се издвои во автономно подрачје.³¹ Оваа динамичка визија иницијално започна да се реализира со идејата да се создадат минимални стандарди на европската граѓанска постапка, а се очекува да кулмира со донесувањето на ELI/UNIDROIT Принципите за транснационалната граѓанска постапка по примерот на правилата на Меѓународниот институт за унификација на приватното право на UNIDROIT.³² Во контекст на ова Европскиот правен

³⁰ Согласно член 81 од Лисабонскиот договор, ЕУ развива правосудна соработка во граѓанските работи со прекугранични импликации со цел правилно функционирање на европскиот пазар. Оваа соработка има цел да обезбеди: взаемно признавање и извршување на одлуките, достава на судски и вонсудски документи, ускладување на правилата за судир на законите и судир на јурисдикациите, соработка при прибирањето на доказите, ефективен пристап до правдата, отстранување на пречките за непречено одвивање на граѓанските постапки, а ако е потребно и ускладување на прописите за граѓанската постапка во државите-членки и развој на алтернативните методи за решавање на спорите.

³¹ Zampia Vernadaki, *Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations*, Journal of Contemporary European Research, Volume 9, London, 2013, p. 297-298.

³² ELI/UNIDROIT Принципите за транснационалната граѓанска постапка се усвоени од ELI и UNIDROIT во 2004 година со надополнување од националните репортери Hazard, Taruffo и Sturmer. Составени се од 31 принцип за најважните прашања за граѓанската постапка кои треба да придонесат за создавање на минимум стандарди во постапувањето на судовите.

институт (ELI) и Меѓународниот институт за унификација на приватното право (UNIDROIT) во моментов работат на проектот наречен “Од транснационални принципи кон европски правила за граѓанската постапка” кој треба да придонесе за хармонизирање на националните граѓански процесни законодавства во ЕУ на едно доста високо ниво.

3. Предмет на проучување на европското граѓанско процесно право

Европското граѓанско процесно право се дефинира како збир на процесни правила определени со меѓународни договори, со одлуките на Европскиот суд на правдата, со националните права на државите-членки и со секундарното право на ЕУ (регулативи, директиви, одлуки). Како такво европското граѓанско процесно право од една страна е граѓанскопроцесно правна, а од друга страна како европско процесноправна дисциплина. Европското граѓанско процесно право е научна дисциплина која допрва треба да се гради диференцирајќи се од меѓународното граѓанско процесно право. Ова се очекува поради забрзаниот тренд на глобализацијата кој предизвикува криза во националното граѓанско процесно право со странски елемент. Вистински доказ за ова се прашањата кои во моментов се предмет на проучување на европското граѓанско процесно право: поим за европско граѓанско процесно право, однос помеѓу европското граѓанско процесно право и националното граѓанско процесно право без и со странски елемент (основ член 234 од Лисабонскиот договор, праксата на Европскиот суд на правдата и член 1-6 од Договорот за европскиот Устав), предметот и структурата на европското граѓанско процесно право, фазите во развојот на европското граѓанско процесно право, основачките договори на ЕУ како примарни извори на европското граѓанско процесно право, секундарните извори на европското граѓанско процесно право, правилата за судската надлежност, правилата за литиспенденцијата и меѓусебно поврзаните барања, правилата за признавањето и извршувањето на одлуките, правилата за привремените мерки, правилата за движењето на нотарските исправи, правилата за доставата на судските и вонсудските документи, правилата за изведувањето на доказите, препораките за колективната правна заштита, правилата за стечајното право, правилата за семејното право, правилата за алтернативно решавање на спорите. Европското граѓанско процесно право треба да ги проучува и постапките на Европскиот суд на правдата за директен (постапка за поништување на акт на ЕУ) и индиректен (постапката за претходно одлучување околу толкувањето и валидноста на правото на ЕУ, постапка по повод тужба против ЕУ за надомест на штета, постапка по повод приговор за противправност, постапка по повод пропуст да се изврши обврска) судски надзор над законодавството на ЕУ во границите кои го тангираат европското граѓанско процесно право како и дејството на одлуките на Европскиот суд на правдата, (не) врзаноста на Европскиот суд на правдата за прецедентите кои се однесуваат на европското граѓанско процесно право,

навлегувањето на меѓународното граѓанско процесно право во европското граѓанско процесно право со посебен акцент на Европската конвенција за човековите права (чл. 6 став 2 од Лисабонскиот договор) и (не) потребата за донесување на Европски правила за граѓанската постапка кои ќе се базираат на принципите за транснационалната граѓанска постапка на Unidroit.

4. Основни цели на европското граѓанско процесно право

Европското граѓанско процесно право е најжива област во европскиот правен простор.³³ Ова е така затоа што европското граѓанско процесно право како никогаш претходно е во фокус на научниот интерес поради својата цел да создаде единствено европско процесно право. Сепак во моментот унифицирано право за граѓанската постапка на ниво на ЕУ е цел на европското професорско право контра бури и мориња. Ова затоа што во процесната теорија многу почесто се говори за хармонизирање на националните процесни правила под капата на ЕУ отколку за унифицирање на граѓанската постапка на ЕУ. Неспорно, унифицираното европско граѓанско процесно право е неможно со оглед на фактот што граѓанското процесно право со и без странски елемент се изгради во согласност со принципот за национална процесна автономија. Токму поради ова поблиска цел на европското граѓанско процесно право е хармонизација (апроксимација, европеизација, врамнотежување) или ограничена модификација на националните граѓански процесни правила во граѓанските постапки со прекугранични импликации која треба да води кон унификација односно создавање на идентични правила за граѓанската постапка како подалечна цел. Сепак оваа унификација е, или пак, треба да биде секторска. Хармонизацијата на националните граѓански процесни правила значи приближување на процесните правила на еден флексибилен начин преку елиминирање на поголемите разлики меѓу процесните системи првенствено на макро ниво. Хармонизацијата сама по себе може да води кон унификација (пример: исти правила за извршување на судските одлуки, исти правила за содржината на документот за започнување на постапката, исти правила за докажување), но до унификација на процесните правила може да дојде и без хармонизација доколку унификацијата *per se* регулира и носи нешто ново непознато за националната граѓанска постапка (пример: колективната правна заштита која се креира под капата на ЕУ во националните граѓански процесни системи кои сèуште ја немаат регулирано истата).

Заклучни согледувања

Европското граѓанско процесно право е научна дисциплина во зародиш. Иако официјалните почетоци на оваа наука се врзуваат за Римскиот договор за основање на ЕУ, идеалите на оваа научна дисциплина уште од многу поодамна

³³ Kramer Xandra E, *Towards ELI-Unidroit op.cit*, 3.

живеат во учењата на големите европски правни школи. Европското граѓанско процесно право започна да се проучува како научна дисциплина на европските универзитети согласно Болоњската декларација за високото образование. Во оваа научна дисциплина во моментот од една страна се фузираат идеалите на неопандектната школа и француско-италијанската правна школа како врвни европски школи, а од друга страна и учењата на европските правни школи со англоамериканската школа на правниот реализам.

Европското граѓанско процесно право е научна дисциплина која сèуште динамички се гради. Во моментот препознатливи се три фази во развојот на европското граѓанско процесно право и тоа: 1) предамстердамска, 2) постамстердамска и 3) лисабонска фаза. Во предамстердамската фаза европското граѓанско процесно право егзистира како посебен сегмент во меѓународното граѓанско процесно право. Во постадамстердамската фаза европското граѓанско процесно право *strictu sensu* започнува да се гради како посебна научна дисциплина. Во лисабонската фаза граѓанското процесно право на ЕУ добива нова димензија поради пенетрацијата на Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи и правилата на UNIDROIT во комунитарното право. Лисабонската фаза отвора нова страница за европската граѓанска постапка затоа што се обидува опционалните граѓански постапки да ги редуцира на една единствена граѓанска постапка на ЕУ иницијално со помош на идејата за воведување на минимални стандарди за граѓанската постапка и преку зајакнување на правото на пристап до правда.

Европското граѓанско процесно право има амбиција да создаде единствена граѓанска постапка на ниво на ЕУ. Оваа амбиција треба да стане реалност преку хармонизација или секторска унификација на националните правила за граѓанската постапка иницијално во споровите со прекугранични импликации.

Непредвидливоста на процесот и динамиката на ЕУ интеграцијата несомнено се одразува и на ова поле, па останува да видиме во иднина на кој начин ќе се развива европското граѓанско процесно право, дали ќе се движи со забрзано темпо или пак ќе го зафати евроскептицизам.

Користена литература

Книги и статии

1. American Law Institute, *Principles of Transnational Civil Procedure*, Cambridge, 2004
2. Ѓорѓиева Д., *Правна природа на правото на правната заштита во граѓанската постапка (докторска дисертација)*, Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2019
3. Живковска Родна, Пржеска Тина, *Правната регулатива на сопственоста во правниот систем на Република Македонија и можностите за*

- хармонизација со европското законодавство*, Зборник радова: Однос права у региону и права Европске уније, Источно Сарајево, 2015
4. Zoroska Kamilovska Tatjana, Rakočević Milka, *Saradnja sudova i drugih organa u građanskim i trgovačkim stvarima u pravu Evropske unije*, Zbornik radova Odnos prava u regionu i prava Evropske unije, Istočno Sarajevo, 2015
 5. Zampia Vernadaki, *Civil Procedure Harmonization in the EU: Unravelling the Policy Considerations*, Journal of Contemporary European Research, Volume 9, London, 2013
 6. Kramer Xandra E, *Towards ELI-Unidroit Model Rules of Civil Procedure: Basic Premises and Challenges*, Erasmus School of Law, Utrecht University School of Law, 2016
 7. Mańko Rafał, *Europeanisation of Civil Procedure: Towards Common Minimum Standards?*, European Parliamentary Research Service, Brussels, 2015
 8. Storme, M.; *Procedural Laws in Europe: Towards harmonisation*, Maklu Publishers, 2003
 9. Storme Marcel, *A Single Civil Procedure for Europe: a Cathedral Builders' Dream*, Ritsumeikan Law Review No.22, 2005
 10. Стоилева Зорица, Ѓорѓиева Дијана, *Граѓанската судска постапка во светот на глобализацијата*, Петта меѓународна научна конференција - Општествените промени во глобалниот свет – Секција млади истражувачи, Зборник на трудови на Универзитетот Гоце Делчев во Штип, Штип, 2018
 11. Torrent Ruiz A, *Fundamentos del derecho europeo*, Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Madrid, 2007
 12. Hartkamp, A S.; Hesselink M W.; Hondius E C M.; Du Perron E.; *Towards a European Civil Code (4th revised and expanded edition)*, Kluwer Law International, 2010

Конвенции, регулативи на ЕУ и основачки договори на ЕУ

1. Бриселската конвенција - конвенцијата за јурисдикцијата и извршувањето на судските одлуки во граѓанските и трговските работи од 27 септември 1968 година с.в L299/32
2. Европска конвенција за заштита на основните човекови слободи и права од 04 ноември 1950 година
3. Повелба за човековите права на Европската Унија од 2002 година, с.в. С326/02
4. Регулативата 44/2000 од 22.12.2000, за јурисдикцијата и признавањето и извршувањето на судските одлуки во граѓанските и трговските работи, с.в L12/1
5. Регулативата 1346/2000, сега заменета со Регулативата бр. 1206/2001 од 27.6.2001 година, за соработката меѓу судовите во државите-членки при

- прибирањето на докази во граѓанските и трговските предмети, с.в L174/1
6. Регулацијата 1347/2000, сега заменета со Регулацијата бр. 2201/2003 од 23.12.2003 година, позната како Брисел 2, за јурисдикцијата признавањето и извршувањето на судските одлуки во брачните предмети и во предметите за родителска одговорност, с.в. L132/1.
 7. Регулацијата 1348/2000, сега заменета со Регулацијата 1393/2007 од 13.11.2007 година, за доставата на судски и вонсудски документи во граѓанските и трговските предмети, с.в. L160/37
 8. Регулацијата 805/2004 од 21.4.2004 година за создавање Европска извршна исправа за неспорни побарувања, с.в L143/15.
 9. Регулацијата 1896/2006 од 12.12.2006 година за создавање на Европска постапка за платен налог, с.в L399/1
 10. Регулацијата 861/2007 од 11.7. 2007 година за создавање Европска постапка за спорови од мала вредност, с.в L199/
 11. Римски договор за основање на ЕУ од 25.03.1957 година
 12. Мастрихтски договор за основање на ЕУ од 1992 година, с.в. C191/01
 13. Амстердамски договор за основање на ЕУ од 1997 година, с.в. C340/01
 14. Лисабонски договор за основање на ЕУ од 2007 година, с.в. C306/01

КОНСТИТУЦИОННАЯ РЕФОРМА И СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ СИСТЕМЫ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ В РОССИИ

Заметина Тамара Владимировна

Заведующий кафедрой конституционного права,
доктор юридических наук, профессор
Саратовская государственная юридическая академия
E-mail: zametina_saratov@mail.ru

Комбарова Елена Валерьевна

доцент кафедры конституционного права, кандидат юридических наук, доцент
Саратовская государственная юридическая академия
E-mail: Len.Kom@rambler.ru

Abstract:

В статье дается понятие публичная власть, рассматривается система публичной власти на всех уровнях ее осуществления, уделяется внимание особенностям организации и осуществления публичной власти в современной России. Закон о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации и функционирования публичной власти»¹ актуализировал вопросы модернизации системы власти современной России, определил дальнейшее развитие научных исследований в этой сфере. Новые положения организации и функционирования публичной власти нуждаются в осмыслении с точки зрения реализации принципов разделения, единства и взаимодействия властей, соблюдения отправных начал федеративного устройства и демократических процедур, обеспечения верховенства прав и свобод человека и гражданина. Авторы указывают, что актуальными проблемами для российской системы публичной власти остается поиск баланса между законодательной и исполнительной ветвями власти, а также вопросы совершенствования правовых основ организации власти в субъектах федерации, в том числе, в части реализации контрольных функций.

Keywords: *Конституция России, публичная власть, субъекты РФ, конституционная реформа, принципы, Конституционный суд РФ*

¹ СЗ РФ. 2020. № 11, ст. 1416.

CONSTITUTIONAL REFORM AND IMPROVEMENT OF THE PUBLIC POWER SYSTEM IN RUSSIA

Zametina Tamara Vladimirovna

Head of the Department of Constitutional Law, Doctor of Law, Professor

Saratov State Law Academy

E-mail:zametina_saratov@mail.ru

Kombarova Elena Valerievna

Associate Professor of the Department of Constitutional Law, Candidate of Legal Sciences,

Associate Professor, Saratov State Law Academy

E-mail:Len.Kom@rambler.ru

Abstract

The article gives the concept of public power, examines the system of public power at all levels of its implementation, pays attention to the specifics of the organization and implementation of public power in modern Russia. The law on the amendment to the Constitution of the Russian Federation of March 14, 2020 No. 1-FKZ “On improving the regulation of certain issues of the organization and functioning of public power” has actualized the issues of modernizing the system of power in modern Russia, determined the further development of scientific research in this area. The new provisions of the organization and functioning of public authorities need to be comprehended from the point of view of the implementation of the principles of separation, unity and interaction of authorities, observance of the starting principles of the federal structure and democratic procedures, ensuring the supremacy of human and civil rights and freedoms. The authors point out that the search for a balance between the legislative and executive branches of government, as well as issues of improving the legal framework for organizing power in the constituent entities of the federation, including the implementation of control functions, remains an urgent problem for the Russian system of public power.

Keywords: *Constitution of Russia, public authority, constituent entities of the Russian Federation, constitutional reform, principles, Constitutional Court of the Russian Federation*

ВВЕДЕНИЕ

Продолжающиеся процессы реформирования системы государственного управления и местного самоуправления, поиск путей устойчивого социально-экономического развития субъектов РФ, создания условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, повышения роли России в формирующемся полицентричном мире, усиления ее влияния в глобальном информационном пространстве, актуализируют проблемы реализации Конституции РФ 1993 г., осуществление деятельности всех государственных структур на основе закрепленных в ней принципов демократии и конституционализма.

Поскольку модернизация Конституции влияет на политическую стабильность общества, она должна носить своевременный характер.

Конституционные новации призваны стимулировать раскрытие потенциала развития государства и системы законодательства, а не становится тормозом общественных отношений. Именно исходя из этих параметров – своевременность, системность и целесообразность вносились изменения в Основной Закон 2008 и 2014 гг.

Одним из ключевых вопросов любой Конституции государства является вопрос об организации власти. Совершенствование системы власти, поиск баланса разделения властей, и сопряженных с ними вопросов нередко находили отражение в программно-политических документах главы государства, что свидетельствует об их актуальности.

В Посланиях Президента РФ, в частности, говорилось: о необходимости определения форм и методов эффективного взаимодействия исполнительной власти с иными ветвями государственной власти (Послание «Порядок во власти - порядок в стране» 1997 г.; о необходимости развивать и разнообразить формы диалога между законодательной и исполнительной ветвями власти. Такой диалог должен идти постоянно и на разных уровнях, причем акцент должен делаться на законодательном обеспечении стратегии подъема. (Послание «Общими силами - к подъему России» 1998 г.; о развитии политической конкуренции и значении демократии, преемственности национального развития («Послание Президента Владимира Путина Федеральному Собранию РФ» 2012 г.; об укреплении авторитета и усилении влияния Государственной Думы как представительного органа, и необходимости поддержки этого авторитета («Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию» 2016 г.); о необходимости скоординированной работы всех ветвей власти при реализации национальных проектов («Послание Президента Федеральному Собранию» 2019 г.) и др.

Действующей Конституцией заложен определенный конституционный механизм власти и полномочия законодательной, исполнительной и судебной власти в стране. В частности, в ст. 1 Конституции говорится о демократическом, правовом и федеративном характере осуществления власти, ст. 3 – о формах народовластия, ст. 10 закрепляет принцип разделения властей, ст. 11 – конституционную систему государственной власти, гл. 4-7 посвящены соответственно конституционному статусу и полномочиям Президента РФ, Федерального Собрания РФ, Правительства РФ, судебной власти и прокуратуры.

Система федеральных органов государственной власти включает в себя: главу государства – Президента РФ; орган законодательной власти – Федеральное Собрание (Совет Федерации и Государственная Дума), органы исполнительной власти – Правительство РФ и другие федеральные органы исполнительной власти, а также органы судебной власти. Согласно ч. 2 статьи 11 Конституции государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти.

При этом, необходимо принимать во внимание, что согласно существующей

в российском конституционном праве доктрине, народ Российской Федерации рассматривается как источник всей власти в государстве (законодательной, исполнительной, судебной), что обуславливает единство системы власти, и демократические процедуры ее формирования и функционирования.

Вопросы природы и организации публичной власти, отдельных органов и институтов ее образующих нашли свое отражение в работах таких ученых, как Н.Ю. Васильева², А.И. Ким³, В.Т. Кабышев⁴, В.А. Кочев⁵, А.Т. Карасев⁶, А. В.В. Рачинский⁷, А.Югов⁸, В.Е. Чиркин⁹ и др.

Феномен публичной власти носит многоаспектный характер, механизм ее реализации во взаимосвязи с конституционным строем России предполагает изучение общественных отношений, возникающих по поводу: моделей и уровней осуществления публичной власти и ее конституционной основы и принципов организации и деятельности; конституционно-правовой основы взаимодействия органов публичной власти, а также ее взаимоотношения с гражданским обществом и осуществления общественного контроля; конституционно-правовой ответственности органов публичной власти и отдельных должностных лиц; конституционно-правовой основы разрешения разногласий между органами публичной власти и роль Президента России в этом процессе, а также судебных органов; обеспечения открытости в деятельности органов публичной власти; роли Конституционного Суда Российской Федерации, а также антикоррупционной политики.

Закон о поправке к Конституции РФ от 14 марта 2020 г. № 1-ФКЗ «О совершенствовании регулирования отдельных вопросов организации

² Васильева Н. Ю. Институт президентства в системе публичной власти Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук, Москва, 2012.

³ Ким А.И. Государственная власть и народное представительство в СССР. Томск: Издательство Томского университета, 1975.

⁴ Кабышев В.Т. Конституционная система власти в современной России // Вестник СГАП. Саратов. 1998. № 3; С Конституцией по жизни. М., 2013.

⁵ Кочев В. А. Система государственной власти в Российской Федерации (Основные публично-правовые параметры) : дис. ... д-ра юрид. наук, Пермь, 2002.

⁶ Карасев А. Т. Депутат в системе представительной власти : конституционно-правовое исследование : дис ... доктора юридических наук, Екатеринбург, 2009.

⁷ Рачинский В. В. Публичная власть как общеправовая категория (Теоретико-прикладной аспект) : Дис. ... канд. юрид. наук, Уфа, 2003.

⁸ Югов А.А. Правовые основы публичной власти в Российской Федерации: Монография. Екатеринбург: Издательство УрГЮА, 1999.

⁹ Чиркин В.Е. Публичная власть в современном обществе //Журнал российского права. 2009. № 7; Система государственного и муниципального управления. М., 2008 .

и функционирования публичной власти»¹⁰ актуализировал вопросы модернизации системы власти современной России, определил дальнейшее развитие научных исследований в этой сфере. Новые положения организации и функционирования публичной власти, предлагаемые Законом о поправке к Конституции нуждаются в осмыслении с точки зрения реализации принципов разделения, единства и взаимодействия властей, соблюдения отправных начал федеративного устройства и демократических процедур, обеспечения верховенства прав и свобод человека и гражданина.

1. Понятие «системы публичной власти».

Публичная власть – это сложное понятие, нетождественное определению «власть». Власть рассматривается и как возможность оказывать влияние на поведение других людей и с более широкой позиции, и как возможность оказывать влияние на окружающую действительность. Античные мыслители не проводили глубокого анализа понятия власти, считая его содержание очевидным. Первая принципиальная попытка в данном направлении была предпринята Т. Гоббсом, который заложил основы так называемой «каузальной концепции власти», являющейся наиболее распространённой, как в российской, так и западной литературе¹¹. Согласно данной теории, власть – есть средство достижения блага. Власть представляет собой господство одного человека над другим.

Помимо общих оснований (объединение людей), появление публичной власти связано с существованием специфических предпосылок. В основе формирования публичной власти лежат такие факторы, как наличие общего интереса, удовлетворение потребностей общества в целом и социальная асимметрия, выражающаяся отношениями подчинения.

Публичную власть следует рассматривать как совокупность волевых отношений, посредством которых реализуются общественно значимые отношения. Существование публичной власти служит гарантией нормального функционирования общества. Иные виды власти служат удовлетворению личных, групповых, корпоративных интересов, к примеру, власть главы семьи, авторитет церкви и др.

В советский период развития России происходило отождествление общественной власти с публичной. Многие ученые фактически ставили знак равенства между этими определениями¹². В свою очередь и на данном этапе развития российского государства не была лишена прогрессивной научной

¹⁰ СЗ РФ. 2020. № 11, ст. 1416.

¹¹ Гоббс Т. Избранные произведения в 2-х томах. Т.2. М.: Мысль, 1991. Технология власти С.231-247.

¹² См.: Григорян Л.А. Советы – органы власти и народного самоуправления. М., 1965. С. 17.

мысли, обоснованно разделяющей содержание данных терминов¹³. Несколько отличным являлось мнение Т.Н. Семеновой, отмечающей, что «публичная власть – это не всякая существующая в обществе власть, а только такая, которая охватывает всех его членов, власть в пределах всего социального организма в целом»¹⁴.

Публичная власть представляет собой разновидность власти социальной, возникает в результате объединения людей на определенной территории и имеющая не частный, а общественный характер. Как отмечают ученые, публичная власть «...есть система всеобщего участия населения в решении совместных дел»¹⁵, «власть в таком коллективе предназначена сохранять и охранять коллектив»¹⁶. Социальный характер публичной власти подчеркивает В.Е. Чиркин. Это власть народа, власть его большинства, власть доминирующего в обществе класса, определенного социального слоя, иногда группировки. Она имеет политический характер и свое концентрированное выражение находит в государственной власти¹⁷. В. С. Нерсесянц выделяет такие признаки публичной власти, как объединение людей по территориальному признаку, осуществление специальным аппаратом, обладание суверенитетом и прерогативой законотворчества¹⁸.

Публичная власть – это конституционно-правовая категория. Несмотря на отсутствие в Конституции Российской Федерации данного понятия, Основной Закон России закрепляет конституционно-правовую основу ее осуществления. Б.С. Эбзеев подчеркивает: «Между основами конституционного строя и организацией в государстве публичной власти существует тесная взаимосвязь»¹⁹. Впервые в правоприменительную практику термин «публичная власть» был введен Конституционным Судом Российской Федерации²⁰.

Механизм организации публичной власти всех уровней и ее функционирование, а также взаимодействие структурных элементов происходит

¹³ Ким А.И. Государственная власть и народное представительство в СССР. Томск: Издательство Томского университета, 1975. С.65.

¹⁴ Семенова Т.Н. Государство и государственная власть в классово-антагонистическом обществе // Философские науки. 1978. №6. С. 14.

¹⁵ Югов А.А. Правовые основы публичной власти в Российской Федерации: Монография. Екатеринбург: Издательство УрГЮА, 1999. С. 12.

¹⁶ Чиркин В.Е. Публичная власть в современном обществе // Журнал российского права. 2009. № 7. С. 9.

¹⁷ Чиркин В.Е. Система государственного и муниципального управления. М., 2008 .

¹⁸ Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С.519.

¹⁹ Эбзеев Б.С. Конституционное право России. Учебник. М., 2019. С. 551.

²⁰ Постановление Конституционного суда РФ от 15 января 1998 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности статей 80, 92–94 Конституции Республики Коми от 31 октября 1994 г. «Об органах исполнительной власти в Республике Коми»// СЗ РФ. 1998. № 4. Ст. 532.

не производно. Данный процесс подчинен соответствующим конституционным принципам. Именно конституционная материя определяет природу публичной власти, ее содержание и архитектуру. В свою очередь, именно демократический механизм функционирования публичной власти способствует преданию Конституции реального характера.

В этом смысле, представляется справедливым утверждение Е.Н. Селютиной о том, что публичная власть «это суверенная власть, представляющая способность народа, а также юридически закрепленное право (возможность) лиц, замещающих должности в государственных или муниципальных органах, воздействовать от имени государства на его население, либо население государственных или муниципальных образований в той или иной сфере общественной жизни с целью осуществления общегосударственной политики»²¹. Содержание данного определения подчеркивает демократическую основу осуществления публичной власти, а также ее многоуровневый территориальный характер. Источником власти в России является ее многонациональный народ, участвующий в формировании органов публичной власти, которые В.Т. Кабышев называет «одним из каналов осуществления власти народа»²².

Понятие «система публичной власти» является производным от понятия «публичная власть» и подчеркивает наличие в содержании последней взаимосвязанных элементов. Конституционный Суд РФ в своих решениях использовал и то и другое понятие (например, в Постановлении от 22 ноября 2011 г. № 25-П понятие «публичная власть»²³ и в Постановлении от 3 февраля 2009 г. № 2-П «система публичной власти»²⁴).

Иногда в научной литературе и практике Конституционного Суда РФ используется понятие «система органов публичной власти». Органы публичной (политической) власти, по мнению Конституционного Суда, включают в себя государство, его органы и должностные лица, а также органы и должностные лица местного самоуправления²⁵. Ученые отмечают нетождественность понятий

²¹ Селютина Е.Н. Взаимодействие органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления: правовой и политический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. – Орел, 2003. С. 20.

²² Кабышев В.Т. С Конституцией по жизни. М., 2013. С.81.

²³ Постановление Конституционного Суда РФ от 22.11.2011 N 25-П “По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 31, пункта 6 части 1 статьи 33 и статьи 37 Федерального закона “О государственной гражданской службе Российской Федерации” в связи с жалобой гражданки В.Ю. Боровик” // СЗ РФ. .2011. № 49 (ч. 5), ст. 7333.

²⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 03.02.2009 N 2-П “По делу о проверке конституционности частей 1, 2, 3 и 4 статьи 22 Федерального закона “О государственной гражданской службе Российской Федерации” и пунктов 2 и 4 части 2 статьи 13 Закона Псковской области “О государственной гражданской службе Псковской области” в связи с запросом Псковского областного Собрания депутатов” //СЗ РФ..2009. № 7, ст. 890.

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2004 N 18-П “По делу о проверке

«система государственной власти» и «система органов государства»²⁶. Однако, зачастую, понятия «система публичной власти» и «система органов публичной власти» отождествляются и означают осуществление государством своих властных функций через совокупность взаимосвязанных институциональных элементов, образующих публичную власть в государстве.

2. Особенности организации и осуществления публичной власти в современной России.

Конституционная реформа органов публичной власти 1993 года институт президентской власти поставила на первый план. В соответствии с Конституцией России Президент Российской Федерации не относится не к одной из ветвей власти, является главой государства. На этапе разработки Основного закона страны состоялись дискуссии по поводу определения статуса Президента, и одни юристы предлагали определить его статус как «высшее должностное лицо»²⁷, другие как «высшего должностного лица и главы государства»²⁸. В результате «по предложению ряда участников Конституционного совещания положение Президента Российской Федерации было определено через понятие «глава государства»²⁹.

Статья 80 Конституции Российской Федерации определяет смысл и содержание полномочий Президента России «... он является главой государства, т.е. должностным лицом, персонифицирующим представление о конституционности пункта 3 статьи 9 Федерального закона “О политических партиях” в связи с запросом Коптевского районного суда города Москвы, жалобами общероссийской общественной политической организации “Православная партия России” и граждан И.В. Артемова и Д.А. Савина” // СЗ РФ. 2004. № 51, ст. 5260.

²⁶ По мнению, например, С.В. Лихолетовой, первое понятие более широкое по содержанию, чем второе. С.В. Нарутто, конкретизируя это положение, отмечает, что «“система государственной власти” и “система органов государственной власти” соотносятся как система и подсистема, целое и часть». Помимо совокупности государственных органов (аппарата государства), представляющих собой институциональный элемент государства, определенное субъектное выражение государственной власти, понятие “система государственной власти” охватывает признаки, свойства государственной власти, принципы и механизм ее осуществления, условия деятельности системы органов государственной власти, то есть политику государства в целом» (Лихолетова С.В. Федеративное устройство России: взаимодействие органов государственной власти Российской Федерации и ее субъектов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Челябинск, 2004. С.14; Нарутто С.В. Федерализм и единство государственно-правовой системы России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002. С. 24).

²⁷ Васильев А.Г. К вопросу о роли президента и истории // Комсомольская правда. 1991. 23 марта.

²⁸ Марченко М.Н. Политико-правовой статус президента // Вестник МГУ. Серия II Право. 1992. № 2. С.3.

²⁹ Шагапсов З.Л. Президент России в системе разделения власти РФ: место и роль // Общество и право. 2007. № 2(16). С. 24.

данном государстве в отношениях, как внутри его, так и с другими странами»³⁰, также выступает гарантом Конституции Российской Федерации, прав и свобод человека и гражданина, принимает меры по охране суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной целостности, обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти.

В российской науке конституционного права нет единого мнения о том, к какой ветви власти относится Президент России. Он рассматривается как представитель исполнительной власти³¹, президентской власти³², носитель четвертой арбитражной власти³³. В этой сфере интересна позиция о том, что «как только субъект одной ветви власти наделяется полномочиями недопустимыми для той ветви, которой он принадлежит, он перестаёт быть субъектом только этой ветви власти. Однако это не значит, что он образует новую ветвь власти. Это значит, что данный орган теперь осуществляет одновременно несколько властей»³⁴. С этим сложно не согласиться. Важной функцией Президента России является гарантирование соблюдения и защиты Основного Закона страны. Реализация данной функции предполагает необходимость взаимодействия со всеми уровнями осуществления публичной власти, а также осуществление контрольных полномочий по отношению к ним. Необходимо отметить, что Президент Российской Федерации, как гарант Конституции России, выполняет данную функцию на всей территории России, т.е. его действия распространяются и на территорию субъектов Российской Федерации. Роль Президента страны по обеспечению конституционной законности в условиях функционирования федеративного государства возрастает.

В соответствии с Конституцией России Президент РФ обладает определяющими полномочиями по отношению к Правительству Российской Федерации, а именно: обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие Правительства и других органов государственной власти; имеет право председательствовать на заседаниях Правительства и на заседаниях его Президиума; принимает участие в формировании Правительства; обладает правом отмены правительственных актов; решает вопрос об его отставке. Определяющая роль Президента России по отношению к Правительству стала

³⁰ Блинов А.Б. Полномочия Президента Российской Федерации // Труды института государства и права российской академии наук. М.: Ин-т гос. и права РАН. 2010. № 6. С. 73.

³¹ Кутафин О.Е. Глава государства. М., 2012. С. 67.

³² Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 2000. С. 128.

³³ Осетров С.А. Статья: Методы реализации президентской власти в РФ // Конституционное и муниципальное право. 2015, № 1. С. 37.

³⁴ Шапортов Д.А. Место Президента РФ в системе разделения властей // Устойчивое развитие науки и образования. 2018. № 7. С. 130.

темой для научных дискуссий³⁵.

В условиях построения демократического государства велико значение законодательного и представительного органа государственной власти- Федерального Собрания РФ. «Вне парламента в современном мире демократическая организация власти немислима»³⁶. Сегодня, можно говорить лишь о первых шагах в становлении парламентаризма в России. «Отсутствие парламентских традиций, отчуждение граждан от власти в условиях семидесятилетнего господства Коммунистической партии СССР привели к серьезным системным проблемам на пути формирования парламентской демократии на постсоветском пространстве ...»³⁷.

Конституционная модель взаимодействия федеральных органов государственной власти может свидетельствовать об определенном перекосе государственных полномочий в пользу главы государства. «Маятник качнулся в другую сторону: возможности воздействия Президента на палаты Федерального Собрания, а также на законодательные органы власти субъектов РФ стали такими большими, что можно говорить о его главенствующем положении по отношению к представительным органам вообще и конкретно к федеральному парламенту внутри системы разделения властей»³⁸.

Вместе с тем, конституционное развитие механизма осуществления публичной власти в России свидетельствует о медленном развитии элементов парламентаризма в стране. Федеральное Собрание Российской Федерации, наряду с осуществлением законодательной власти и контрольных функций за федеральным бюджетом, участвует в формировании других органов государственной власти (Центральный Банк России, Счетная палата Российской Федерации, Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации) и выполняет функции парламентского контроля в государстве.

Парламентский контроль способствует осуществлению контрольных полномочий парламента страны за деятельность органов исполнительной власти. Механизм его осуществления регламентирован ФЗ «О парламентском контроле»³⁹. Основополагающими его формами являются: рассмотрение

³⁵ Чиркин В.Е. Президент и исполнительная власть в системе разделения властей: реалии современной России // История становления и современное состояние исполнительной власти в России. М.: Новая правовая культура, 2003. С. 114; Шейнис В.Л. Тернистый путь Российской Конституции // Государство и право. 1997. № 12. С. 62-73.

³⁶ Эбзеев Б.С. Конституционное право России. М., 2019. С. 591.

³⁷ Габдуалиев М.Т. Политический статус парламента как отражение практики избирательного процесса в России и Казахстане: конституционные проблемы институционализации воли народа // Конституционное развитие России: межвузовский сборник научных статей. Саратов. 2013. Вып. 13. С. 69.

³⁸ Авакьян С.А. Конституционное право России. М., 2010. С. 433.

³⁹ Федеральный закон от 07.05.2013 г. № 77-ФЗ (с изм.) «О парламентском контроле» // СЗ РФ. 2013. № 19, ст. 2304.

Государственной Думой вопроса о доверии Правительству РФ; проведение мероприятий по осуществлению контроля в сфере бюджетных правоотношений; заслушивание ежегодных отчетов Правительства РФ; рассмотрение отчетов Центрального банка РФ; направление парламентских запросов; назначение Председателя Счетной палаты РФ; заслушивание докладов Генерального прокурора РФ; проведение парламентских слушаний; проведение парламентских расследований.

Правительство Российской Федерации, являясь органом исполнительной власти страны, органом общей компетенции также участвует в осуществлении системы сдержек и противовесов. Во взаимоотношениях с Федеральным Собранием Российской Федерации, Правительство России: обладает правом законодательной инициативы; разрабатывает проект федерального бюджета; члены Правительства РФ вправе присутствовать и выступать на заседаниях палат Федерального Собрания. В свою очередь Государственная Дума Федерального Собрания Российской Федерации по отношению к Правительству Российской Федерации: дает согласие на назначение Председателя Правительства; вправе выразить недоверие Правительству, а Председатель Правительства вправе поставить перед Думой вопрос о доверии Правительству. В целом Федеральное Собрание Российской Федерации вправе контролировать деятельность Правительства России по вопросам исполнения бюджета.

Правительство России по отношению к другим органам государственной власти страны обладает обширными полномочиями «Правительство располагает чрезвычайно большими возможностями воздействия на все другие государственно-властные структуры, в том числе и на парламент»⁴⁰. Именно Правительство Российской «...определяет перспективу осуществления мероприятий во всех сферах жизнедеятельности общества и государства»⁴¹.

В Российской Федерации действуют федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов Российской Федерации, составляющие судебную систему Российской Федерации⁴². К федеральным судам относятся: Конституционный Суд Российской Федерации; Верховный Суд Российской Федерации; кассационные суды общей юрисдикции, апелляционные суды общей юрисдикции, верховные суды республик, краевые, областные суды, суды городов федерального значения, суды автономной области и автономных округов, районные суды, военные и специализированные суды, составляющие

⁴⁰ Керимов А.Д. Исполнительная власть в системе разделения властей // Гражданин и право. 2001. № 9. С. 26–29

⁴¹ Бобылев А.И., Горшкова Н.Г., Ивакин В.И. Исполнительная власть в России: теория и практика ее осуществления. М., 2003. С. 32.

⁴² Федеральный конституционный закон от 31.12.1996 № 1-ФКЗ (с изм.) «О судебной системе Российской Федерации» //СЗ РФ. 1997. № 1, ст. 1.

систему федеральных судов общей юрисдикции; арбитражные суды округов, арбитражные апелляционные суды, арбитражные суды субъектов Российской Федерации и специализированные арбитражные суды, составляющие систему федеральных арбитражных судов. Как отмечает Витрук Н.В. «В становлении конституционной законности, в формировании элементов правовой государственности в России огромную роль играет Конституционный Суд РФ. Именно Конституционный Суд России стал хранителем конституционных ценностей в нашей стране»⁴³.

В связи с реализацией судебной реформы в России ее важнейшими задачами стали формирование сильной и независимой судебной власти, обеспечение защиты и неуклонного соблюдения конституционных прав и свобод граждан, создание надежного механизма их реализации. Изучение законодательства и судебной практики свидетельствуют о том, что указанные преобразования идут медленно и характеризуются противоречивыми тенденциями. Проблемными остаются вопросы разграничения компетенции внутри самой судебной системы, в частности, между районными судами и мировыми судьями; определения правового статуса специализированных судов; совершенствования структуры и процессуального механизма функционирования традиционных для России действующих судов общей юрисдикции; законодательного признания судебного прецедента в качестве источника права и др.

На уровне субъектов Российской Федерации государственную власть реализуют образуемые ими органы государственной власти. В соответствии со статьей 77 Конституции России система органов государственной власти субъектов России устанавливается субъектами самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя РФ и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом. В систему органов государственной власти субъектов российской Федерации входят: законодательный (представительный) орган; высший исполнительный орган; и иные органы государственной власти субъекта Федерации, которые образуются в соответствии с конституцией (уставом) данного субъекта. Кроме того, устанавливается должность высшего должностного лица субъекта Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ). Носителями судебной власти в субъектах Федерации выступают конституционные (уставные суды) субъектов РФ и мировые судьи.

Вместе с тем, актуальным остается вопрос о совершенствовании правовых основ организации власти в субъектах федерации, в том числе, в части реализации контрольных функций. Разнообразие форм парламентского контроля, который осуществляют парламенты субъектов Федерации, свидетельствует о

⁴³ Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.): Очерк теории и практики. М., 2001. С.32.

необходимости четкого их закрепления в Федеральном законе от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Также нуждаются в правовой формализации на федеральном уровне такие виды контрольной деятельности высшего должностного лица как право приостанавливать или отменять действие актов высшего исполнительного органа власти субъекта РФ в случае противоречия их Конституции Российской Федерации, федеральным конституционным законам, федеральным законам, актам Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации, конституции (уставу), законам субъекта РФ и актам главы субъекта РФ, право отрешать главу муниципального образования от должности, в случае и порядке, установленных федеральным законом и законом субъекта РФ.

Особенностью российской конституционной модели осуществления публичной власти в стране является выделение такого «канала ее осуществления, как органы местного самоуправления ...»⁴⁴. Местное самоуправление, как самостоятельный уровень осуществления публичной власти в России, выведен из системы органов государственной власти. Это форма осуществления народовластия в стране. Органы местного самоуправления – это «органы местных самоуправляющихся территориальных сообществ, которыми они формируются и перед которыми они несут ответственность за ненадлежащее осуществление своих полномочий»⁴⁵. В соответствии со статьей 12 Конституции в России гарантируется осуществление местного самоуправления. Конституционно-правовая основа осуществления местного самоуправления свидетельствует о его организационной обособленности и самостоятельности в реализации своих полномочий. Вместе с тем, местное самоуправление оказывается встроенным в общий механизм решения общегосударственных задач и функций, в том числе посредством участия в реализации федерального законодательства и программ развития государства.

2.1. Принципы организации и функционирования системы власти в России

Федеративные отношения проявляются как в структуре, так и в организации деятельности органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления. По мнению ученых, в вопросах организации власти ключевая роль принадлежит принципам законности, разделения властей, гласности, равенства⁴⁶.

⁴⁴ Кабышев В.Т. С Конституцией по жизни. М., 2013. С. 82.

⁴⁵ Кутафин О.Е., Фадеев В.И. Муниципальное право Российской Федерации. М., 2010. С. 141.

⁴⁶ См.: Широкобоков С.А. Механизм демократических правоотношений человека и государства // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 2. С. 6; Станкин А.Н. Верховенство федерального закона в Российской Федерации: конституционные

В целом соглашаясь с выделенными принципами, отметим, что современная система власти в России основана на общих и специальных принципах. К общим принципам относятся: законность (ст. ст. 1, 15 Конституции РФ), демократизм (ст. 3 Конституции РФ), единство (ст. 5 Конституции РФ), разделение властей (ст. 10), разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ (ст. ст. 5, 71,72 Конституции РФ), самостоятельность, ответственность, гласность.

Принцип гласности, открытости - один из ключевых в деятельности органов законодательной, исполнительной и судебной власти, например, ст. 3 Федерального закона от 7 мая 2013 г. № 77-ФЗ «О парламентском контроле»⁴⁷, ст. 28, 37 Регламента Государственной Думы Федерального Собрания РФ⁴⁸ ст. 3 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации»⁴⁹, ст. 9 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ (с изм.) «О судебной системе Российской Федерации»⁵⁰), ст.31 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (с изм.)”О Конституционном Суде Российской Федерации”⁵¹, ст. 10 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации” от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (с изм.)⁵², ст. 32 Федерального закона от 22 февраля 2014 г. № 20-ФЗ (с изм.) “О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации”⁵³ и др.

Помимо общих принципов публичной власти применительно к каждому уровню функционирования публичной власти необходимо выделять систему специальных принципов. Так, в основу деятельности международного уровня деятельности публичной власти положен принцип суверенитета и его защиты. Применительно к деятельности органов государственной власти субъекта Российской Федерации лежат принципы: государственной

вопросы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 7; Блажич Н.И. Модели разделения властей в правовом государстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 5; Никифоров А.В. Конституционно-правовой механизм осуществления федеральной государственной власти на территории Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

⁴⁷ Собрание законодательства РФ.2013. № 19, ст. 2304; 2017. № 14, ст. 2006.

⁴⁸ Постановление Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22 января 1998 г. № 2134-П ГД (с изм.) «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1998. № 7, ст. 801.

⁴⁹ СЗ РФ.1997. № 51, ст. 5712.

⁵⁰ СЗ РФ.1997. № 1, ст. 1.

⁵¹ СЗ РФ.1994. № 13, ст. 1447.

⁵² СЗ РФ. 2002. № 46, ст. 4532.

⁵³ СЗ РФ. 2014. № 8, ст. 740.

и территориальной целостности Российской Федерации; распространение суверенитета Российской Федерации на всю ее территорию; верховенства Конституции Российской Федерации и федеральных законов на всей территории Российской Федерации; разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации; самостоятельного осуществления органами государственной власти субъектов Российской Федерации принадлежащих им полномочий. В основе деятельности органов публичной власти на уровне местного самоуправления выделяют принципы: организационной обособленности (органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти); самостоятельности в осуществлении вопросов местного значения.

2.2 Роль Конституционного Суда РФ

Значительную роль в процессе построения конституционной системы власти, обеспечения баланса властей, внедрения принципа их разделения и развития доктрины «живой Конституции» сыграл Конституционный Суд РФ.

В ряде своих решений Конституционный Суд сформулировал правовые позиции, которые касаются вопросов принципов демократии, разделения властей, вопросов модернизации власти. Так, например, В Постановлении от 9 июля 2002 года по делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 18 и статьи 30.1 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», статьи 108 Конституции Республики Татарстан, статьи 67 Конституции (Основного Закона) Республики Саха (Якутия) и части 3 статьи 3 Закона Республики Саха (Якутия) «О выборах

Президента Республики Саха (Якутия)»⁵⁴ Конституционный Суд РФ отметил ведущий характер демократических институтов и процедур в ходе осуществления государственной политики Российской Федерации. Согласно статье 1 (ч.1) Конституции РФ Российская Федерация – демократическое правовое государство с республиканской формой правления. Этим предопределяются принципы организации органов государственной власти, сама их организация, порядок формирования и функционирования, а также характер их взаимодействия в единой системе государственной власти.

Согласно правовым позициям Конституционного Суда РФ⁵⁵ принцип

⁵⁴ СЗ РФ. 2002. №28, ст. 2909.

⁵⁵ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края» // СЗ РФ. 1996. № 4, ст. 409; Постановление Конституционного Суда РФ от 29 мая 1998 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности части 4 статьи 28 Закона Республики Коми «О государственной службе Республики Коми»// СЗ РФ. 1998. № 23, ст. 2626.

разделения властей предполагает установление такой системы правовых гарантий, сдержек и противовесов, которая исключает возможность концентрации власти у одной из них, обеспечивает самостоятельное функционирование всех ветвей власти и одновременно – их взаимодействие, обеспечивает взаимный баланс ветвей власти, исключает возможности какой-либо из них подчинить себе другие ветви. В Постановлении от 24 января 1997 г.⁵⁶ был сформулирован вывод о том, что принцип единства органов государственной власти не допускает непосредственного вмешательства вышестоящего органа власти в компетенцию нижестоящего, но позволяет вышестоящему устанавливать правила, обязательные для нижестоящих органов государственной власти. При этом указанное единство обеспечивается единством правового пространства Российской Федерации с элементами самостоятельности субъектов Федерации, выражающимся в принятии ими собственных нормативных правовых актов.

Конституционный Суд РФ также пришел к выводу, что Российская Федерация на каждом конкретном этапе развития своей государственности самостоятельно корректирует установленный ею государственно-правовой механизм⁵⁷. Право государства в лице законодателя определять определенный механизм власти вытекает из суверенитета как имманентного свойства присущего государству. Главное, на что обратил внимание Конституционный Суд, при выборе организационно-правового механизма необходимо обеспечить достижение таких фундаментальных целей, как утверждение прав и свобод человека, незыблемости демократической основы России, возрождение ее суверенной государственности и сохранение исторически сложившегося государственного единства. По смыслу положений действующей Конституции Российской Федерации и международных правовых актов, являющихся составной частью правовой системы Российской Федерации, федеральный законодатель вправе избирать наиболее эффективные и соразмерные конституционным целям механизмы организации государственной власти, и их взаимодействия. Подобная трактовка определяет легитимные условия не только осуществления конституционных новаций, но и реформирования системы законодательства.

⁵⁶ См.: СЗ РФ. 1997. № 5, ст. 708.

⁵⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2000 года N 10-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации”; Постановление Конституционного Суда РФ от 21.12.2005 N 13-П “По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона “Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации” в связи с жалобами ряда граждан”) // СЗ РФ. 2000. №25. ст. 2728; 2006. №3, ст. 336.

Конституционная реформа 2020 года и основные направления совершенствования системы власти в России.

2.3 Конституционная реформа 2020 г. в России характеризуется следующими направлениями:

1. Закрепляются дополнительные меры, направленные на защиту суверенитета и территориальной целостности России (дополнение ст. 67 ч. 2²). Государственный суверенитет, государственная, территориальная целостность это важнейшие принципы российского федерализма и конституционного строя. Они положены не только в основу содержания норм и институтов, посвященных российскому федерализму, на них базируются фундаментальные основы построения и функционирования всей системы власти российского государства. Целям охраны государственного суверенитета служат положения ч. 3 ст. 77, ч.5 ст. 78, ч.2 ст. 81, ч.1 ст. 97, ч.3 ст. 110, ст. 119 поправок к Конституции и др., направленные на закрепление на конституционном уровне обязательных требований к должностным лицам, полномочия которых непосредственно связаны с обеспечением безопасности страны и суверенитета государства, ограничений, связанных с наличием гражданства иностранного государства либо вида на жительство или иного документа, подтверждающего право на постоянное проживание гражданина Российской Федерации на территории иностранного государства.
2. Поправками предусмотрены меры, направленные на повышение эффективности взаимодействия между представительной и исполнительной ветвями власти, усиления роли Государственной Думы и парламентских партий, а также повышение ответственности членов Правительства Российской Федерации. Кандидатуры на должность Председателя Правительства Российской Федерации, его заместителей назначаются Президентом Российской Федерации после их утверждения Государственной Думой. Усиливается роль Совета Федерации - назначение руководителей федеральных органов исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Президент Российской Федерации, а также прокуроров субъектов Российской Федерации предлагается осуществлять после консультаций с верхней палатой Российского парламента.
3. Ряд норм касается конституционного статуса Президента РФ и конкретизации его роли в системе разделения властей. Поправками вносятся изменения в требования к кандидатам на должность Президента РФ (может быть избран гражданин Российской Федерации не моложе 35 лет, постоянно проживающий в Российской Федерации не менее 25 лет, не имеющий и не имевший ранее гражданства иностранного государства

либо вида на жительство или иного документа, подтверждающего право на постоянное проживание гражданина Российской Федерации на территории иностранного государства). Одно и то же лицо не может занимать должность Президента Российской Федерации более двух сроков. Отмечается, что будучи главой государства, он осуществляет общее руководство деятельностью Правительства РФ.

4. Происходит развитие институциональной составляющей российского Федерализма. Поправками, в частности, устанавливается, что помимо двух представителей от каждого субъекта Российской Федерации: по одному от законодательного (представительного) и исполнительного органов государственной власти, в состав Совета Федерации входят: Президент Российской Федерации, прекративший исполнение своих полномочий в связи с истечением срока его пребывания в должности или досрочно в случае его отставки (пожизненно), не более 30 представителей Российской Федерации, назначаемых Президентом Российской Федерации, из которых не более семи могут быть назначены пожизненно. Представителями Российской Федерации в Совете Федерации, осуществляющими полномочия сенаторов Российской Федерации пожизненно, могут быть назначены граждане, имеющие выдающиеся заслуги перед страной в сфере государственной и общественной деятельности. Кроме этой категории сенаторов, остальные представители Российской Федерации в Совете Федерации, назначаются сроком на шесть лет.

Поправки предлагают повышение статуса Государственного Совета, повышают роль губернаторов в выработке и принятии решений на федеральном уровне. Появление этого органа в 2000 году было связано с необходимостью учета интересов субъектов Федерации при определении основных направлений государственной политики, построения прочных взаимоотношений Российской Федерации и субъектов РФ, укрепления основ российского федерализма. В Положении о Государственном Совете четко не сформулированы права и полномочия этого органа власти, обозначены только задачи. Эти недостатки будут устранены в результате закрепления в Конституции России соответствующего статуса и роли Государственного совета. Ст. 83 будет дополнен пунктом о Государственном Совете. Президент формирует Государственный Совет Российской Федерации в целях обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти, определения основных направлений внутренней и внешней политики Российской Федерации и приоритетных направлений социально-экономического развития государства; статус Государственного Совета Российской Федерации определяется федеральным законом.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, доктринальное толкование действующей Конституции Российской Федерации и международных правовых актов исходит из того, что федеральный законодатель вправе избирать наиболее эффективные и соразмерные конституционным целям механизмы организации государственной власти в Российской Федерации и формы взаимодействия между соответствующими органами. По прежнему актуальной проблемой для российской системы публичной власти остается поиск баланса между законодательной и исполнительной ветвями власти. Баланс - это равновесие, которое достигается только с помощью компромисса и договоренности, и направленно на поддержку устойчивости системы. Устойчивость системы необходима для обеспечения незыблемости таких основ российской государственности, как демократия, суверенитет, государственная целостность, федерализм.

Усиление роли представительной власти, прежде всего, нижней палаты парламента в государстве будет способствовать последовательной реализации принципа разделения властей и других основ конституционного строя, дальнейшему внедрению системы «сдержек и противовесов», повышению эффективности государственного управления в обеспечения соответствия объективных закономерностей общественного развития интересам и потребностям большинства граждан страны.

БИБЛИОГРАФИЯ

Books

1. Авакьян С.А. Конституционное право России: в 2 т. М.: Юрист, 2010. Т.1. – 719 с.
2. Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М.: Сашко, 2000. 528 с.
3. Бобылев А.И., Горшкова Н.Г., Ивакин В.И. Исполнительная власть в России: теория и практика ее осуществления. М.: Издат. дом “Право и государство”, 2003. 304 с.
4. Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991-2001 гг.): Очерк теории и практики. М.: Городец, 2001. 508 с.
5. Гоббс Т. Избранные произведения в 2-х томах. Т.2. М.: Мысль, 1991. 735 с.
6. Григорян Л.А. Советы – органы власти и народного самоуправления. М.: Политиздат, 1965. 204 с.
7. Кабышев В.Т. С Конституцией по жизни. М.: Формула права, 2013. 320 с.
8. Керимов А.Д. Исполнительная власть в системе разделения властей // Гражданин и право. 2001. № 9. С. 26-29.
9. Ким А.И. Государственная власть и народное представительство в СССР.

- Томск: Издательство Томского университета, 1975. 216 с.
10. Кутафин О.Е. Глава государства. М. : Проспект, 2012. 560 с.
 11. Кутафин О.Е., Фадеев В.И. Муниципальное право Российской Федерации. М. : Велби, 2010. 672 с.
 12. Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2004. 832 с.
 13. Эбзеев Б.С. Конституционное право России. М.: Проспект, 2019. 768 с.
 14. Югов А.А. Правовые основы публичной власти в Российской Федерации: Монография. Екатеринбург: Издательство УрГЮА, 1999. 121 с.

Journals

1. Блажич Н.И. Модели разделения властей в правовом государстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. 24 с.
2. Блинов А.Б. Полномочия Президента Российской Федерации // Труды института государства и права российской академии наук. М.: Ин-т гос. и права РАН. 2010. № 6. С. 73-82.
3. Васильев А.Г. К вопросу о роли президента и истории // Комсомольская правда. 1991. 23 марта.
4. Васильева Н. Ю. Институт президентства в системе публичной власти Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук, Москва, 2012. 178 с.
5. Габдуалиев М.Т. Политический статус парламента как отражение практики избирательного процесса в России и Казахстане: конституционные проблемы институционализации воли народа // Конституционное развитие России: межвузовский сборник научных статей. Саратов. 2013. Вып. 13. С. 69-74.
6. Кабышев В.Т. Конституционная система власти в современной России // Вестник СГАП. Саратов. 1998. № 3. С. 3-11.
7. Карасев А. Т. Депутат в системе представительной власти : конституционно-правовое исследование : автореф. дис ... доктора юридических наук, Екатеринбург, 2009. 55 с.
8. Кочев В. А. Система государственной власти в Российской Федерации (Основные публично-правовые параметры) : дис. ... д-ра юрид. наук, Пермь, 2002. 366 с.
9. Лихолетова С.В. Федеративное устройство России: взаимодействие органов государственной власти Российской Федерации и ее субъектов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, Челябинск, 2004.
10. Марченко М.Н. Политико-правовой статус института президента (исторический аспект) // Вестник МГУ. Серия II Право. 1992. № 2. С. 3-12.
11. Нарутто С.В. Федерализм и единство государственно-правовой системы России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2002.
12. Никифоров А.В. Конституционно-правовой механизм осуществления

- федеральной государственной власти на территории Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.
13. Осетров С.А. Статья: Методы реализации президентской власти в РФ // Конституционное и муниципальное право. 2015, № 1. С. 37-40.
 14. Рачинский В. В. Публичная власть как общеправовая категория (Теоретико-прикладной аспект) : Дис. ... канд. юрид. наук , Уфа, 2003. 195 с.
 15. Селютина Е.Н. Взаимодействие органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления: правовой и политический аспекты: дис. ... канд. юрид. наук. – Орел, 2003.
 16. Семенова Т.Н. Государство и государственная власть в классово-антагонистическом обществе // Философские науки. 1978. №6. С. 14-15.
 17. Станкин А.Н. Верховенство федерального закона в Российской Федерации: конституционные вопросы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007.
 18. Чиркин В.Е. Президент и исполнительная власть в системе разделения властей: реалии современной России // История становления и современное состояние исполнительной власти в России. М.: Новая правовая культура, 2003. С. 114-127.
 19. Чиркин В.Е. Публичная власть в современном обществе //Журнал российского права. 2009. № 7. С. 3-13.
 20. Чиркин В.Е. Система государственного и муниципального управления. М.: Норма, 2008 . 448 с.
 21. Шапортов Д.А. Место Президента РФ в системе разделения властей // Устойчивое развитие науки и образования. 2018. № 7. С. 128-130.
 22. Шейнис В.Л. Тернистый путь Российской Конституции // Государство и право. 1997. № 12. С.62-73.
 23. Широкобоков С.А. Механизм демократических правоотношений человека и государства // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 2. С.5-8.
 24. Шхагапсоев З.Л. Президент России в системе разделения власти РФ: место и роль // Общество и право. 2007. № 2(16). С. 24-30.

ПРАВНА ПРИРОДА НА ПРАВОТО НА НУЖЕН ДЕЛ, СПЕЦИФИЧНОСТИ

Ристо Илиоски

Доктор на правни науки

Адреса: Ужичка Република бр. 22, Кичево

Е-mail: ristoi@yahoo.com.

Апстракт

Нужниот дел може да се набљудува од повеќе аспекти. Така нужниот дел може да се дефинира од аспект на оставината, што претставува нужниот дел за оставителот и што претставува нужниот дел од аспект на нужните наследници. Правната теорија ни дава соодветни одговори. Меѓутоа кога станува збор за правната природа на правото на нужен дел во теоријата и практиката зависно од тоа кои факти и причини се земаат за одлучувачки се појавиле три концепти и тоа: правото на нужен дел сфатено како наследно право, правото на нужен дел сфатено како облигационо право и правото на нужен дел сфатено како право на обезбедување на издршка. Цела на овој труд е најпрво во неопходна мера да се проучи самиот поим на правотот на нужен дел, а потоа да се изврши научна обработка на правната природа на правото на нужен дел, низ различните концепции, при што од моја страна заземам став за тоа која коинцепција треба да е присутна во нашето позитивно наследно право.

Клучни зборови: нужен дел, оставител., правна природа, наследно право

LEGAL NATURE ON THE RIGHT TO COMPULSORY PORTION, SPECIFICS

Risto Ilioski

Doctor of Law

Address: Uzicka Republika no. 22, Kicevo

Email: ristoi@yahoo.com.

Abstract:

The compulsory portion can be observed from several aspects. Thus, the compulsory portion can be defined from the aspect of the legacy, which is the compulsory portion for the deceased and which is the compulsory portion from the aspect of the compulsory heirs. Legal theory gives us appropriate answers. However, when it comes to the legal nature of the right to a compulsory portion in theory and practice, depending on which facts and reasons are taken for decisiveness, three concepts have emerged: the right on a compulsory portion understood as the hereditary right, the right on a compulsory portion understood as an obligatory right and the right to a compulsory portion understood as a right to provide support. The goal of this paper is first to the extent necessary to study the very notion on right on compulsory portion,

and then to carry out scientific elaboration of the legal nature of the right to a compulsory portion, through different conceptions, and on my side I take a position on which conception should be present in our positive inheritance law.

Keywords: *compulsory portion, deceased, legal nature, inheritance law*

1. Вовед

Во трудот најпрвин вршime поимно определување на нужниот дел, од повеќе аспекти, и тоа од аспект на оставината, од аспект на оставителот и од аспект на нужните наследници. Потоа своето внимание на интерес го насочуваме кон правната природа на правото на нужен дел. Така вршime научна обработка на правото на нужен дел сфатено како наследно право, потоа правото на нужен дел сфатено како облигационо право и на крај правото на нужен дел сфатено како право на обезбедување на издршка. Во трудот заземам свој став за тоа кој од овие гледишта за правото на нужен дел сметам дека е најадекватен за да биде присутен во нашето наследно право. Во трудот освен Законот за наследувањето од 1996 година¹, ги проучуваме и поранешните наследно правни прописи и тоа: сојузниот Закон за наследувањето од 1955² година и поранешниот прв републички Закон за наследувањето од 1973 година³. Понатаму во трудот освен историската димензија, предмет на интерес е и компаративното согледување. Така во неопходна мера се согледуваат и законските решенија присутни во наследно – правните законодавства во Србија, Хрватска и Црна Гора.

2. Поимно определување на правото на нужен дел

Нужниот дел може да се согледува низ повеќе аспекти. Ако го согледуваме нужниот дел од аспект на оставината истиот претставува еден дел од оставината каде се применува законски определен начин на наследување, додека ако го согледуваме нужниот дел од аспект на оставителот, истиот претставува дел од оставината со која оставителот по сопствена волја нема можност да располага во случај на негова смрт. Нужниот дел посматран од аспект на оставителот повеќе одговара на оној начин на определување содржан во Законот за наследувањето од 1973 година и во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Имено, овие законски текстови разликуваа нужен дел и расположлив дел. Во член 31, став 1 од Законот за наследувањето од 1955 година е пропишано дека: „Нужните наследници имаат право на дел од оставината со кој оставителот не може да располага и кој се вика нужен дел“, додека во став 3 од истиот член е пропишано дека: „Со остатокот од оставината завештателот може да располага според својата волја и тој дел од оставината се вика расположлив дел.“ Идентични

¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

² „Службен лист на ФНРЈ“ бр. 20/55 и „Службен лист на СФРЈ“ бр. 12/65 и 42/65 – пречистен текст.

³ „Службен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78.

одредби содржеше и поранешниот прв македонски Закон за наследувањето од 1973 година (чл.29, ст.1 и ст. 3). Од опишаото може да се заклучи дека овие наследно – правни прописи разликуваа, нужен дел и расположлив дел, односно постоел еден дел од оставината каде завештателот не можел да располага (нужен дел) и останатиот дел од оставината каде оставителот можел да располага (расположлив дел). Ако конкретно граматички ги толкуваме погоре наведените одредби, доаѓаме до заклучок дека оставителот не може да располага со целата оставина. Но имајќи ги предвид во овој контекст и останатите одредби од наведените наследно – правни прописи доаѓаме до заклучок дека сепак оставителот може да располага со сите ствари и права што му припаѓаат. Така оставителот може да располага со целата оставина, при што евентуалната повреда на нужниот дел би се репавала *post factum*, со поведување на парница. Со цел да се избегнат овие непријатности, веќе во Законот за наследување од 1996 година се избегнува употребата на ваквата терминологија на расположлив и нужен дел од оставината. Постигнувајќи всушност со ова и поголема правна сигурност. Ако го согледуваме нужниот дел и од третиот аспект и тоа од аспект на нужните наследници, нужниот дел претставува право на одреден круг на законски наследници на дел од оставината кој се вика нужен дел, во случај кога оставителот располагал со неговата оставина. Во нашето позитивно наследно право, согласно Законот за наследување од 1996 година, особено внимание се посветува на нужните наследници. Така во член 31, став 1 се пропишува дека: „Нужните наследници имаат право на дел од оставината кој се вика нужен дел и кој им припаѓа во случај кога оставителот располагал со оставината.“ Имено, не постои квота од оставината, кој всушност претставува нужен дел, туку постои само индивидуален нужен дел, кој се одредува според делот што на секој наследник би му припаднал според законскиот ред на наследување и кој се пресметува според определени околности утврдени во моментот на отворање на наследството.

Во српскиот Закон за наследување од 1995 година⁴ во член 40, став 1 се пропишува дека: „На нужните наследници им припаѓа дел од оставината со кој оставителот не може да располага и кој се вика нужен дел.“ Во Законот за наследување на Хрватска од 2003 година⁵ во член 70, став 1, се пропишува дека: „Правото на нужен дел е наследно право, а делот кој им припаѓа поединечно на нужните наследници се вика нужен дел.“ Што се однесува до Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година⁶ во член 28, став 1 се пропишува дека: „Нужните наследници имаат право на дел од оставината со кој оставителот не

⁴ Текстот е достапен на следнава интернет страница: https://www.paragraf.rs/propisi_download/zakon_o_nasledjivanju.pdf.

⁵ Текстот е достапен на следнава интернет страница: <https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.

⁶ Текстот е достапен на следнава интернет страница: https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info_doc/837.pdf.

може да располага (нужен дел)“, додека во ставот 3 од истиот член се регулира дека: „Со остатокот на оставината може завештателот да располага по своја волја (расположлив дел).“

3. Правна природа на правото на нужен дел

Се поставувало, а и ден денес сеуште се поставува прашањето за правната природа на правото на нужен дел. Зависно од фактите и причините кои се земаат за одлучувачки при определувањето на правната природа на правото на нужен дел се јавиле следниве концепти и тоа:

- Правото на нужен дел сфатено како наследно право
- Правото на нужен дел сфатено како облигационо право и
- Правото на нужен дел како право за обезбедување на издршка

3.1 Правото на нужен дел сфатено како наследно право

Правото на нужен дел сфатено по својата правна природа како наследно право е најстаро сфаќање кое сеуште доминира, односно преовладува и во современите законодавства. Правото на нужен дел по својата правна природа како наследно право води потекло уште во римското право. Прифатено е во голем број на држави во Европа и Јужна Америка. Во теоријата стои дека: „Концепцијата според која нужното наследување по својата правна природа е наследно право, е најдолго присутна во теоријата на наследното право.“⁷ Овој концепт за правото на нужен дел како наследно право е прифатен денес во нашето позитивно наследно право согласно Законот за наследувањето од 1996 година, а беше застапен и во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година и првиот републички и македонски Закон за наследувањето од 1973 година.

Имено, насловот пред членот 32 од Законот за наследувањето од 1996 година е именуван како „Нужниот дел како наследно право“ Овој член 32 пропишува дека: „На нужниот наследник му припаѓа определен дел од секој предмет и од правата што ја сочинуваат оставината, но завештателот може да определи нужниот наследник да го прими својот дел и во определени предмети, права или во пари.“ Во оваа симисла беа и решенијата застапени во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 30) и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 32).

Кога станува збор за правото на нужен дел истото е лично право и како такво се гаси со смртта на нужниот наследник. Неговите наследници по неговата смрт не можат да го остварат тоа право.⁸ Не треба да се толкува дека

⁷ Спировиќ – Трпеновска, Љ., *Наследно право*, 2ри Август, Скопје 2009, стр.125.

⁸ Имено во член 44 став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година стои дека: „Намалување на располагањата со тестамент и враќање на подароците сторени во последните 90 дена од животот на оставителот можат да бараат само нужните наследници“, додека во наредниот став 2 стои дека: „Со смртта на нужниот наследник кој не побарал нужен дел до завршувањето на расправата на оставината, правото од став 1 на овој член не преминува на неговите наследници, но потомок на нужниот наследник кој и самиот би бил нужен наследник доколку неговиот предок умрел

правото на нужен дел е наследливо, односно преносливо право. Во судската практика стои дека: „Потомокот на нужниот наследник не може да го оствари правото на нужен дел спрема оставителот, бидејќи тоа право, како негово лично право е ненаследливо.“⁹ Како строго лично право врзано за нужниот наследник ваквото барање за негово име и за негова сметка не е можно да го поднесат било доверителите на нужниот наследник, било доверителите на оставителот.

Како што може да се види од претходно цитираната одредба, некои теоретичари, ја спорат правната природа на нужниот дел како наследно право. Приговарањето е пред се на вториот дел од одредбата каде се наведува дека: „... но завештателот може да определи нужниот наследник да го прими својот дел и во определени предмети, права или во пари.“

Сметам дека доколку од страна на завештателот е така определено во тој случај не се менува наследно – правната положба на нужниот наследник, туку се врши само определување на начинот на намирување на нужниот дел и тоа од наследување во натура, во наследување во определена ствар, право или пари.

Така, завештателот може да го определи начинот на намирување на нужниот дел. Имено иако нужниот наследник има право на наследување на реален дел од оставината, на завештателот му е оставена можноста со наредба на својата волја, да определи нужниот дел, нужниот наследник да го прими во определени ствари (пр. автомобил, куќа, стан и др.), права (пр. права од хартии од вредност итн.) и пари. Во таков случај нужниот наследник треба да ја почитува волјата на завештателот, односно да се покори на неговата волја и нужниот дел, конкретниот нужен наследник да го прими во обем и вид како што определил завештателот. Нужниот наследник не може да го одбие примето на така определениот начин на намирување на нужниот дел од страна на завештателот и да бара да биде намирен во натура, во реален дел од оставината, како да немало располагање со тестамент. Ова сметам дека е оправдано, секако имајќи ги предвид принципите на денешново општество, како што се приватна сопственост, слобода на пазарот и итн.

При едно вакво намирување, основано се поставува прашањето што доколку предметот, правата или парите што биле завештени, односно оставени не се доволни за намирување на нужниот дел на нужниот наследник. Тогаш она што му е оставено е должен да го прими, но затоа има и едно друго право. Имено во овој случај нужниот наследник има право да бара дополнување на нужниот дел, во аликвотен дел или пак во пари, зависно од толкувањето на тестаментот или која е всушност волјата на завештателот. Во судската практика стои дека: „Ако на нужниот наследник со тестамент му е одреден наследен дел во пари,

пред оставителот, може да го оствари за себе правото на нужен дел, што во таков случај би му припаднал.“

⁹ (Одлука на Врховниот суд на Србија, Гж. Бр. 3094/62 од 09.11.1962, 3б. VII/3), цитирано според Мицковиќ, Д.; Ристов, А., *Наследно право*, Стоби Трејд – Кочани, Скопје 2016 година, стр. 154.

тогаш тој може да бара надополнување на својот дел само во пари.¹⁰ Впрочем, штом интенцијата на завештателот била да нужниот наследник го прими својот нужен дел во пари, не постои причина да надополнувањето се бара во нешто друго. Така во теоријата стои дека: „Ако на нужниот наследник со тестамент, како наследен дел му е оставен определен паричен износ, надополнувањето до полниот износ на нужниот наследен дел, таквиот наследник може да го бара само во пари.“¹¹ Понатаму во науката се забележува дека: „Меѓутоа, ако оставениот паричен износ е многу мал, тогаш надополнувањето може да се бара и во соодветен дел од оставината.“¹²

Аргумент во полза на нужното наследување како наследно право, се неопходните услови што треба да ги исполнат нужните наследници за да *in concreto* станат наследници. Нужните наследници добиваат положба како и останатите наследници по закон или тестамент. Тие се универзални првоприемници на оставината.(сукцесори). Нужните наследници треба да се способни и достојни за наследување. Во науката стои дека: „Нужните наследници, исто така, треба да ги исполнуваат сите лични квалитети што се бараат за законските и тестаменталните наследници.“¹³

Понатаму нужниот наследник се разбира дека треба да го надживее оставителот, додека што се однесува на законската претпоставка на зачетокот како законски наследник идентична примена има кај институцијата нужно наследување. Така нужен наследник може да биде зачатото, а сеуште неродено дете.

Што се однесува до одговорноста на нужниот наследник, како универзален сукцесор, одговара за сите обврски на оставителот, а секако имајќи го предвид неговиот нужен дел. Како и секој друг наследник има право на делба на наследството како и да учествува во утврдувањето, користењето и располагањето со конкретното наследство.

Нужните наследници го остваруваат своето право со наследничка изјава која мора да биде дадена за време на оставинската постапка или во конкретна парница кога оставинската постапка изостанала не се водела или пак оставинската постапка е завршена. Имено самото давање на наследничка изјава, со која нужниот наследник бара нужен дел, во тој случај таквиот наследник својството на наследник го стекнува уште со денот на отворање на наследството. Имено, во постапката за расправање на оставината се одлучува за

¹⁰ (Одлука на Врховен суд на Војводина Гж.бр.634/55 од 17.01.1956, 36. I/56, БР. 106), цитирано според Мицковиќ, Д.; Ристов, А., *Наследно право*, Стоби Трејд – Кочани, Скопје 2016 година, стр. 153.

¹¹ Чавдар, К., *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена*, Агенција “Академик“ – Скопје, Скопје, 1996, стр. 76.

¹² *Ibidem*.

¹³ Хаџи Василев – Вардарски, М., *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983 година, стр.153.

правото на нужен дел, но сепак доколку настане спор, учесниците се упатуваат да поведат конкретна парница.¹⁴

Во хрватското наследно право, согласно Законот за наследување на Хрватска од 2003 година во член 70, став 1 стои дека: „Правото на нужен дел е наследно право, а делот кој им припаѓа поединечно на нужните наследници се вика нужен дел“, додека во ставот 4 од погоре именуваниот член се пропишува дека: „Завештателот може со тестамент да одреди и нужниот наследник да го прими својот дел во одредени ствари, права или во пари. Во овој закон во член 70, став 5 е наведено дека: „Нужниот наследник на секој начин има право на име на својот нужен дел да добие онолкува вредност колку на него отпаѓа кога пресметковната вредност на оставината ќе се подели со големината на неговото нужно наследно право (вредноста на нужен дел). Што се однесува до Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година, се пропишува наследно – правно решение кое е во смисла на решението содржано во поранешниот сојузен Закон за наследување од 1955 година. Имено, во Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година насловот пред член 29 гласи: „Правото на нужен дел е наследно право“. Додека во истиот тој член 29, стои дека: На нужниот наследник му припаѓа определен дел од секоја ствар и од правата што ја сочинуваат оставината, но завештателот може да определи нужниот наследник да го прими својот дел и во определени ствари, права или во пари.“

3.2 Правото на нужен дел сфатено како облигационо право

Покрај правото на нужен дел сфатено како наследно право, постои и друга концепција, каде правото на нужен дел се сфаќа како облигационо право. Имено, иако претходната концепција е доминантна во науката и практиката сепак и ова сфаќање за правото на нужен дел како облигационо право има голем број на поддржувачи, односно приврзаници. Во теоријата стои дека: „По друго сфаќање, правото на нужен дел е еден облигационен однос кој настанува во корист на определени лица и тој се состои во правото на тие лица на добивање имотна (парична) вредност на товар на вредноста на оставината.“¹⁵ Така согласно оваа концепција, конкретно правото на нужен дел се јавува како право на парично побарување, како право да се бара исплата во пари она што претставува нужен дел кој се разбира е определен со Закон. Ова сфаќање, односно теорија е прифатена во средновековното пруско право, што значи води потекло од Германија. Исто така е прифатена и во Австрија Швајцарија, како и во современото Германско право.

¹⁴ Види член 170, став 5, а во врска со член 175 и член 176 од Законот за вонпарнична постапка (Службен весник на Република Македонија број 9/08).

¹⁵ Blagoević, T. B. *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, šesto izdanje, »Savremena administracija«, izdavačko, štamparsko-knjižarska radna organizacija, Beograd, 1982, str.210.

Се поставува прашањето што е причината за појавата на ваква концепција во однос на правната природа на нужниот дел? Одговорот секако зависи од местото каде настанала ваквата концепција и зависи од општествено – економските односи и политичката моќ во Германија во тоа време. Така оваа концепција настанува како резултат на потребата да се зачуваат големите земјоделски посејди кои било во голема мера застапени во Германија, а со тоа да се сочува економската и политичката моќ на големите поседнички семејства. Во теоријата стои дека: „Овој концепт е прифатен во поголем број на држави (Германија, Австрија, Швајцарија, Србија и други) со цел да се зачува целината и големината на имотот (земјоделско земјиште, фарми, компании) за да се зачува економската моќ, како и да се превенира пропаѓањето на семејниот бизнис.“¹⁶ Во оваа насока нужниот наследник согласно оваа концепција не се појавува како универзален сукцесор, нужниот наследник има само право на парично побарување на неговиот нужен дел во пари. Тој нема наследно – правна положба на наследник, туку право да го бара својот дел во пари. Во теоријата стои дека: „Како резултат на овој концепт, нужниот наследник не се појавува како универзален сукцесор, туку само како *доверител* - овластено лице кое има право на побарување, односно да бара одреден дел од оставината во пари.“¹⁷

Имајќи ја во предвид оваа концепција за нужниот дел сфатен како облигационо право, како право да се бара нужниот дел во пари, кога ова би го довеле со еден дел од законската одредба од членот 32 од Законот за наследувањето од 1996 година, а тоа дека „...завештателот може да определи нужниот наследник да го прими својот дел и во определни предмети, права или во пари,“ е причина за постоењето на сомневање кај одреден дел кај правните теоретичари за правната природа, за што сметаме дека тоа не е оправдано.

Оваа концепција на некој начин ја прифаќа, српското наследно право, согласно Законот за наследување од 1995 година, при што во оваа насока говори член 43. Така, во член 43, став 1 стои дека: „На нужниот наследник му припаѓа парична противредност на нужниот дел (облигационо право).“ Сепак на оставителот е оставена можноста да ја промени природата на нужниот дел. Од друга страна и нужните наследници на нивно барање, судот може да одлучи да им припадне одреден дел од стварите и правата. Така во наредниот став 2 од член 43 од српскиот Закон за наследување се пропишува дека: „На барање на нужните наследници, судот може да одлучи на нив да им припадне одреден дел од стварите и правата кои ја сочинуваат оставината (стварно право).“ Додека во став 3 стои дека: „Одредбите од претходните ставови важат само ако оставителот во тестаментот не ја одреди природата на нужниот дел.“

¹⁶ Мицковиќ Д.; Ристов А., *op. cit.*, стр. 154.

¹⁷ *Ibidem.*

3.3 Правото на нужен дел како право за обезбедување на издршка

Иако во определени држави не е позната институцијата нужно наследување, а со тоа и нужниот дел, не го познаваат ограничувањето на слободата на тестирањето, сепак, и во овие држави некои лица кои се од кругот на законските наследници имаат право на издршка од оставината. Имено се работи за случај кога завештателот неограничено ќе располага со својот имот за случај на смрт без да им остави на тие определени законски наследници дел од оставината. Овој концепт е спроведен во земјите на англосаксонското право, Велика Британија САД, Мексико и др.

Имено, според ова сфаќање, обврската што ја има оставителот за издржување на неговиот брачен другар, децата, односно на најблиските роднини, продолжува и по смртта на оставителот. Имено со смртта на оставителот не престанува неговата обврска за издржување. Таа продолжува по неговата смрт. Оваа теорија тргнува од претпоставката да оставителот продолжи со издржување на брачниот другар и неговите роднини и по неговата смрт, бидејќи тоа лице – оставителот ги издржувал и за време на животот. Така ако некое лице издржувал определени лица, со смртта негова не престанува издржувањето или со други зборови не престанува таквата одговорност. И по смртта продолжува тоа издржување сега од оставината. Така во државите каде доаѓа до полн израз ова сфаќање на брачниот другар на оставителот и на определени блиски роднини им се признава правото да бараат редуција или поништување на тестаментот, доколку немаат средства или немаат средства за сопствена издршка.

Заклучок

Кога станува збор за нужниот дел, истиот може да се согледува од повеќе аспекти. Така во трудот извршивме дефинирање на нужниот дел од аспект на оставината, од аспект на оставителот и од аспект на нужните наследници. Нужниот дел дефиниран од аспект на оставителот повеќе одговара на начинот на кој се вршеше определување во Законот за наследувањето од 1973 година и во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Додека со Законот за наследувањето од 1996 година, особено внимание се посветува на нужните наследници, а тоа е всушност и третиот аспект на согледување на нужниот дел и тоа од аспект на нужните наследници.

Што се однесува до правната природа на нужниот дел, зависно од фактите и причините што се земаат за одлучувачки се јавиле следните концепти и тоа: правото на нужен дел сфатено како наследно право, правото на нужен дел сфатено како облигационо право и правото на нужен дел како право за обезбедување на издршка.

Правото на нужен дел сфатено по правната природа како наследно право е најстаро гледиште кое сеуште е доминантно во современите законодавства, а свое потекло води уште во римското право. Имено овој концепт беше

прифатен уште со сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година, како и во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година, а денес е присутен и во Законот за наследувањето од 1996 година

Имено, согласно Законот за наследувањето од 1996 година, на нужниот наследник му припаѓа одреден дел од секој предмет и од правата што ја сочинуваат оставината, но завештателот има можност да определи нужниот наследник да го прими својот дел и во одредени предмети, права или во пари. Што се однесува до правото на нужен дел согласно оваа концепција истото е лично право кое се гаси со смртта на нужниот наследник.

Согласно концепцијата за правото на нужен дел сфатено како облигационо право, според оваа концепција правото на нужен дел се јавува како право на парично побарување, како право да се бара исплата на нужниот дел во пари, кој е определен согласно законот.

Согласно третата концепција, правото на нужен дел како право на обезбедување на издршка, имено според ова гледиште обврската што ја има оставителот за издржување на неговиот брачен другар, децата, односно на најблиските роднини, продолжува и по смртта на оставителот. Така, со смртта на оставителот не престанува неговата обврска за издржување, туку таа продолжува по неговата смрт. Така издржувањето на определени лица за време на животот од страна на оставителот, продолжува и по неговата смрт. Имено, во државите каде доаѓа до полн израз оваа концепција, на брачниот другар и на определени блиски роднини им се признава правото да бараат редуција или поништување на самиот тестамент, доколку немаат средства или немаат средства за сопствена издршка.

Лично сметам дека е потребно, да остане сегашниот концепт присутен во Законот за наследување од 1996 година, определувајќи ја правната природа на правото на нужен дел како наследно право. Така, на нужниот наследник му припаѓа одреден дел од секој предмет и од правата што ја сочинуваат оставината, но завештателот има можност да одреди нужниот наследник да го прими својот дел и во одредени предмети, права или во пари. Дури и кога од страна на завештателот е така одредено да го прими својот дел и во одредени предмети, права или во пари, не се менува наследно – правната положба на конкретниот нужен наследник, туку се врши само одредување на начинот на намиравање на нужниот дел и тоа од наследување во натура, во наследување во определена ствар, право или пари.

Користена литература

1. Blagoević, T. B., *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, šesto izdanje, »Savremena administracija«, izdavačko, štamparsko-knjižarska radna organizacija, Beograd, 1982.
2. Мицковиќ, Д.; Ристов, А., *Наследно право*, Стоби Трејд – Кочани, Скопје

- 2016 година.
3. Marković, S., *Nasledno pravo*, Novinsko-izdavačka ustanova, Službeni list SFRJ, OOUR, »Knjige«, Beograd, 1981,
 4. Спировиќ – Трпеновска, Љ.; Мицковиќ, Д.; Ристов, А., *Наследувањето во Европа*, Културна установа Блесок, Скопје, 2011.
 5. Спировиќ – Трпеновска, Љ.; Мицковиќ, Д.; Ристов, А., *Наследно право во Република Македонија*, Културна установа Блесок, Скопје, 2010.
 6. Спировиќ – Трпеновска, Љ., *Наследно право*, 2ри Август, Скопје 2009.
 7. Хаџи Василев – Вардарски, М., *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983.
 8. Чавдар, К., *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена*, Агенција “Академик“ – Скопје, Скопје, 1996.
 9. Zbirka propisa, Priručnik Porodično – pravnih propisa – sa najnovijom važećom sudskom praksom Vrhovnog suda Jugoslavije I republičkih vrhovnih sudova, »Prosveta«, Beograd, 1969.
 10. Закон за наследувањето од 1996 година (Службен весник на Република Македонија бр. 47/96).
 11. Закон за наследувањето од 1973 година (Службен весник на СРМ бр. 35/73 и 27/78).
 12. Закон за наследувањето од 1955 година (Службен лист на ФНРЈ бр. 20/55 и Службен лист на СФРЈ бр. 12/65 и 42/65 – пречистен текст).
 13. Закон за наследување на Србија од 1995 година. https://www.paragraf.rs/propisi/download/zakon_o_nasledjivanju.pdf.
 14. Закон за наследување на Хрватска од 2003 година. <https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.
 15. Закон за наследување на Црна Гора од 2008 година. https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info_doc/837.pdf.
 16. Законот за вонпарнична постапка (Службен весник на Република Македонија број 9/08).

ЧЛЕНОТ 50 ОД ДОГОВОРОТ ЗА ЕВРОПСКАТА УНИЈА VIS-À-VIS СУДОТ НА ПРАВДАТА НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА

Ивица Јосифовиќ

Вонреден професор

Правен факултет, Универзитет Гоце Делчев – Штип

Е-маил: ivica.josifovik@ugd.edu.mk

Игор Камбовски

Редовен професор

Правен факултет, Универзитет Гоце Делчев – Штип

Е-маил: igor.kambovski@ugd.edu.mk

Апстракт

Врз основа на резултатите од референдумот во јуни 2016 година за прашањето за повлекување на Велика Британија од ЕУ, на 29 март 2017 година Велика Британија го активираше членот 50 од Договорот за ЕУ (ДЕУ), со што започна двогодишниот процес во кои ЕУ и Велика Британија ги утврдија условите за повлекување на Велика Британија од Унијата. На 14 ноември 2018 година, како резултат на преговорите, бил одобрен договор меѓу државите-членки на ЕУ и Велика Британија за повлекување на Велика Британија од ЕУ, но процесот што требаше да заврши на 29 март 2019 година беше преместен за 31 октомври 2019 година, поради неуспех во неговата ратификација во парламентот на Велика Британија. Велика Британија конечно ја напушти ЕУ на 31 јануари 2020 година.

Во меѓувреме и истовремено со преговорите и постапката за повлекување, во позадина се водела друга постапка и таа е клучна за овој труд. Трудот ја образложува прелиминарната постапка за одлучување согласно член 267 од Договорот за функционирање на Европската унија (ДФЕУ) во случајот Вајтман и можноста за отповикување на нотификацијата за истапување од ЕУ според член 50 од ДЕУ. Затоа, покрај фактите од случајот што ја предизвикале прелиминарната постапка за одлучување пред Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ), трудот го образложува значењето на прашањето упатено до Судот, за кое Генералниот адвокат го дал своето мислење и Судот доставил пресуда.

Клучни зборови: Вајтман, Суд на правдата, член 50, пресуда

**ARTICLE 50 OF THE TREATY ON EUROPEAN UNION VIS-À-VIS THE
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION****Ivica Josifovic, PhD**

Associate Professor

Faculty of Law, University of Goce Delcev – Stip

E-mail: ivica.josifovik@ugd.edu.mk

Igor Kambovski, PhD

Full Professor

Faculty of Law, University of Goce Delcev – Stip

E-mail: igor.kambovski@ugd.edu.mk

Abstract

Based on the results of the June 2016 referendum on the issue of UK withdrawal from the EU, on March 29, 2017, the UK activated Article 50 of the Treaty on European Union (TEU), thus beginning the two-year process in which the EU and the UK laid down the conditions for UK to withdraw from the Union. On November 14, 2018, as a result of the negotiations, an agreement was approved between the EU member-states and the United Kingdom for the withdrawal of the UK from the EU, but the process that was to end on March 29, 2019, was moved to October 31, 2019, due to the failure of its ratification in the UK Parliament. The UK finally left the EU on 31 January 2020.

In the meantime and simultaneously with the negotiations and the withdrawal procedure, another procedure was conducted in the background and it is crucial for this paper. The paper explains the preliminary ruling procedure under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in the *Wightman* case and the possibility of revoking the notification of withdrawal from the EU under Article 50 of the TEU. Therefore, in addition to the facts of the case which triggered the preliminary ruling procedure before the Court of Justice of the European Union (CJEU), the paper explains the significance of the question referred to the Court, on which the Advocate General gave his opinion and the Court delivered its judgment.

Keywords: *Wightman, Court of Justice, Article 50, judgment*

1. Вовед**Член 50¹**

1. Секоја држава-членка може да одлучи да се повлече од Унијата, во согласност со нејзините уставни барања.
2. Држава-членка што ќе одлучи да се повлече од Унијата го известува Европскиот совет за својата намера. Во врска со насоките обезбедени од Европскиот совет, Унијата преговара и склучува договор со таа држава-членка, одредувајќи ги деталите за нејзиното повлекување, имајќи ја предвид рамката за нејзините идни односи со Унијата. За договорот се

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

переговара во согласност со член 218(3) од Договорот за функционирањето на Европската унија. Советот го склучува договорот во име на Унијата, постапувајќи со квалификувано мнозинство, по добивање на согласност од Европскиот парламент.

3. Договорите за односната држава престануваат да важат од датумот на влегување во сила на договорот за повлекување, или доколку нема таков датум, две години по известувањето споменато во став 2, освен ако Европскиот совет, во согласност со засегнатата земја-членка, не одлучи едногласно да го продолжи овој период.
4. За целите на ставовите 2 и 3, членот на Европскиот совет или на Советот, кој ја претставува земјата-членка што се повлекува, не учествува ниту во дискусиите ниту во одлуките на Европскиот совет или на Советот, кои се однесуваат на таа земја. Квалификуваното мнозинство се дефинира во согласност со член 238(3) (а) од Договорот за функционирањето на Европската унија.
5. Ако земја што се повлекла од Унијата сака повторно да пристапи, нејзиното барање е предмет на процедурата спомената во член 49.

Случајот е покренат од повеќе членови на Парламентот на Шкотска на чело со Анди Вајтман кои кон крајот на 2017 година, во постапка во која е вклучен и Парламентот на Обединетото кралство, презедоа дејствија со цел да добијат одговор од Шкотскиот суд на едно едноставно, но многу суштинско прашање: Дали држава-членка на ЕУ може еднострано да го повлече известувањето за напуштање на ЕУ според членот 50? Во поднесокот, подносителите аргументираа дека Брезит не е еднонасочен и дека оние кои гласаа за останување во ЕУ не мора да се согласат со аргументите на Владата на ОК и ЕУ дека мора да има „договор или нема договор“. Наместо тоа, според нив постои и трета можност: глас на народот кој вклучува опција за останување во ЕУ.

Со цел Шкотскиот суд да се произнесе по правното прашање, Судот треба да испрати барање за претходно одлучување до СПЕУ согласно членот 267 од ДФЕУ откако членот 50 од ДЕУ е одредба на Правото на ЕУ и по дефиниција само СПЕУ може да донесе обврзувачко толкување на Правото на ЕУ за целата ЕУ. Без да се навлегува во условите според кои СПЕУ дејсува во постапката по претходно одлучување, поради природата на прашањето и одлуките на националните судови, вредно е да се напомене дека СПЕУ низ годините воспостави сопствени услови според кои постепено ја напушти практиката на автоматско постапување по упатувањата на националните судови, одредувајќи сопствена надлежност за претходно одлучување. Во таа насока, СПЕУ започна со утврдување на својата улога според член 267 од ДФЕУ како орган кој му помага на националниот суд, а не како советодавен орган по секое прашање од Правото на ЕУ. Вообичаената формула во која се групирани условите на во постапувањето на Судот во овој поглед, вели дека СПЕУ нема да одлучува по

прашање во постапка по претходно одлучување кога: а) прашњето очигледно не е поврзано со фактите и одлуката која треба да се донесе; б) прашањето се однесува на хипотетичко прашање; и/или в) кога на Судот не му е обезбеден доволен фактички и правен материјал со цел корисно да одговори.

Поради тоа, Шкотскиот суд, во февруари 2018 година, одлучувајќи по прашањето поднесено до него за повлекување на известувањето од членот 50 утврдил дека е чисто хипотетичко, дека не претставува правно прашање подобно за судско утврдување и без разумна можност за успех, па оттаму апликацијата на подносителите била одбиена, откако било утврдено и дека Парламентот на ОК немал желба да отстапи од Брежит.²

Сепак, подносителите се жалеле на одлуката на понискиот суд за упатување на прашањето до СПЕУ. Со оглед на уставното значење на поставеното прашање, судиите ја прифатија жалбата и го вратија предметот на повторно разгледување, притоа констатирајќи дека пресудата на понискиот суд е доста комплицирана, нејасна и збунувачка; дека предметот не спаѓа во оние прашања кои се утврдени како хипотетички и за кои СПЕУ не би имал можност да постапува, имајќи во предвид дека Владата на ОК можела да биде запрашана да го отповика известувањето за членот 50 од ДЕУ на барање на Парламентот на ОК.

По неколку дополнителни поднесоци во јуни 2018 година, понискиот суд одлучил идентично, поради хипотетичката природа на тврдењето, а со тоа е отфрлена и можноста да се достави барање за претходно одлучување до СПЕУ.³ За време на одлучувањето, актот за повлекување од ЕУ се уште бил во подготовка преку Парламентот на ОК и оттаму не бил утврдено конечен датум за истапувањето од ЕУ.⁴ Наместо тоа, датумот за истапување од ЕУ е поставен само како прашање на Правото на ЕУ според условите од членот 50, став 3 од ДЕУ, односно денот на стапување во сила на Договорот за истапување или две години по известувањето според членот 50.

Како што е познато, СПЕУ не разгледува хипотетички прашања поднесени од националните судови кои се однесуваат на Правото на ЕУ. Постапката за претходно одлучување е соработка меѓу националните судови и СПЕУ, со цел да им помогне на националните судови да одлучат во случаи во кои толкувањето на Правото на ЕУ е суштинско за решавање на случајот пред националниот суд. По разгледувањето на прашањето, понискиот суд утврди дека се работи за хипотетичко прашање кое не треба да се одговори со цел да се донесе пресуда.

² Case P1293/17, Petition of Andrew Wightman and Others for Judicial review on the issue of the unilateral revocability of Article 50 of the Treaty on European Union, Opinion of Lord Doherty, CSOH 8, 2018.

³ [Case P1293/17](#), Andrew Wightman and Others for Judicial Review against Secretary of State for Exiting the European Union, Opinion of Lord Boyd of Duncansby, CSOH 61, 2018.

⁴ European Union Withdrawal Act, UK Public General Acts c.16, 2018.

Подносителите, во нивниот случај, исто така, приговараа на позицијата на министрите на ОК дека членот 50 не може еднострано да се повлече. Судиите отфрлија детална дискусија за правната соодветност на позицијата на министрите на ОК за отповикувањето на членот 50 на основ дека ако тоа се стори ќе биде спротивно на Парламентарната привилегија и спротивно на членот 9 од Актот за правата.

Подносителите потоа веднаш се жалеа до повисокиот суд каде нивното тврдење е успешно прифатено. Пресудата на Повисокиот суд во корист на подносителите е донесена на 21 септември 2018 година по повеќе основи.⁵ Прво, отфрлено е тврдењето на Владата на ОК дека судското преиспитување е некомпетентно бидејќи барањето било непрактично. Второ, се смета дека прашањето е оправдано токму поради постоењето на контроверзност во однос на парламентарниот процес. Трето, Судот, исто така, утврдил дека случајот не е хипотетички откако при првата пресуда и пресудата по жалба, делови од Актот за повлекување од ЕУ стапиле во сила.

Како и да е, Вајтман и останатите тврдеа дека рокот до 29 март, потоа 31 октомври 2019 година и конечно 31 јануари 2020 година, не мора нужно да упатува на „договор или нема договор“, односно дека постои алтернатива според која граѓаните на ОК може да гласаат за условите на спогодбата, вклучително и опција за останување во ЕУ. Ваквата опција добива уште повеќе на значење по непримената на рокот за автоматскиот излез на ОК кој заврши на 29 март или да се добие согласност од државите-членки за продолжување на периодот од членот 50 од ДЕУ или, пак, еднострано да се повлече известувањето од членот 50 од ДЕУ.

Во барањето, шкотските судии го одобрија текстот на прашањето кое испратено до СПЕУ во постапката за претходно одлучување, изгледало вака: „Кога, во согласност со член 50 од ДЕУ, држава-членка го известила Европскиот совет за намерата да се повлече од Европската унија, дали легислативата на ЕУ дозволува тоа известување да биде еднострано повлечено од страна на државата-членка која известува; и, доколку е така, подлежи на какви услови и со каков ефект во однос на државата-членка што останува во рамките на ЕУ?“

Со оглед на тоа дека времето било суштинско за случајот, Шкотскиот суд експресно побара употреба на забрзана постапка според членот 105 од Деловникот на СПЕУ.⁶ Судот го прими упатувањето на 3 октомври 2018 година и поради сериозноста на случајот и забрзаната постапка започна со првото сослушување на 27 ноември 2018 година. Владата на ОК формално

⁵ Case P1293/17, *Andy Wightman and Others against Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] opinion of Lord Carloway, CSIH 62, 2018.

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

се спротивстави на ова барање за претходно одлучување по неколку основи. Прво, Владата на ОК издаде политички документ дека прашањето е се уште хипотетичко и дека СПЕУ ја пречекорил својата судска улога.⁷ Сепак, јас не се согласувам со таквото тврдење. Како хоризонтален судски процес за соработка меѓу националните судови и СПЕУ, националниот суд е тој кој треба да ја утврди соодветноста од испраќањето на прашање од Правото на ЕУ до СПЕУ за негово решавање. Како такво, субјективна е задачата за судиите кои го разгледуваат случајот да проценат дали има потреба од упатување до СПЕУ со цел да им се овозможи да донесат одлука. Второ, ако тоа е случај, тогаш одговорот од СПЕУ не е само советодавно, туку обврзувачко и националните судии не може да дадат свое или спротивно толкување.

Вториот пристап на Владата на ОК кон преземањето исклучоци кон ова упатување од Шкотскиот суд е да се оспори процесот на барање помош од СПЕУ. Генералниот Адвокат за Шкотска тврдел дека соодветниот курс за ова прашање требало да биде уште една жалба до Врховниот суд на ОК за пресудување, а не испраќање на случајот до СПЕУ. Повисокиот суд на 8 ноември 2018 година, и покрај доставените документи со цел да се откаже упатувањето до СПЕУ, ја отфрли можноста за упатување на случајот до Врховниот суд.⁸ Ова само го покажува лошото правно разбирање на принципите на Правото на ЕУ. Тоа е добро воспоставена доктрина според кое постапката за претходно одлучување од членот 267 од ДФЕУ не е жалбен механизам и националните судови се слободни да поднесат барање до СПЕУ, слободни од било какво мешање од повисоките национални судови. Врховните судови на државите-членки се секако слободни да издадат насоки за пониските судови кога упатувањата треба да бидат испратени до СПЕУ, а и самиот СПЕУ издава насоки за тоа како да се упатат прашања од Правото на ЕУ, иако овие насоки не може да ја ограничат широката дискреција која националните судови ја имаат при носењето на нивните одлуки за соодветноста на упатувањето според членот 267 од ДФЕУ.⁹

2. Мислењето на Генералниот адвокат

Пред да се разгледа пресудата на СПЕУ во случајот Вајтман околу едностраното отповикување на известувањето за истапување од ЕУ согласно членот 50, доста корисно е мислењето на Генералниот адвокат Кампос Санчез Бордона кое, иако необврзувачко, судиите внимателно го разгледуваат и вреди

⁷ Department for Exiting the European Union, *Wightman and Others v Secretary of State for Exiting the European Union*, Policy Paper, 6 November 2018.

⁸ Case P1293/17, Statement of Reasons delivered by Lord Carloway in the reclaiming motion by Andy Wightman and Others against Secretary of State for Exiting the European Union, 2018.

⁹ Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, 2016, OJ L 439/01.

да се дискутира по прашањата кои ги покренува.¹⁰

На почеток, мислењето на ГА го отфрла тврдењето на Владата на ОК дека случајот е хипотетички, бидејќи Владата не одлучила да го повлече известувањето за членот 50 и за такво нешто нема намера. Понатаму, мислењето се согласува со подносителите дека известувањето е во принцип еднострано отповикливо, потенцирајќи дека членот 50 не содржи ништо за отповикување и притоа упатува на три можни резултати: да нема отповикување, безусловно отповикување или отповикување со услови. Мислењето прашањето за еднострано отповикување го разгледува прво од аспект на меѓународното јавно право, а дури потоа согласно формулацијата на членот 50.

Што се однесува до меѓународното право, мислењето не дава конкретен одговор дали едностраното отповикување на известувањето за истапување од меѓународен договор е прашање на обичајното меѓународно право, иако тоа е утврдено во Виенската конвенција за договорно право (ВКДП).¹¹ Причината за таквата несигурност е дали ВКДП може да се применува за истапување од ЕУ во кое владеат начелата на супрематија и директна примена, за да заклучи дека не може да се применува, со оглед на тоа што самата ЕУ и некои од нејзините држави-членки не се страни на Конвенцијата. Сепак, аргументира дека ВКДП може да биде корисна при толкувањето на членот 50.

Што се однесува до толкувањето на членот 50, буквална интерпретација не го решава прашањето, откако членот 50 не упатува на еднострано повлекување на известувањето за истапување. Оттаму, ГА пристапи кон испитување на контекстот на членот 50. Започнува со национална фаза „исклучиво“ за државата која истапува, кога одлучува за својата намера на истапување, „само условно“ следејќи ги „уставните барања на таа држава“. Логична последица е едностраното овластување за повлекување на таквата одлука како „изразување на суверенитетот на таа држава“. Така, едностраните овластувања продолжуваат во „процес на преговори, кој започнува со известување за намерата од истапување до Европскиот совет и завршува две години подоцна, освен доколку нема продолжување на едногласната одлука на Советот“. Општо, како и „другите области на правото, во отсуство на јасна забрана или правило кое предвидува поинаку, оној кој еднострано издал декларација за својата намера упатена до другата страна, може да ја повлече декларацијата се до моментот во кој, според примачот, преземеното во форма на акт или склучување на договор, произведува дејствија“.¹²

¹⁰ Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union*, Opinion of AG Bordona, ECLI:EU:C 2018:978, 2018.

¹¹ Vienna Convention on the law of treaties, No. 18232, 1969

¹² Case 621/18, Opinion of AG Bordona ..., op. cit., ставови 91-98.

Следно, мислењето забележува дека членот 50, став 2 од ДЕУ се однесува на известувањето за „намера“ од истапување, „не за самото истапување“, кое се случува по двегодишниот период или по склучување на спогодбата за истапување согласно ставот 3. Според ГА, „намерата не е конечна и може да се измени“; известувањето за таквата намера до трета страна „може да создаде очекувања кај таа страна, но не претпоставува обврска за неотповоливо одржување на таквата намера“. Интересно, ГА, исто така, упатува и на две можни сценарија. Прво, упатува на можноста одлуката за повлекување „да се поништи, доколку телото што има надлежност (обично тоа се највисоките судови на секоја држава) потврди дека таквата одлука не е донесена во согласност со уставните потреби“. Второ, по дејствијата „преземени во согласност со нејзините уставни потреби (на пример, втор референдум, гласање во Парламентот или одржување на општи избори кои создаваат спротивно мнозинство)“, почетната одлука може да биде „обратна и судските и уставни основи на кои се потпираа последователно исчезнуваат“, за што „државата може и мора за таквата промена да го извести Европскиот совет“. Според овие околности, од една страна, инсистирањето на напуштањето на држава-членка би било „резултат спротивен на здравиот разум“, а од друга страна, прифаќањето на поништувањето ќе ја „почитува“ улогата на националниот парламент како дел од националниот идентитет на државата-членка. Можноста од аплицирање за повторно приклучување не е во контрадикторност со ваквото толкување, бидејќи би било нелогично да се потроши периодот од членот 50 за преговори за идно членство. И како што потенцираше СПЕУ, држава-членка останува држава-членка за време на периодот на членот 50 од ДЕУ.¹³

Во насока на аргументот за еднострано отповикување, ГА е на ставот дека тоа ќе ги зајакне одредбите во Договорите „за поблиска унија“, „националните идентитети“ на државите-членки, како и правата на граѓаните на ЕУ, а дека сето тоа е дел и од историската позадина на нацрт-членот 50 го поддржува истиот резултат. Како и да е, ГА упатува на постоење на одредени услови. Прво, мора да постои формално известување за отповикувањето, согласно известувањето за истапување. Второ, националните уставни потреби мора да бидат почитувани. Иако, прифаќа дека „ова е прашање кое треба да биде определено од секоја држава-членка“, тој аргументира дека во ОК, условот за овластувањето на парламентот да истапи логично треба да се совпадне со парламентарното одобрување за повлекување на известувањето. Трето, нема да има потреба од оправдување на одлуката за повлекување.¹⁴

ГА посвети внимание и на временското ограничување од членот 50 од ДЕУ, како и ограничувањето од членот 4, став 3 во однос на „принципите на добра верба и искрена соработка“. Според временското ограничување од членот 50

¹³ Ibid, ставови 99-114.

¹⁴ Ibid, paragraphs 129-145.

од ДЕУ, повлекувањето „е можно само во рамки на двегодишниот период за преговори кој почнува кога за намерата за повлекување е известен Европскиот совет“ и „откако спогодбата за повлекување ќе биде формално вклучена, што имплицира спогодба на двете страни“; повлекувањето потоа повеќе нема да биде можно. Во однос на „принципите на добра верба и искрена соработка“ во членот 4, став 3 од ДЕУ, институциите на ЕУ беа загрижени дека држава-членка „може да ја повлече својата нотификација и да ги запре преговорите ако тие не се во нејзина корист“ и „повторно да ја поднесе нотификацијата за намерата за повлекување, со тоа предизвикувајќи нов двегодишен период“, заобиколувајќи ги временските ограничувања на процесот. Но, ГА ги одби овие аргументи: „можноста дека право може да биде злоупотребено или погрешно применето не е, општо кажано, причина за одбивање на постоењето на тоа право“. Наместо тоа, треба да се најдат средства за спречување на злоупотреба на правото. Воспоставениот принцип на „злоупотреба на правата“ во Правото на ЕУ може да се „применува во контекст на членот 50 на ДЕУ, доколку држава-членка вклучена во навредлива практика на користење на последователни известувања и повлекувања со цел да се подобрат условите за нејзиното повлекување од Европската унија.“¹⁵

Не постои индикација дека секоја злоупотреба е планирана и “секоја злоупотреба може да се јави само кога втора нотификација за намерата за повлекување е поднесена, но не со еднострано повлекување на првото.“ Во ставот на ГА, голем број на „тактички повлекувања“ биле неверојатни во националното правило за „уставни потреби“, откако повлекувањето е одлука усвоена во „согласност со уставните барања“ и поради тоа функционира како „филтер кој дејствува како одвраќач со цел спречување на злоупотребата на процесот на истапување ... преку тактички повлекувања“.¹⁶ На крајот, мислењето прифаќа дека повлекувањето може да се согласи, во случај на барање од државата-членка која истапува и едногласната спогодба во Европскиот совет.

Што може накратко да се наведе за мислењето на ГА пред да се помине на суштината на шресудата. Најпрво, мислењето убедливо тврди дека случајот не е хипотетички. Со право се повикува на судската пракса според која упатувањата на националните судови се сметаат за релевантни; таквата претпоставка може само да се побие во ограничени случаи. Кај СПЕУ постоел силен аргумент да се одговори на праѓањето поднесено од пратениците, инаку можноста за одржување на нов референдум во случај едностраното повлекување да не било можно и натаму би било отворено прашање. Основниот аргумент за еднострано повлекување е двоен и истовремено еднаков: прво, во однос на важноста на зборот „намера“ и второ нагласокот на суверената моќ на донесување на одлуки од државите-членки. Што се однесува до заштитните мерки против

¹⁵ Ibid, ставови 147-153.

¹⁶ Ibid, ставови 155-156.

злоупотребата, иако е најмалку убедувачки дека националните уставни потреби нема секогаш да работат како филтер, би било подобро да се наведат какви граници – веројатно во форма на одбивање да се разгледа нотификацијата валидно една или две години по претходното известување, или продолжување на процесот од членот 50 каде последниот процес престанал – би биле применливи.

За жал мислењето е нејасно во поглед на временското ограничување, особено што е донесено за време на преговорите меѓу ЕУ и ОК, а особено што ГА не ја земал во предвид можноста од продолжување на рокот (што и се случи со продолжување до 31 октомври 2019 година) и како тоа би влијаело на едностраното повлекување. Дали известувањето би било само можно во рамки на рокот од две години или и за време на продложувањето на рокот? Мислењето е на делови контрадикторно; пресудата на Судот, како што е објаснета подолу не е. Можноста од одлагање на рокот во спгодбата за повлекување, кое не е спомнато, сепак е спомната во пресудата, па во согласност со логиката на мислењето, повлекувањето е можно и за време на продолжувањето на рокот. Повлекувањето со согласност не може едноставно да се вклопи во буквалното значење на членот 50, бидејќи нема процес на одобрување. Понатаму, доколку нема потреба од согласност и процес на одобрување, веројатно е дека секоја држава-членка ќе размислува во насока на еднострано укинување.

Генерално, мислењето на ГА Бордона е поддршка за оние кои заговараат еднострано повлекување, а со самото тоа во корист на подносителите. Без оглед на тоа дали ја менува политичката динамика, малку веројатно е дека може да се спроведе втор референдум кој треба да доведе до поинаков исход и резултат во корист на оние кои се за останување во ЕУ. Во секој случај, еднострано повлекување може да се покаже релевантно во однос на други држави-членки кои некој ден ќе посакаат да ја напуштат ЕУ.

3. Пресудата на СПЕУ

Ако ја погледнеме пресудата, од почеток може да се види дека потврдува дека Велика Британија може еднострано да го отповика известувањето за намерата да се повлече од ЕУ во најопшти услови, со тоа широко следејќи го необврзувачкото мислење на ГА Бордона. Прво, Судот го отфрли аргументот на Велика Британија дека станува збор за хипотетичко прашање и ги поддржува националните судови да упатуваат прашања до СПЕУ за Правото на ЕУ.¹⁷

За основаноста, Судот споменува дека „толкувањето на одредбата од Правото на ЕУ бара да се земат предвид не само текстот и целите што ги следи, туку и неговиот контекст и одредбите на Правото на ЕУ како целина“.¹⁸ Што

¹⁷ Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union*, 2018, ECLI:EU:C:2018:999, став 30.

¹⁸ *Ibid*, paragraph 47.

се однесува до текстот на член 50, Судот забележа дека членот 50 не го опфаќа експлицитно предметот на отповикување, ниту експлицитно забранува, ниту изрично овластува отповикување. Но, Судот, како што посочи ГА во своето мислење, посочува дека член 50 се однесува на известување за „намерата“ за повлекување. „Намерата е, по својата природа, ниту дефинитивна, ниту неотповиклива“. Набљудувајќи дека одлуката за повлекување е еднострана и во согласност со уставните барања на државата-членка, Судот одлучи дека „државата-членка не е обврзана да ја донесе својата одлука во согласност со другите држави-членки или со институциите на ЕУ. Одлуката за повлекување е само за таа држава-членка да ја донесе, во согласност со нејзините уставни барања, и затоа зависи само од нејзиниот суверен избор“.¹⁹

Што се однесува до целите на членот 50, Судот следи две цели: „прво, зацврстувајќи го сувереното право на една држава-членка да се повлече од ЕУ и, второ, воспоставување постапка за да се овозможи таквото повлекување да се одвива на уреден начин“. Како што е наведено од ГА, тоа дополнително го лоцира прашањето за повелкување како прва цел, со што се поврзува повелкувањето со суверената одлука за истапување: „суверената природа на правото на истапување загарантирано во член 50, став 1 од ДЕУ го поддржува заклучокот дека засегнатата држава-членка има право да го отповика известувањето за намерата за повлекување од ЕУ, сè додека не стапи во сила Договорот за истапување меѓу ЕУ и државта-членка или, доколку не постои таков договор, сè додека двегодишниот период утврден во член 50, став 3 од ДЕУ, кој е продолжен на основ на одредбата, не е истечен“.²⁰ Бидејќи периодот на повлекување се продолжи до 31 октомври 2019 година, јасно е дека еднострано право за отповикување на известувањето сè уште постоело.

Друго прашање што се поставува се правилата што се применуваат при еднострано одземање. Бидејќи членот 50 молчи, Судот рече дека за одземање се применуваат исти правила како оние што се применуваат во нотификацијата за повлекување: „може да се одлучи еднострано, во согласност со уставните барања на засегнатата земја-членка“. Судот, исто така, потврди дека одземањето би значело дека Велика Британија го задржува својот статус на земја-членка, бидејќи укинувањето би рефлектирало „суверена одлука на таа земја да го задржи својот статус на земја-членка на Европската унија, статус што е не е суспендиран или изменет со тоа известување“. „Одземањето е фундаментално различно во однос на ова од кое било барање со кое засегнатата земја-членка може да побара од Европскиот совет да го продолжи двегодишниот период, а Судот ја отфрли аналогијата што Комисијата и Советот настојуваат да ја направат помеѓу таа отповикување и такво барање за продолжување.

¹⁹ Ibid, ставови 48-50.

²⁰ Ibid, ставови 56-57

Друго прашање се правилата што се применуваат при еднострано повелкување. Бидејќи членот 50 молчи, Судот рече дека за повлекување се применуваат исти правила како оние што се применуваат во известувањето за истапување: „може да се одлучи еднострано, во согласност со уставните барања на засегнатата држава-членка“. Судот, исто така, потврди дека повелкувањето би значело дека Велика Британија го задржува својот статус на држава-членка, бидејќи повлекувањето би рефлектирало „суверена одлука на таа држава да го задржи својот статус на држава-членка на ЕУ, статус што е не е суспендиран или изменет со тоа известување“ „Повелкувањето е фундаментално различно во однос на ова од кое било барање со кое засегнатата држава-членка може да побара од Европскиот совет да го продолжи двогодишниот период“, а Судот ја отфрли аналогичноста што Комисијата и Советот настојуваат да ја направат помеѓу таа отповикување и таквота барање за продолжување.²¹

Што се однесува до контекстот на членот 50, Судот ги истакна членовите 1 и 2 од ДЕУ за „поблиска унија меѓу народите на Европа“, државјанство на ЕУ и слобода и демократија и дека „ЕУ е составена од држави кои слободно и доброволно се посветија на тие вредности“, а исто така и, „какво било истапување на држава-членка од ЕУ може да има значително влијание врз правата на сите граѓани на Унијата, вклучително, меѓу другото, и нивното право на слободно движење, во однос на државјани на засегнатата држава-членка и државјани на други држави-членки“. Затоа, „со оглед на тоа што една држава не може да биде присилена да пристапи кон ЕУ против својата волја, ниту може да биде принудена да истапи под ЕУ против својата волја“, и тоа би било случај доколку „државата-членка би можела да биде принудена да ја напушти ЕУ и покрај својата желба - како што е изразено преку нејзиниот демократски процес во согласност со нејзините уставни барања - да ја врати својата одлука за истапување и, соодветно на тоа, да остане членка на ЕУ“.²²

Исто така, Судот го разгледувал и потеклото на членот 50 кога различни амандмани биле одбиени „на теренот, изрично изнесени во коментарите за нацртот, дека треба да се обезбеди доброволна и еднострана природа на решението за повлекување“. Покрај тоа, наодите на Судот беа потврдени со ВКДП „која беше земена во предвид“ кога беше изготвена претходната верзија на член 50. Конвенцијата посочува дека „во јасни и безусловни услови дека известувањето за истапување ... може да биде отповикано во кое било време пред да стапи на сила“. Следно, Судот го отфрли аргументот на Советот и Комисијата дека отповикувањето бара едногласно одобрување од ЕК, бидејќи „би се трансформирало едностраното суверено право во условно право подложно на постапка за одобрување“, и „би било некомпатибилно со принципот... дека држава-членка не може да биде присилена да ја напушти ЕУ против својата

²¹ Ibid, ставови 58-61.

²² Ibid, ставови 61-66.

волја“.²³

Конечно, Судот ги презентира условите за отповикување кое може и во иднина да се случи:

- отповикувањето мора да се случи пред влегувањето во сила на Договорот за истапување (или ако не постои таков договор, во период од две години според член 50);
- отповикувањето мора да се достави писмено до Европскиот совет; и
- отповикувањето мора да биде „недвосмислено и безусловно, значи да се каже дека целта на тоа отповикување е да се потврди членството во ЕУ во засегнатата држава-членка“.²⁴

4. Заклучок

Пресудата на СПЕУ, и покрај краткиот период, очекувано не успеа да доведе до промена на одлуката за Брегзит, што доведе до финално напуштање на ЕУ од страна на Велика Британија на 31 јануари 2020 година. Сепак, пресудата има одредени импликации за евентуално идно повикување на членот 50 од друга држави-членки, бидејќи силно поддржува еднострано отповикување на известувањето по најдобри можни услови. Како што потенцирал Судот, членот 50 не упатува на отповикување и не мора нужно да укаже на решавање на предметот, но е во право кога посочува дека постои експлицитно упатување кон намерата за истапување.

Исто така, пресудата обезбеди важни дополнителни информации во врска со процесот од членот 50 од ДЕУ. Судот ги прифати аргументите дека известувањето на намерата за истапување од ЕУ може унилатерално да се отповика без согласност од другите држави-членки на ЕУ. Понатаму, пресудата на Судот за еднострано отповикување на известувањето ја потврдува природата на првата одлука на Велика Британија која не била „одобрена“ или филтрирана од институциите на ЕУ по приемот на известувањето. Паралелата која ја повлекува пресудата меѓу известувањето и отповикувањето сугерира дека не може да се направи преглед од страна на институциите на ЕУ за отповикувањето, бидејќи е потврдено дека ги исполнува минималните услови утврдени од страна на Судот.

Што се однесува до меѓународното право, тоа е спротивно на вообичаената автономија на Правото на ЕУ од меѓународното право за кое Судот се повикува на почетокот на пресудата, но Судот го оправдува бидејќи креаторите на членот 50 ја земаа во предвид ВКДП.

Конечно, за условите на отповикување, писменото известување е едноставно: институциите на ЕУ би можеле да утврдат дали отповикувањето е вистинско, а условот за „недвосмислено и безусловно“ отповикување сугерира дека известувањето мора да потврди дека државата-членка нема намера повторно

²³ Ibid, ставови 68-72.

²⁴ Ibid, paragraphs 73 and 74.

да преговара за членство или да испрати друго известување. Имплицитно, ако отповикувањето е од овие причини, тогаш ќе се појави правно прашање за тоа што може да направи ЕК: може да одбие да го прифати известувањето, при што засегнатата држава-членка ја оспорува одлуката; едноставно да се одлучи да одбие повторно да преговара за членство; или да го прифати новото известување за отповикување, ако се следи веднаш по отповикувањето на првото известување.

Сепак, според мое мислење, пресудата е разочарувачка. Не успеа да обезбеди значителни услови во врска со круцијалното прашање во врска со отповикување на известувањето од членот 50 од ДЕУ. Но, во ваква состојба Судот не споменува за состојбата наведена според мислењето на ГА дека отповикувањето мора да биде со добра волја и искрена соработка, што е многу тешко да се примени во пракса. Ова е корисна информација, затоа што доколку државата-членка се премисли во врска со истапувањето од ЕУ, ја смени својата одлука за повлекување во согласност со нејзините уставни услови и даде писмено известување до ЕК за таквата одлука пред истекот на рокот или подоцна во случај истиот да биде продолжен со договор меѓу засегнатата држава-членка и другите држави-членки на ЕУ, тогаш може да се остане во ЕУ под непроменети услови.

Исто така, Судот, за разлика од ГА, не го споменува домашниот процес што доведе до отповикување, одземање, наведувајќи само дека треба да биде во согласност со уставните барања на државата-членка. Свкупно, пресудата кажува дека процесот на истапување може да се смени доколку државата-членка тоа го посакува и не е сигурно дали за отповикувањето би бил потребен нов референдум според Правото на ЕУ. Пресудата на Судот три пати упатува на одлуката за отповикување преку „демократски процес“, но во суштинскиот дел на пресудата упатува само на „уставни барања“. Некои можеби тврдат дека би било недемократско да се смени одлука без референдум, но репрезентативната демократија е најдобрата форма за демократско одлучување.

Сепак, благодарение на пресудата на СПЕУ, државите-членки во иднина би имале можност да ја зменат одлуката за истапување во рамки на двегодишниот период и да останат членки на ЕУ според постојните услови. Сепак, ова не е корисна информација, бидејќи е малку веројатно држава-членка која има желба да истапи од ЕУ, да смени одлука за толку краток период. Од една причина, за референдум би биле потребни најмалку 22 месеци организација, што значи дека дури и да се смени одлуката, ќе биде потребна согласност од државите-членки на ЕУ за ново продолжување на периодот, за да има време да се организира гласањето.

Во конкретниов случај, Велика Британија побара Судот да одбие да донесе одлука со образложение дека упатеното прашање од страна на шкотскиот суд е хипотетичко, бидејќи Владата на Велика Британија не дала никакви индикации

дека сака да го отповика известувањето. Бидејќи СПЕУ реши да донесе одлука, требало да се обиде да даде корисни упатства. За жал, заврши со пресуда која се однесува само во екстремно неверојатно сценарио во кое државата-членка се откажува од истапувањето за време на двегодишниот период и тоа дава малку корисна насока во однос на клучното прашање што ги преокупира Советот и Комисијата, а тоа е потенцијалот за злоупотреба на правото со цел да се избегнат временските ограничувања наметнати со член 50 од ДЕУ.

Референци

1. Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union*, Opinion of AG Bordona, ECLI:EU:C 2018:978, 2018;
2. Case 621/18, *Andy Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union*, 2018, ECLI:EU:C:2018:999;
3. Case P1293/17, *Andrew Wightman and Others for Judicial Review against Secretary of State for Exiting the European Union*, Opinion of Lord Boyd of Duncansby, CSOH 61, 2018;
4. Case P1293/17, *Andy Wightman and Others against Secretary of State for Exiting the European Union* [2018] opinion of Lord Carloway, CSIH 62, 2018;
5. Case P1293/17, *Petition of Andrew Wightman and Others for Judicial review on the issue of the unilateral revocability of Article 50 of the Treaty on European Union*, Opinion of Lord Doherty, CSOH 8, 2018;
6. Case P1293/17, *Statement of Reasons delivered by Lord Carloway in the reclaiming motion by Andy Wightman and Others against Secretary of State for Exiting the European Union*, 2018;
7. Consolidated versions of the Treaty on the Functioning of the European Union, [2012], OJ L C 326/47.
8. Department for Exiting the European Union, *Wightman and Others v Secretary of State for Exiting the European Union*, Policy Paper, 6 November 2018;
9. European Union Withdrawal Act, UK Public General Acts c.16, 2018;
10. Recommendations to national courts and tribunals, in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings, 2016, OJ L 439/01;
11. Rules of Procedure of the Court of Justice of 25 September 2012, OJ L 265, as amended on 18 June 2013, OJ L 173, on 19 July 2016, OJ L 217, and on 9 April 2019, OJ L 111;
12. Vienna Convention on the law of treaties, No. 18232, 1969.

ПОИМНО ОПРЕДЕЛУВАЊЕ НА ЖРТВИТЕ И ОДНОСОТ НА МЕЃУНАРОДНОТО ПРАВО КОН ЖРТВИТЕ

Миро Катиќ

доцент на Правен факултет, Универзитет ПИМ Бања Лука,
Дирекција за борба против тероризам и екстремизам,
Министерство за внатрешни работи, Југ
Богдана 108, 78 000 Бања Лука, Република Српска
Е-маил: mirokatic.rs@gmail.com

Апстракт

Жртвата е надвор од интересот на теоријата на кривичното право. Испитувањето на причините треба да започне со функционална анализа на целите на казненото право. Напомена дека виктимологијата е зачната како криминолошка категорија, што во една смисла води до заклучок дека позицијата на жртвата треба да се мери со целите на кривичното право во смисла на специјална и генерална превенција, се стеснува до елиминација на интересот на класичната кривичноправна теорија за жртвата. Авторот во овој научен труд разговара за поимот жртва, како од криминалистички така и од кривичноправен аспект, но и од јазичен аспект. Акцентот е ставен на видовите жртва, како и на поимот жртва во домашното и компаративното право, со посебен осврт кон меѓународното право.

Клучни зборови: *жртва, закон, поддршка, конвенција, рехабилитација*

CONCEPTUAL DEFINITION OF VICTIM AND THE RELATIONSHIP OF INTERNATIONAL LAW TO VICTIMS

Miro Katić

Assistant professor, Faculty of Law, University PIM Banja Luka
Headquarters for fight against terrorism and extremism
Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska, Banja Luka
Jug Bogdana 108, 78 000 Banja Luka
E-mail: mirokatic.rs@gmail.com

Abstract

The victim is not interested in the theory of criminal law. The examination of the reasons should begin with a functional analysis of the aims of criminal law. The remark that victimology was conceived as a criminological category, which in one sense leads to the conclusion that the position of the victim is necessarily measured by the goals of criminal law in terms of special and general prevention, narrows the interest of classical criminal law theory to the victim. In this scientific paper, the author talks about

the concept of victim, both from the criminal and criminal law aspect, as well as from the linguistic one. Emphasis was also placed on the types of victims, as well as the notion of the same in domestic and comparative law, with special reference to International law.

Keywords: *victim, law, help, support, convention, rehabilitation*

Вовед

Во историска смисла, за виктимологијата почнало да се зборува уште во втората половина на 19. век, но првите поопширни истражувања во оваа област, во современа смисла на зборот, се поврзуваат со познатиот криминолог Ханс Фон Хентиг (*Hans von Hentig*) за време на 40-те и 50-те години од 20. век, кој помеѓу другото утврдил дека многу жртви сметаат дека самиот термин “жртва” има негативно значење и конотација и дека многу други во таа смисла почесто го употребуваат терминот “преживевани”. Токму Фон Хентиг меѓу првите зборувал за траумите кои жртвата ги трпи за време и непосредно после кривичното дело, и дека во таа смисла кон жртвата треба да се однесува со посебен систем на социо-психолошки мерки како би и се помогнало да ги премине своите трауми.

Поимот жртва не е чист теориски поим ни во рамките на виктимологијата. Една од причините со која може да се објасни оваа констатација е поимот „младост“. Оваа причина не ѝ овозможила на оваа научна дисциплина, како криминологијата, да биде ставена во рамките на изучувањето на криминалните дела. Тоа сè уште е прашање на консензус кој во виктимологијата сè уште не е постигнат.

Што се подразбира под поимот „жртва на криминалитетот“? Користењето на овој поим, за да се означат лицето што било цел на насилна кражба или лицето што било цел на беспричинско тепање, најверојатно нема да предизвика отпор. Но, дали и роднините на убиената жртва се жртви на криминалитетот? Дали родителите на малолетниот убиец можат да се сметаат за жртви на криминалитетот? Дали компаниите и организациите што биле мета на криминално однесување, можат да се сметаат за жртви на криминалитетот?

Овие прашања можат да звучат безначајно. Но, јасното идентификување на тоа, кој или што може да се дефинира како жртва на криминалитет, може да биде од големо значење, од повеќе причини. На пример, чест пати се случува поединците да добијат право на надомест на штета, или на медицински, психолошки, социјален третман или на рехабилитација, дури откако ќе бидат окарактеризирани за жртви, т.е. откако ќе припаднат во групата со назив „жртви“. Исто така, значајно е да се направи практично разграничување, бидејќи полето на виктимологијата ги собира практичарите од различни професии, но и истражувачите на различни академски дисциплини коишто имаат различни методолошки и теоретски рамки. Очигледната амбивалентност на значењето на

поимот „жртва“, не траба посебно да се нагласува. Овој текст треба да се сфати како обид да се разјасни опфатноста на поимот „жртва“, на којашто треба да ѝ се пружи кривичноправна заштита (во поширок контекст), но и што, во новиот век, мора и може да се направи, барем за така тесно формулиран поим „жртва“. Жртва во современото, но и во најширокото колоквијално значење, па дури и во некои виктимолошки пристапи и рамки, може да биде секој што е повреден и што страда.

1. Дефинирање на поимот жртва

1.1 Поим

Разликите во сфаќањето на поимот жртви, од гледна точка на опфат на различни жртви постојат уште од почетокот на развојот на виктимологијата и се движеле од најкратката дефиниција, која опфаќа само физички лица - непосредни жртви на криминални однесувања кои се припишани како кривични дејствија, до најшироките дефиниции кои опфаќаат (директни и индиректни) жртви на криминалитет, кршење на човековите права и природни катастрофи.

Жртвата од аспект на историски, етимолошки, митолошки и старословенски, претставува принесување на некакви жртвени дарови на божества, на херои или на предци. Со ова треба да се покаже чест, да се признае власта или да се „побара“ сомилост итн. Кога зборуваме за етимолошкото значење на поимот жртва можеме да истакнеме дека во речникот на српскиот јазик овој поим се дефинира како она што се принесува како дар на некое божество во знак на благодарност или поради придобивање на милоста на тоа божество.¹ Значи со жртва се именува и самиот жртвен дар, а жртвувањето се состои во нејзино уништување (палење, консумирање) со што се преминува од вулгарно во свето значење.

Затоа во јазична смисла, под поимот жртва некогаш се подразбирало живо суштество кое се жртвува на божеството или во некој религиозен обред, при што не се исклучувало потребното чувство на болка и страдање на убиеното суштество. Во современиот јазик поимот жртва има повеќе значења. Терминот жртва се користи за означување на личности кои се повредени, убиени или оштетени како последица на криминалитетот, војната, природните катастрофи и болести, во врска со култни жртвувања, како и во смисла „на доброволно

¹ Vujanić, M. i grupa autora: *Rečnik srpskog jezika*, Matica Srpska, Novi Sad, 2007, str. 375. Na primer, pod odrednicom *žrtva* u Rečniku srpskohrvatskog književnog i narodnog jezika iz 1967. godine pod broj 1. navodi se značenje koje se odnosi na „ono što se prinosi kao dar nekom božanstvu u znak zahvalnosti ili u cilju pridobijanja milosti toga božanstva” i „čin žrtvovanja, prinošenja žrtve”. Kao primer za ovo drugo navodi se sledeće: „Dok deva moli: Babo, babo... Bes vojvoda ne osvrće se. Kad molitvu pred žrtvu svrše ko jagnje dignu je na oltar”. Nikolić-Ristanović, V.: *Različita shvatanja pojma žrtve i njihove konsekvence na odnos društva prema viktimizaciji*, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012), str. 23.

одрекување, несебично давање и самопожртвување“, односно „правење на дело од корист или неправедно страдање“².

Денес за жртва се смета некое лице што страда, или се зема некој чин на одрекување во хуманитарни цели. Се зборува за жртви од војна, жртви од катастрофа, жртви од прилики, жртви на предрасуди... итн. Се мешаат правни, психолошки, медицински, но и други поими на жртви. Кога зборуваме за поимот жртва на криминалитетот, за жал не постои една општоприфатена дефиниција кого или што опфаќа наведениот поим. Најосновната дефиниција за поимот жртва на криминалитетот се ограничува само на физички лица кои директно се погодени со криминална активност. Оваа строго правна дефиниција ги исклучува како индиректни жртви, на пример, мажот чијашто сопруга е силувана, или детето што живее во насилничко опкружување, компании или други правни лица што се изложени на кривични дела. Другата пак дефиниција е ограничена на жртви на *традиционални* кривични дејствија – пред сè на кражби и насилство. Оваа дефиниција, исто така, исклучува одредени групи на жртви, како што се на пр. жртви на економски криминал или кривични дела против животната средина. Постои и една далеку поопшта дефиниција, која под поимот жртва вклучува и жртви на лоши временски услови, еколошки катастрофи, сообраќајни незгоди и сл.³ Покрај индивидуални, познаваме и колективни жртви, како што се социјални групи, етнички, расни, национални малцинства и многу др. слични групи. Злосторства и прекршоци против јавниот ред имаат апстрактни жртви, на пример, возење во пијана состојба, егзибиционизам, поседување на украдени работи и сл. Се зборува за криминал без жртви (*victimless crime*), па се спомнува како пример абортусот, хомосексуалноста и користењето дрога. Меѓутоа, кај секој прекршок практично постои некој кој е повреден, оштетен или загрозен. Спротивно на ова е дали постои согласност на оштетениот, се чувствува ли жртвата оштетена, го пријавува ли делото или не. Жртвата секогаш е некој, некоја личност, организација, морален или јавен поредок, кој на некој начин е загрозен, оштетен или уништен.⁴ Ограничувањето на поимот жртва во рамките на некоја правна реакција на криминал е, на прв поглед, стеснување на интересите.⁵ Кога читаме или разговараме за жртвите, дали одвојуваме доволно време за да сфатиме што навистина точно значи зборот жртва, дали правилно се пренесува и која порака ја носи? Поимот „жртва“ во еднина или множина има различни функции во зависност од тоа кој

² Nikolić-Ristanović, V.: *Različita shvatanja pojma žrtve i njihove konsekvence na odnos društva prema viktimizaciji*, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012), str. 23

³ Lindgren, M.; Nikolić-Ristanović, V.: *Žrtve kriminaliteta – međunarodni kontekst i situacija u Srbiji*, Organizacija za Evropsku bezbednost i saradnju (OEBS), Misija u Srbiji, Odjeljenje za sprovođenje zakona, Beograd, 2011, str. 19.

⁴ Šeparović, Z. *op. cit.* str. 20.

⁵ Više o pojmu žrtve videti u: Ramljak, A. A.; Simović N. M.: *Viktimologija*, Banja Luka, 2006

го користи, каде и со кои намери, но не треба овој поим да се сфати лесно. Во именска смисла⁶, како што наведува професорката *Валери М. Меридит*, поимот жртва може да се идентификува како лице кое било директна или индиректна жртва на некое повредување предизвикано со намера или не сакајќи. Жртвата, обично е сфатена како некој кој е погоден, повреден, убиен, како резултат на криминал или несреќа, но и некој кој е изигран или изманипулиран. Некои докази се поврзани со поимот, па така „страдањето“ (физичко или психолошко), ранливоста (кога некои индивидуални способности се ослабени или личноста живее во страв од повреда), „слабост“ и „пасивност“ (како спротивности на активни елементи на личноста која предизвикува повреда, „apatiја“, „срамежливост“, „беспомошност“. Сите овие атрибути би требало да имаат од една страна, постоење на медицински, психолошки, материјални и финансиски потреби, а од друга страна преживевани повреди.

Поимот жртва може да се идентификува и како именка со статус на идентитет. Кога се користи на овој начин, поимот е поврзан со апстрактни димензии, чувства, самодоверба, достоинство, или во спротивност на ова - демотивација, депресија, повреда и губење на самодовербата. Конечно, може и да вклучува и интереси, желба за препознавање во друштво, желба за правда, влијание на мислењето на јавноста... итн.⁷ На јавно сфаќање на жртвите, посебно влијание имаат медиумите, кои истовремено се и пренесувачи на политички пораки. Медиумската слика често не одговара на вистинската распространетост на жртвите во различните облици на страдањето. Така на пример, медиумите во трката за сензационализам, но и служејќи на интересите на некои моќници, често го конструираат поимот жртва во чиј фокус се жртви на криминални дејствија кои на општеството во целина му нанесуваат помалку штета од многу други кои се занимаваат со медиуми. Од сето ова може да се изнесат поимите на примарна и секундарна жртва. *Примарна (или директна)* жртва е онаа која директно ја искусила виктимизацијата, односно (била предмет, пасивен предмет на кривично дело), додека *секундарна жртва (или индиректна)*⁸ е лице од поблиската околина на примарната жртва (членови на

⁶ . Meridith, M. V.: *Victim identity and respect for human dignity: a terminological analysis*, International Review of the Red Cross, War victims, ed. Pfanner T., Volume 91, Number 874, Geneva, Switzerland, June, 2009, p.p. 260-263

⁷ Primera radi, девојка ozbiljno povredena ručnom granatom u Kambodži postala je borac za “prava žrtve”, borac protiv mina, forsirajući poštovanje pravde kroz njeno prisustvo i slogane ispred UN-a u Ženevi.

Kao drugi primer, nastavnik iz sela Darfu koji je izgubio nekoliko članova svoje porodice u konfliktu u Kambodži sada dolazi na posao svaki dan u jednu od Međunarodnih organizacija, drži odstojanje i ne dopušta kolegama da vide kroz kakvu je patnju prošao, umesto „žrtve konflikta“ stavlja se u poziciju „aktivnog kolege“

⁸ O pojmu indirektnе žrtve više videti u: Novaković, M.: *Pojam indirektnе žrtve u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava*, Institut za uporedno pravo, Beograd, „Strani pravni život“, 1/2011,

фамилија) кои исто така се погодени од делата (на пр. финансиски), односно од страдањето кое го искусила примарната жртва. Заеднички, примарната и секундарната жртва можеме да ги наречеме и сожртви или (*co-victims*). Во врска со горенаведеното, се чини интересно е да се наведат и релевантни одредби од хрватското законодавство кои го разликуваат поимот жртва од поимот оштетена страна, но прават и разлика помеѓу *директна и индиректна жртва*.⁹ Повеќе за горенаведеното ќе зборуваме во продолжение на работата, каде што во детали ќе се занимаваме со типологија на жртвите.

1.1.1 Типови на жртви

Жртвата е секогаш некој, некоја личност или организација, морален или јавен ред, што е со некој чин или пропуст загрозен, оштетен или уништен. Во кривичното право, едно лице се смета за жртва чиешто лично или сопствено право е кривично повредено или загрошено.

Жртвите генерално ги делиме на:¹⁰

1. Жртви на криминал.
2. Жртви на злоупотреба на службена должност.

Кога зборуваме за типови на жртви можеме да кажеме дека многу автори изнеле свои типови на жртви на криминал. Во согласност со многу различни типови на жртви кои се среќаваат во литературата, можеби по примерот на професорот Звонимир Шепаровиќ, најприфатлива е следната типологија:

(1) спремна жртва или доброволна жртва - оној кој бара против него да се изврши кривично дело како на пр. усмртување по негово барање;

(2) непозната жртва, жртва која не го пријавува кривичното дело – оние кои креираат мрачни бројки на криминал;¹¹

(3) невнимателна или невидена жртва - оние кои се несовесни за сопствената безбедност, со оставање на незаштитен имот или изложени на можни кривични дела;

(4) симулирачка жртва - лажна жртва, подносител на лажни пријави, поради сопствен интерес;

(5) жртва во обид на кривично дело - оној што не ја претрпел планираната штета, каде што делото останува во обид.

str. 261-271

⁹ Jovanović, S.; Galonja, A.: *Zaštita žrtava trgovine ljudima u krivičnom i prekršajnom postupku*, Beograd, 2011, str. 80.

¹⁰ Dedović-Adžajlić, A.: *Skripta za nastavu na AAB univerzitetu u Prištini, Kosovo, iz Restorativnog pravosuđa*, Sarajevo, 2007, str. 28.

¹¹ Rezultati Međunarodne ankete o viktimizaciji koja je 1996. godine sprovedena u Beogradu pokazali da su žrtve policiji prijavile viktimizaciju u 33,3% slučajeva, pri čemu su najčešće prijavljivani krađa automobila (93,4%), provalna krađa (71,4%) i krađa predmeta iz automobila (42,6%), dok su seksualni delikti prijavljivani u malom broju slučajeva (5,8% ispitanica). Čopić, S.: *Žrtve kriminaliteta u sistemu državne (krivičnopravne) reakcije*, „Temida“, god. 6, br. 1, (2003), str. 20.

Важно е да се наспомене и поделбата на жртвите на колективни и индивидуални жртви. Сите брутални конфликти носат голема штета на поединци, но повеќето од тие конфликти, посебно оние кои имаат карактеристика на геноцид и војна, исто така, можат да предизвикаат колективни жртви. Оттука и колективните жртви се случуваат кога има насилни дејства насочени кон одредени популации, на пр. етничка, идеолошка или верска група. Во тие ситуации поединците се на мета поради поврзаност со одредена групација.¹² Секој реагира различно на криминалот, а реакциите варираат во зависност од видот на криминалот и околностите на жртвата за време на случувањата. Додека некои луѓе продолжуваат со својот живот понатаму, последиците кај другите можат да траат со недели, месеци или години додека почнат да зборуваат дека криминалот имал одредени ефекти врз нив.¹³

Истиот автор зборува и за директни и за индиректни жртви. Директни жртви се оние кои претрпеле директни ефекти на насилство, кои се убиени, или физички и психички се малтретирани, затворени, дискриминирани... итн. Индиректни жртви се оние кои се директно поврзани со жртвите на некој начин и трпат последици поради нив.¹⁴ Испитувањата покажале дека и децата на жртвите, па дури и нивните внуци носат последици за тоа што се случило, и можат да се чувствуваат и да се однесуваат како жртви, покажувајќи длабока болка и огорченост.

Спрема некои испитувања, жртвите можат да се поделат во четири категории:

1. жртви на криминал,
2. жртви на несреќа,
3. жртви на природни катастрофи,
4. апстрактни жртви.¹⁵

Ханс фон Хентиг ги дели жртвите, односно прави типологија на жртвите на следниов начин:

- момчиња,
- жени,
- старци,

¹² Bloomfield, D.; Barnes, T.; Huyse, L.: *Reconciliation After Violent Conflict*, u: V помошь svidetelo, "Kart-Blanš Proektn i Rešenil", Moskva, 2008, str. 63.

¹³ Spackman, Ph. (eds) : *Helping People Cope with Crime*, Victim Support Handbook, Abingdon, 2005, str. 4.

¹⁴ *Ibidem*. Bloomfield, D.; Barnes, T.; Huyse, L.

¹⁵ U drugoj polovini HH veka, Edvin Šur (*Edwin Schur*) je skrenuo pažnju na postojanje niza krivičnih dela bez žrtve u tradicionalnom smislu (*crimes without victims*), kod kojih postoje dobra ili interesi koji se vređaju ili ugrožavaju, ali ih je teško identifikovati. Betričević, A.: *Ekološka krivična dela - zločini bez žrtve?*, Temida, god. 15, br. 1, 2013, str. 121.

- ментално болни и оштетени,
- имигранти,
- малцинства,
- глупави и нормални,
- депресивни,
- ненаситни,
- осамени,
- ментално многу скршени лица.

Бенџамин Манделсон направил типологија на жртвите спрема степенот на вина и нив ги дели на:

- целосно невина жртва е „идеална жртва“,
- жртва што не е многу виновна и жртва на бессознание,
- жртвата е исто така виновна како и сторителот,
- жртва што е повеќе виновна од сторителот,
- ексклузивна вина на жртвата.

Езас Фатах (*Ezzas Fattah*) ја дава следната типологија на жртвите:

- жртва која не учествувала во криминалното дело,
- латентна и предиспонирачка жртва,
- жртва која предизвикува,
- жртва која учествува во криминалот,
- погрешна жртва.

Овде може да се спомне и категоризацијата на жртвите спрема заклучоци на Комитетот за спречување на криминал и третманот на извршителот. Споменатиот Комитет жртвите ги дели на:¹⁶

- жртви на конвенционален криминал,
- жртви на кривични дела и насилство врз луѓе,
- жртви на злоупотреба на службена должност,
- жртви на организиран криминал,
- жртви на дискриминација,
- жртви на експлоатација.

Жртвите на воени злосторства можат да бидат во зависност од тоа за кое злосторство се зборува, цивилно население, ранети, болни, медицински персонал и воени заробеници.¹⁷

2. Поимот жртва во домашното и компаративното право - правна дефиниција на поимот жртва

Како што веќе е зборувано, поимот жртва има повеќе значења и е комплексен во рамките на кој најчесто се зборува за жртвите на криминалот, воени жртви,

¹⁶ Dedović-Adžajlić, A.: *Skripta za nastavu na AAB univerzitetu u Prištini, Kosovo, iz Restorativnog pravosuđa*, Sarajevo, 2007, str. 30.

¹⁷ Nikolić-Ristanović, V.: *Uticao žrtve na pojavu kriminaliteta*, Beograd, 1984, str. 20.

лоши навики, сообраќајни несреќи и други случувања. Жртвата е личност која страда од некое зло или некои сили и таа може да биде животно загрозена, телесно, морално или имотно оштетена. Таа во сето ова е пасивен предмет.¹⁸

Правното одредување на поимот жртва првенствено се поврзува со одредени одредби содржани во националните закони и нивната примена во пракса. Јавното законодавство под жртва подразбира физички и правни лица, индиректно и директно оштетени кои се однесуваат како кривични дела. Во однос на директно оштетениот, индиректно оштетените имаат ограничени права кои произлегуваат од правата на директните жртви и тоа само како правни наследници доколку директните жртви не се живи. Сепак и покрај законското признавање кое под одредени услови можат индиректно да го добијат, индиректно оштетените лица не се социјално признати како жртви кои имаат негативни последици на добивање помош и заштита и односот на институциите и медиумите спрема нив.¹⁹ Покрај општата дефиниција на поимот жртва, односно оштетената страна, постојат и поконкретни дефиниции што се содржани во инкриминациите на одделни кривични дела и кои обично се препознатливи во смисла на создавање на основа за остварување на одредени права, како заштита, услужни услуги на жртви итн. Сепак, овие определби се селективни и поврзани за проценка на владејачката елита, односно оние кои имаат моќ, за тоа кому ќе му се даде правен статус на жртва и по кои критериуми.²⁰ Ако се почитуваат кривичните закони во целина, кругот на лицата на кои тие го признаваат статусот на жртва е доста голем и далеку ги надминува жртвите на конвенционален криминалитет. Современите кривични закони ја криминализираат целата низа на криминални дела, вклучувајќи и жртви на криминалот на белите јаки, жртви на родово насилство, на геноцид, на злосторства против човештвото, на воени злосторства, на тероризам и организиран криминал. Сепак, со оглед на големите разлики во откривањето и кривичното гонење на различни врсти на криминалитет, од перспективна пракса се добива тесна слика за жртвите кои добиваат правна помош. Имено, статусот на жртвата е правно признаен во пракса пред сè на жртвите од

¹⁸ Šeparović, Z.: *Viktimologija, studije o žrtvama*, Tiskara, Zagreb, 1985, str. 40. U kriminologiji i kriminalistici se govori o žrtvi krivičnog dela, a u materijalnom krivičnom pravu o pasivnom subjektu. Pavišić, B.: *Komentar zakona o kaznenom postupku. 5. izdanje*, Rijeka 2005, str. 71. u: Duatbegović, A.; Pivić, N.: *Položaj oštećenog u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine*, Anali pravnog fakulteta univerziteta u Zenici, Zenica, 2011, str. 8.

¹⁹ Nikolić-Ristanović, V.: *Različita shvatanja pojma žrtve i njihove konsekvence na odnos društva prema viktimizaciji*, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012), str. 26.

²⁰ Tako, na primer, žrtve nasilja u porodici su tek odnedavno dobile zakonsko priznanje. Iako je ovaj oblik nasilja oduvek bio široko rasprostranjen i mogao da bude gonjen i na osnovu inkriminacija drugih nasilnih krivičnih dela, njegove žrtve su postale zakonski priznate i vidljive tek nakon što je poslednjih decenija (kod nas 2002. godine) nasilje u porodici postalo krivično delo.

конвенционален криминал кој најмногу се открива и кој најчесто подлегнува на санкции. (имотен и традиционален криминал). Огромен број жртви бараат формално признание на статусот жртва преку решавање на кривичното право, вклучувајќи ги и жртвите од оние кривични дела кои се пријавуваат и често остануваат надвор од правниот систем и никогаш не добиваат статус. Згора на тоа уште поголем број жртви од различни причини тој статус не го ни бараат, односно не пријавуваат кривично дело и не сакаат да учествуваат во кривични постапки. Во југословенското кривично право и законодавство наместо поимот „жртва“ се користел поимот „пасивен предмет на казнено дело“²¹, (во казнено-правна смисла) односно „оштетен“ (во кривична постапка).²² Согласно на тогашниот Закон за кривична постапка по член 221, оштетениот го дефинирале како лице чие лично или имотно право е повредено или загрозено. Тоа е до тој степен што терминот „оштетен“ е поширок од терминот „пасивен предмет на кривично дело“, односно „жртва“ бидејќи во одредени случаи во кривичната постапка може да се појави во својство на оштетениот и лице кое не било пасивен субјект во криминалното дело, односно жртва, затоа што под одредени околности во кривичната постапка во својство на оштетениот, може да се појави и лице кое не било пасивен субјект.²³ Оштетениот е физичко или правно лице, чие имотно или лично право му е повредено или загрозено со сторено кривично дело. Меѓутоа, во некои ситуации пасивниот субјект на кривичното дело, не е и не може да биде оштетен во процедурална смисла, затоа што заради сторено кривично дело, го изгубил правниот субјективитет како што е тоа случај со убиство, тешки телесни повреди со смрт и други кривични дела со смртна последица. Тогаш како оштетени во казнената постапка се појавуваат најблиските роднини и одредени лица кои се блиски на пасивниот субјект во казненото дело.²⁴

Во овој дел ќе зборуваме за поимот „жртва“ во законите на земјите створени по распадат на бивша Југославија, почнувајќи со Босна и Херцеговина. Сосема е јасно дека Босна и Херцеговина е една сложена држава, па со самото тоа има многу сложен државен апарат и судски систем. Во прилог иде и фактот дека

²¹ „Po Hentingu žrtva zločina nije pasivni subjekat, nego postaje aktivni subjekt u procesu kriminalizacije...“ Ramljak, A.; Halilović, H.: *Viktimologija*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, 2004, str. 9.

²² Iako su ova dva pojma „žrtva krivičnog dela“ i „oštećenik“ u pravopolitičkim diskusijama i u opštoj javnosti upotrebljavaju kao sinonimi, u političkom rečniku emocionalna reč žrtva ima prednost pred stručnom oznakom oštećenik. Međutim, izraz žrtva je više materijalnopravne i kriminološke prirode, dok je izraz oštećeni procesnopravne prirode.

²³ Škulić, M.: *Oštećeni u krivičnom postupku – kako poboljšati njegov položaj*, Temida., br. 3-4, 2000, Beograd, str.5.

²⁴ Škulić, M.; Lukić, D.; Vekarić, B.; Peković, S.; Plazinić, M.; Vučković, B.; Jovanović, M.; Matić, M.: *Uloga i mogućnost javnog tužioca u zaštiti žrtava krivičnog dela*, „Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije“, Beograd, 2009, str. 25.

во Босна и Херцеговина во употреба се четири Закони за кривична постапка и четири Кривични права (закони на Босна и Херцеговина кои важат на цела територија на БиХ, закони на Република Српска кои важат на територијата на РС, закони на Федерацијата на Босна и Херцеговина кои важат на територијата на ФБиХ и закони на Округот Брчко).

Последната значајна реформа од кривичното право во Босна и Херцеговина, која се случила во 2003 год. за цел имала усогласување на домашното криминално законодавство со меѓународни стандарди за човековите права, како и прифаќање искуство од други земји во борба против современиот облик на криминал. Покрај одредени подобрувања, особено во поглед на истрагата, законодавецот од друга страна во голема мера го занемарил интересот на оштетениот и на тој начин ја маргинализирал положбата во кривичната постапка, иако во последната деценија кривичната постапка на законодавството во многу земји покажала зајакнување на правата на жртвите во рамките на кривичната постапка.²⁵ Тука е јасно дека босанско-херцеговската кривично правна регулатива не го познава поимот жртва, туку жртвата се нарекува „оштетена страна“. Со оваа регулатива се штитат интересите на сите граѓани во Босна и Херцеговина чии човечки права се повредени со извршување на криминални дејства. Значи во смисла на кривична постапка во Босна и Херцеговина²⁶ не се употребува поимот жртва туку поимот оштетен, и во членот 20 се дефинира како лице кое лично или со закон за сопственост во кривичното дело е повредено или загрозено.²⁷ Во казнено правна смисла Кривичниот закон на Босна и Херцеговина²⁸ го употребува поимот „оштетен“ наместо поимот „жртва“. Законот за исчезнати лица на Босна и Херцеговина²⁹ воопшто не го употребува нити дефинира поимот „жртва“, но ни поимот „оштетен“, како што тоа го прават Кривичниот закон и Законот за кривична постапка на БиХ. Поимот „жртва“ во Законот за кривична постапка на ФБиХ³⁰ се спомнува единствено во член 228 кој се однесува на обврската за пријавување на криминално дело.³¹ Споменатиот закон го применува поимот

²⁵ *Istu intenciju pokazali su i međunarodni krivični sudovi, s tim što je Statut i Pravila o dokazima Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju posebnu pažnju posvetio žrtvi ukoliko je ona u krivičnom postupku u svojstvu svedoka, dok Međunarodni krivični sud garantuje žrtvama čitav niz prava.*

²⁶ „Službeni glasnik BiH“, br. 36/03

²⁷ *Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u čitavom svom tekstu samo jednom upotrebljava reč „žrtva“ i to u članu 213. stav 2. koji se odnosi na obavezu prijavljivanja krivičnog dela.*

²⁸ *Službeni glasnik BiH“, br. 03/03*

²⁹ „Službeni glasnik BiH“, br. 50/04

³⁰ „Službene novine Federacije BiH“, br.35/03,37/03,56/03

³¹ *Isti slučaj kao i kod Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.*

„оштетен“ и го дефинира како лице кое има лично или имотно право на кривично повреден или загрозен.³² Кривичниот закон на Федерацијата на Босна и Херцеговина го користи поимот „жртва“ само во член 203 кој се однесува на кривично дело „силување“. Сите други членови на законот кои ја третираат наведената категорија го користат поимот „оштетен“ на. Законот за основите на социјалната заштита, заштита на цивилни воени жртви и заштита на семејства со деца Федерацијата на Босна и Херцеговина³³ го третира поимот цивилни и воени жртви, па во членот 54 дава и дефиниција за цивилните жртви од војната, дефинирајќи ги како лица кај кои настапило телесно оштетување од најмалку 60% поради рана, повреда и претрпена повреда предизвикана:

1. од злоупотреба со лишување од слобода за време на воена состојба или непосредна опасност од војна,
2. ...или настаната од војната (бомбардирање, улични борби, експлозија на воен материјал, залутан куршум и сл.),
3. од експлозија на заостанат воен материјал после војната,
4. со саботажа и терористички акции со кои се загрозува сигурноста и уставниот поредок на Федерацијата на Босна и Херцеговина.

Посматрајќи ги до сега анализираниите правни акти во Босна и Херцеговина, можеме да видиме, дека единствено последниот наведен закон го третира и дефинира поимот „жртва“. Кога е во прашање Република Српска, во смисла на кривична постапка, Законот за кривична постапка на Република Српска³⁴ го употребува терминот „оштетен“ за кој во член 20 кажува - лицето на кое личното или имотното право со кривичното дело му се повредени или загрозени. Поимот „жртва“ во Кривичното право на Република Српска³⁵ се спомнува само на едно место и тоа во член 201 кој се однесува на кривично дело „инцест“ и никаде на др. место. Кривичното право на Република Српска како и Законот за кривична постапка го користи терминот „оштетен“. Единствен закон во Република Српска кој го дефинира поимот „жртва“ е Законот за заштита на граѓански жртви од војната³⁶, кој под граѓанска воена жртва го смета лицето кај кое настапило оштетување на организмот со злоставување, силување, односно лишување од слобода (затвор, концентрационен логор, стажирање, принудна

³² čl. 21. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, („Službene novine Federacije BiH“, br.35/03,37/03,56/03)

³³ „Službene novine Federacije BiH“, broj: 36/99

³⁴ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 100/09

³⁵ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 49/03

³⁶ „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 02/4.3-409/10

работа) или во бегство од непријателот се здобило со рани, повреди и кај кое настапило оштетување на организмот од најмалку 60%. Како и лице кое под наведените околности е убиено, загинато, умрено или исчезнато, лицето кое се здобило со оштетување од најмалку 60% поради ранување или се здобило со повреди кои се појавиле во врска со воени операции како што се бомбардирање, улични борби, залутан куршум, минофрлачки и топовски гранати и сл. лице кое се здобило со оштетување од најмалку 60% поради ранување или повреди појавени од застанати воени материјали или како последица на непријателски саботажии. Можеме да видиме дека во дефинирањето на поимот граѓански воени жртви нема големи разлики во дефиницијата што ја дава Законот за заштита на граѓанските воени жртви на Република Српска и Законот за основите на социјалната заштита, заштитата на граѓанските воени жртви и заштитата на семејствата со деца на Федерацијата на Босна и Херцеговина.

Во кривичната постапка во Република Србија, жртвата учествува како оштетена, додека под посебни услови може да се појави и како тужител. Жртвата е една од најважните учесници во кривичната постапка, а често и единствена, така што нејзиното сведочење преставува важен дел од докажувањето.³⁷ Положбата на жртвата во процесот ги содржи сите права и обврски кои се регулирани со Законот за кривична постапка на Република Србија³⁸, со кој се одредуваат и процесните мерки на заштита на жртвата како сведок. Затоа во кривичната постапка во употреба е термин на оштетен кој во Законот за кривична постапка на Република Србија во член 2 е дефиниран како лице чие лично и имотно право е повредено или загрозено. Кривичниот законик на Република Србија³⁹ поимот „жртва“ го користи единствено во членот 388 кој се однесува на кривично дело трговија со луѓе, а во останатиот дел на овој закон се користи терминот „оштетен“.

Ние мислиме дека решението кое е применето во Законот за кривична постапка на Република Хрватска⁴⁰ е најдобро во однос на решавање во дефинирањето на овие поими во законите на околните земји. Имено Кодексот за кривична постапка на Република Хрватска прави јасна разлика помеѓу поимите „жртва“ и „оштетен“, што не е случај во законите кои претходно ги анализираме преку спроведените истражувања. Споменатиот закон во член 202, став 3, точка 10 ја дефинира жртвата како лице кое поради сторено кривично дело трпи

³⁷ Dragičević-Dičić, R.: *Pomoć i zaštita žrtava u krivičnom postupku*, Pravo žrtava i EU: Izazovi pružanja pomoći žrtvama, Viktimološko društvo Srbije i „Prometej“, Beograd, 2010, str. 15.

³⁸ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013

³⁹ „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/201

⁴⁰ „Narodne novine Republike Hrvatske“ br. 152/08 i 76/09

физички и психички последици, имотна штета или значително нарушување на основните права и слободи, додека во точка 11 се дефинира и „оштетениот“ и други лица (освен жртвата) чии што лични или имотни права се повредени или загрозени од кривични дела, а земаат својство на оштетени во кривичната постапка.

Законот за кривична постапка на Црна Гора ги користи двата термина со тоа што во член 22, став 5 го дефинира оштетениот како лице на кое личното и имотното право во кривичното дело му се повредени или загрозени што е идентично со законите на БиХ, Федерацијата на БиХ, Република Српска и Србија. Затоа во кривичната постапка на Црна Гора во употреба е терминот „оштетени“.

Во Словенија новиот Закон за кривична постапка стапил на сила во 1995 год. и донесени се неколку нови институти на учеснички модели, во кои е посебно нагласен институтот на медијација донесен во словенечката кривична постапка во 1998 год.⁴¹ Во кривичната постапка жртвата настапува како оштетена.

Можеме да заклучиме дека е сосема јасно зошто во смисла на кривична постапка во повеќето закони кои ги спомнавме се употребува терминот оштетени. Тоа е направено поради самата ширина на поимот, бидејќи поимот оштетен е поширок од поимот жртва. Во таа смисла јасна разлика направиле законодавците кои го креирале Законот за кривично право на Република Хрватска.

3. Поимот жртва во меѓународното право

Кога се во прашање меѓународни акти за правата на жртвите на криминалот, најинклузивно е сфаќањето содржано во Декларацијата на Обединетите нации за основните принципи на правда во врска со жртвите на кривични дела и жртви на злоупотреба на службената должност, која е донесена во 1985 година.⁴² Оваа декларација под поимот жртва подразбира како жртви на криминал така и жртви на кршење на човековите права кои не се пропишани како кривични дела (жртви на злоупотреба на службената должност) и тоа независно од тоа дали извршителот е познат, фатен, обвинет или осуден, без оглед на семејниот однос на жртвата и извршителот, како и кое било својство на жртвата. Под жртви се подразбираат директни и индиректни, индивидуално и колективно повредени или оштетени, како и лица кои се повредени помагајќи им на жртвите или спречувајќи жртвување. Оваа *Magna Charta* за жртвите многу брзо станала универзална, со која може да се оцени напредок во задоволување на потребите

⁴¹ Filipič, K.: *Položaj žrtava krivičnih dela u zakonodavstvu Republike Slovenije*, Temida, br. 1, godina 11, 2008, str. 59

⁴² Katić, M.: *Zaštita žrtava zločina protiv čovečnosti*, Novi Sad, 2015, str. 264.

на жртвите на криминалот и злоупотреба на моќта.⁴³ По нејзината ширина, дефинирањето на Декларацијата за принципите на правдата за жртвите на криминалот и злоупотребата на моќта, е многу слична на дефиницијата на Светското виктимолошко друштво содржана во предлогот на Конвенцијата за правда и поддршка на жртвите на криминал и злоупотреба на моќта, за чие усвојување оваа организација се залага во Обединетите нации. Единствена разлика е во тоа што предлогот на Конвенцијата посебно го нагласува поимот прикриени жртви и жртви на тероризам и трговија со луѓе.⁴⁴ Лицето е жртва како резултати на дела или пропусти кои преставуваат кршење на меѓународните човекови права или меѓународно хуманитарно право, тие лица, индивидуално или колективно, претрпеле штета, вклучувајќи физички и психички повреди, емоционално страдање, економска загуба или оштетување на основни законски права. Жртвата, исто така, може да биде зависна или да е член на семејството на непосредната жртва.⁴⁵ Според Меѓународниот кривичен суд, жртвите се физички лица кои претрпеле штета како резултат на сторено кривично дело од надлежноста на Судот, жртвите можат да вклучуваат организации или институции кои претрпеле директна штета за нивниот имот кој е посветен на религијата, уметноста или науката или на добротворни цели, и нивните историски споменици, болници и други места и објекти за хуманитарна акција.⁴⁶ Дали статутот на Меѓународниот кривичен суд ја направи правдата поефикасна?⁴⁷ На ова прашање, во 2006 година, претседателот на Меѓународниот кривичен суд, Филип Кирш, одговорил дека Статутот донел одредени подобрувања, вклучувајќи еден напредок кој нема врска со ефикасноста, туку со вниманието посветено на жртвите. Во други Меѓународни трибунали жртвите главно биле користени како сведоци, но во Меѓународниот кривичен суд, тие имаат сопствен статус, статус на жртва, а не на сведок.

⁴³ Waller, I.: Justice, even for victims: quick reading for the elites of the un and member states, u: Melup, I.: Victims of Crime and Abuse of Power, Bangkok, 11th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, April 2005.

⁴⁴ Nikolić-Ristanović, V.: Različita shvatanja pojma žrtve i njihove konsekvence na odnos društva prema viktimizaciji, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012), str. 28.

⁴⁵ Deklaracija o pravima na restituciju za žrtve teških kršenja ljudskih prava, 1999. Termin žrtva obuhvata i blisku porodicu i lica koja žrtva direktno izdržava i lica koja su pretrpela štetu pomažući žrtvama koje su se našle u nevolji ili sprečavajući da dođe do žrtava. Žarković, M.: *Osnovni elementi prava žrtve na kompenzaciju*, u: Pravo žrtve na kompenzaciju, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2011, str. 10.

⁴⁶ Za potrebe Statuta i Pravilnika o postupku i dokazima završni nacrt teksta, usvojila pripremna komisija na svom 23. sastanku, 30. juna 2000. godine (dokument PCNICC/2000/ 1/add.1)

⁴⁷ Pfanner, T. ed. : International Criminal Tribunals, *Interview with Philippe Kirsch, President of the International Criminal Court*, International Review of the Red Cross, Volume 88, Number 861, Geneva, Switzerland, March 2006, p.p. 14

Од друга страна пак, клучни документи за жртвите кои ги донела Европската Унија (Рамковна одлука на ЕУ за положбата на жртвите во кривична постапка, Мапа на патот за правата на жртвите во ЕУ и Директивата на ЕУ за поддршка на жртвите на криминалот) под жртва пред сè се подразбираат жртви во кривична постапка, односно оние кои го пријавиле кривичното дело. На тој начин ЕУ практично го прифаќа правниот поим за жртви, кој во голема мерка се совпаѓа со поимот кој е прифатен во националните законодавства на повеќето земји во Европа, но и надвор од неа. И покрај големата важност што овие документи ја имаат за подобрување на положбата на жртвите во ЕУ, ова резултира во нивно ограничено вклучување во правата на жртвите, посебно со правото на помош и заштита. Имено со оглед на релативно малиот број на жртви кои пријавуваат кривични дела со кои се оштетени, добар дел од жртвите всушност остануваат неопфатени со барањата на овие меѓународни документи кои им се поставени на државите членки на Европската Унија во поглед на почитување на правата на жртвите. Со други зборови, овие меѓународни документи, кои се поврзани со правниот концепт на жртвата, имаат многу ограничено значење за пристап до помош и заштита на огромниот број на жртви кои никогаш не стасуваат до системот на кривична правда.⁴⁸

Слично мислење изрази и Дејвид Мекејн (*David McKenna*), претседател на Европската помош за жртвите, на конференција „Жртви на криминалитетот во Европската Унија: правна агенда по Лисабон“ која е одржана од 9-10 јуни 2011 год. во Триер, Германија. Во таа прилика тој истакнал дека треба да се запре со приказните за жртвите на суд затоа што само мал број на жртви стигнува до судовите.⁴⁹

Судијата Џон Томас (*John Thomas*) во својата презентација критички се справи со ставот на судиите спрема жртвите. Тој посочи дека судиите ја потенцираат нивната независност, а недоволно своите обврски и одговорности. Сепак, правото на независност не подразбира и право на ароганција.⁵⁰

⁴⁸ Različita shvatanja pojma žrtve i njihove konsekvence na odnos društva prema viktimizaciji, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012), str. 29.

⁴⁹ Nikolić-Ristanović, V.: *Prokaz konferencije „Žrtve kriminaliteta u Evropskoj uniji: post-Lisabonska pravna agenda*, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012), str. 253.

⁵⁰ *Op. cit.* Nikolić-Ristanović, V. Istraživanje koje je sprovedeno u 22 evropske zemlje pokazalo je da samo manjina sudija prihvata trening. Sudije treba da artikulišu svoje odluke u kontekstu prava žrtava (na primer, kada odlažu suđenja i sl.). „Ljudi menjaju ponašanje na osnovu posledica“, rekao je sudija Tomas. „Problem sa sudijama je što oni nikada ne snose posledice svojih odluka. Izvršilac ide u zatvor i to je to“.

Заклучок

Поимот „жртва“ потекнува од англо-американскиот правен систем и е најсличен со поимот „оштетен“ што го среќаваме во европско-континенталниот правен систем. Покрај различните поими, овие два поими имаат и суштинска разлика. Поимот „жртва“, каков што го среќаваме, во преден план ги истакнува личните права, промовирајќи го правилото дека со жртвите во постапката мора да се постапува со сочувство, со почит и со уважување на достоинството на жртвата. Тоа практично значи дека положба на жртвата во процесот е слична како на сведокот кон кој мора да се покаже дополнителен обсир. Подоцна, судската практика во англо-американскиот правен систем, востановила уште некои права. Тука е правото на жртвата да биде известена за постапката, за доказите со кои располага обвинителството, за можноста за откажување од гонење или за условен отпуст на оптужениот, со што положбата на жртвата во процесот би се подобрила. Кога станува збор за право на надомест на штета претрпена од некого при вршење кривично дело, тоа постои и во англо-саксонскиот правен систем, но долго постоела дилема дали тоа право се црпи од процесно-правната положба на жртвата или тоа право има своја независна правна судбина во кривичната постапка.

Во текот на минатите декади, прашањето за жртвите на криминалитетот, предизвикувало сè поголемо внимание и кај истражувачите, но и кај општеството во целина, и тоа како на меѓународен, така и на национален план. Биле спроведени бројни реформи во насока на подобрување на достапноста на помошта и поддршката на жртвите.

Усвојувањето на меѓународните документи во текот на последниве декади, претставува јасен доказ за засилување на механизмите за заштита на основните човекови права. Еден од поважните ефекти од овие документи е ставањето на акцентот врз жртвите на криминалитетот. Меѓутоа, до сега меѓународните документи главно биле ориентирани кон регулирање на правата на жртвите во контекст на кривично-правниот систем, додека повеќето жртви што реално имаат многу потреби, остануваат надвор од овие рамки.

РЕФЕРЕНЦИ

Книги:

1. Dragičević-Dičić, R.: *Pomoć i zaštita žrtava u krivičnom postupku*, Pravo žrtava i EU: Izazovi pružanja pomoći žrtvama, Viktimološko društvo Srbije i „Prometej“, Beograd, 2010.
2. Duatbegović, A.; Pivić, N.: *Položaj oštećenog u krivičnom postupku Bosne i Hercegovine*,
3. *Anali pravnog fakulteta univerziteta u Zenici*, Zenica, 2011.
4. Dedović-Adžajlić, A.: *Priručnik za nastavu na AAB univerzitetu u Prištini, Kosovo, iz Restorativnog pravosuđa*, Sarajevo, 2007

5. Jovanović, S.; Galonja, A.: *Zaštita žrtava trgovine ljudima u krivičnom i prekršajnom postupku*, Beograd, 2011.
6. Katić, M.: *Zaštita žrtava zločina protiv čovečnosti*, Novi Sad, 2015.
7. Lindgren, M.; Nikolić-Ristanović, V.: *Žrtve kriminaliteta – međunarodni kontekst i situacija u Srbiji*, Organizacija za Evropsku bezbednost i saradnju (OEBS), Misija u Srbiji, Odjeljenje za sprovođenje zakona, Beograd, 2011.
8. Nikolić-Ristanović, V.: *Uticao žrtve na pojavu kriminaliteta*, Beograd, 1984.
9. Ramljak, A. A.; Simović N. M.: *Viktimologija*, Banja Luka, 2006.
10. Šeparović, Z.: *Viktimologija-studije o žrtvama*, 3. izdanje, Zagreb, 1998.
11. Šeparović, Z.: *Viktimologija, studije o žrtvama*, Tiskara, Zagreb, 1985.
12. Škulić, M.; Lukić, D.; Vekarić, B.; Peković, S.; Plazinić, M.; Vučković, B.; Jovanović, M.; Matić, M.: *Uloga i mogućnost javnog tužioca u zaštiti žrtava krivičnog dela*, „Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije“, Beograd, 2009.
13. Spackman, Ph. (eds) : *Helping People Cope with Crime*, Victim Support Handbook, Abingdon, 2005.
14. Vujanić, M. i grupa autora: *Rečnik srpskog jezika*, Matica Srpska, Novi Sad, 2007
15. Žarković, M.: *Osnovni elementi prava žrtve na kompenzaciju*, u: *Pravo žrtve na kompenzaciju*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2011.

Списанија:

1. Betričević, A.: *Ekološka krivična dela - zločini bez žrtve?*, Temida, god. 15, br. 1, 2013.
2. Bloomfield, D.; Barnes, T.; Huyse, L.: *Reconciliation After Violent Conflict*, in: *V pomoć svidetelю*, “Kart-Blansh Proektn i Rešenil”, Moskva, 2008.
3. Čopić, S.: *Žrtve kriminaliteta u sistemu državne (krivičnopravne) reakcije*, „Temida“, god. 6, br. 1, (2003), str. 20.
4. Filipčič, K.: *Položaj žrtava krivičnih dela u zakonodavstvu Republike Slovenije*, Temida, br. 1, godina 11, 2008.
5. Meridith, M. V.: *Victim identity and respect for human dignity: a terminological analysis*, *International Review of the Red Cross, War victims*, ed. Pfanner T., Volume 91, Number 874, Geneva, Switzerland, June, 2009.
6. Nikolić-Ristanović, V.: *Prikaz konferencije, Žrtve kriminaliteta u Evropskoj uniji: post-Lisabonska pravna agenda*, „Temida“, god. 15, br. 1, (2012).
7. Nikolić-Ristanović, V.: *Različita shvatanja pojma žrtve i njihove konsekvence na odnos društva prema viktimizaciji*, „Temida“, god. 15, br. 1, 2012.
8. Novaković, M.: *Pojam indirektno žrtve u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava*, Institut za uporedno pravo, Beograd, „Strani pravni život“, 1/2011.
9. Pavišić, B.: *Komentar zakona o kaznenom postupku. 5. izdanje*, Rijeka 2005.

10. Pfanner, T. ed. : *International Criminal Tribunals, Interview with Philippe Kirsch*, President of the International Criminal Court, International Review of the Red Cross, Volume 88, Number 861, Geneva, Switzerland, March 2006.
11. Škulić, M.: *Oštećeni u krivičnom postupku – kako poboljšati njegov položaj*, Temida,, br. 3-4, 2000.
12. Službeni glasnik BiH“, br. 03/03
13. Waller, I.: *Justice, even for victims: quick reading for the elites of the un and member states*, in: Melup, I.: *Victims of Crime and Abuse of Power*, Bangkok, 11th UN Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, April 2005.

Правни акти:

1. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, („Službene novine Federacije BiH“, br.35/03,37/03,56/03)
2. „Narodne novine Republike Hrvatske“ br. 152/08 i 76/09
3. „Službene novine Federacije BiH“, br.35/03,37/03,56/03
4. „Službene novine Federacije BiH“, broj: 36/99
5. „Službeni glasnik BiH“, br. 36/03
6. „Službeni glasnik BiH“, br. 50/04
7. „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 72/2011,101/2011,121/2012, 32/2013 i 45/2013
8. „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009,121/2012 i 104/2013
9. „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 02/4.3-409/10
10. „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 100/09
11. „Službeni glasnik Republike Srpske“, broj 49/03
12. Čl. 358. KZ RS. 178. KZ BD BiH.

Референци на веб-страници:

1. <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1011109&Site=CM> posećeno dana 27.12.2014. godine u 13,53 časova.

КРИМИНОЛОШКА ОПСЕРВАЦИЈА НА ПОСЛЕДИЦИТЕ ОД ЕВРОПСКАТА МИГРАНТСКА КРИЗА

Елена Максимова

Доцент на Правен факултет, “Универзитет Гоце Делчев”, Штип

Е-маил: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Олга Кошевалиска

Вонреден професор на Правен факултет, “Универзитет Гоце Делчев”, Штип

Е-маил: olga.gurkova@ugd.edu.mk

Лазар Нанев

Насловен Вонреден професор на Правен факултет,

“Универзитет Гоце Делчев”, Штип

Е-маил: lazar.nanev@ugd.edu.mk

Апстракт

2015 година донесе мигрантска криза во која иако мигрантите претендираа влез во некоја од земјите на Европската Унија, истата не ги заобиколи и земјите кои не се членки на ЕУ а се наоѓаат на европското тло. Конкретно нашата земја согласно местоположбата, се најде како дел од најкористената рута – Западнобалканската рута, за транзит до посакуваната дестинација. Проблемите од кривично правен аспект особено се засилија по затворањето на рутата во март 2016 година, што придонесе за засилување на обидите за нелегален влез, дури и по цена инволвирање во вршење кривични дела. Рутата, се уште остана атрактивна, за разлика од алтернативите кои не се проодни како неа, и иако затворена се користеше илегално. Така и се засилија вршењата на кривичните дела од мигрантите и кон мигрантите, кое пак ги направи жртви и на неколкукратни сериозни повреди на човековите права и слободи. Особено вршењето на делата трговија со луѓе и криумчарење мигранти, како особено потешки и попроблематични за откривање, препознавање и сузбивање. Перманентната анализа на материјата, до денешен датум, е особено потребна заради спречување на исти и слични практики во иднина. Затоа во трудот ќе дадеме краток криминолошки осврт на кривично – правните последици кои ги остави кризата, односно најтешките сторени кривични дела трговија со лица и криумчарење мигранти.

Клучни зборови: *трговија со луѓе, криумчарење мигранти, жртви, руты, статистика*

CRIMINAL OBSERVATION OF THE CONSEQUENCES OF THE EUROPEAN MIGRANT CRISIS

Elena Maksimova

Assistant professor, Faculty of Law, University “Goce Delcev”-Shtip

E-mail: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Olga Koshevaliska

Associate professor, Faculty of Law, University “Goce Delcev”-Shtip

E-mail: olga.gurkova@ugd.edu.mk

Lazar Nanev

Professor Dr, Faculty of Law, University “Goce Delcev”-Shtip

E-mail: lazar.nanev@ugd.edu.mk

Abstract

2015 brought a migrant crisis in which, although migrants aspired to enter one of the countries of the European Union, it did not bypass the non-EU countries that are on European ground. Specifically, our country, having in mind its location, found itself as part of the most used route - the Western Balkans route, for transit to the desired destination. Problems, from a criminal legal point of view, intensified especially after the closure of the route in March 2016, which contributed to the intensification of attempts for illegal entry, even at the cost of involvement in committing crimes. The route still remained attractive, unlike alternatives that are not passable like it, and although closed, it was used illegally. Thus, the the crimes that are done from the migrants and especially towards the migrants, has made them victims of several serious violations of human rights and freedoms. Especially the acts of trafficking in human beings and smuggling of migrants, as particularly severe crimes that are problematic to detect, recognize and suppress. Permanent analysis of the matter, to date, is especially necessary to prevent similar practices in the future. Therefore, in the paper we will give a brief criminological overview of the criminal-legal consequences left by the crisis, ie the most serious crimes committed in the period - trafficking in human beings and smuggling of migrants.

Keywords: *human trafficking, migrant smuggling, victims, routes, statistics*

Вовед

Кривично – правните нус појави и криминалитети коишто се сторени при обидот да се транзитира низ државата, имаат меѓународни размери и ги засегаат не само државите во регионот, туку многу пошироко. Палетата на вакви кривични дела сторени и од мигрантите и кон нив е доста разнолика и широка. Сепак она што изискува проучување и перманентна опсервација се најтешките облици на криминалитети кои во главниот фокус ги имаат мигрантите како жртви. Имено, шверцот со мигранти, како едно од потешките дела кое го повлече мигрантската криза, во себе крие несомнена опасност од кршење на човековите права, и може да биде поврзано со голем број ризици во оваа насока, особено кога станува збор за најранливите категории мигранти. Мигрантите кои се шверцуваат лесно можат да станат жртви на насилство, злоупотреба и експлоатација, особено ако се соочат со насилни шверцери и не се во можност или не сакаат да бараат заштита од државните институции во кои се наоѓаат. Во контекст на шверц, мигрантите можат да бидат жртви на кривични дела како што се изнудување, киднапирање и насилство врз основа

на пол. Покрај тоа, нивните човекови права може да бидат загрозени со мерки за спречување на неправилна миграција, како и строги мерки против шверц на мигранти. Затоа фокусот во трудот го ставаме во оваа насока, која дава слика и на другата страна од монетата, односно покажува како целокупниот труд на ЕУ и земјите од регионот за регулирање на ваквите миграциски текови, всушност се одрази врз самите мигранти.

Мигрантската криза, а особено затворањето на Западнобалканската рута, од кривично – правен аспект, имаа свои криминогени ефектуирања, во нашата земја, регионално, и глобално. Обидите за продолжување на транзитот на мигрантите по оваа рута не згасна со нејзиното затворање. Иако дел од мигрантите се обидуваат да допрат до Европското тло користејќи ја алтернативната Јадранска рута (Грција – Албанија – Косово – Црна Гора, чија географската положба патем воопшто не е наклонета за вакво патување), сепак не успеа да заживее како Балканската рута, па мигрантите продолжија да се обидуваат илегално, самостојно или со помош на криумчари, да транзитираат низ Македонија кон север, а потем кон посакуваната дестинација. Од 2015 година голем број мигранти и бегалци преминаа на Балканот. Бројот беше голем во 2016 година, со благ пад во 2017 година, за повторно да се искачи на високо ниво во 2018 година. Во 2019 година високата бројка се задржа и не се смени во текот на првата половина на 2020 година. Географската локација на Македонија несомнено има огромен придонес за големиот проток на имигранти. Како земја која не е членка на ЕУ, а граничи со членките на ЕУ - Грција на југ и Бугарија на исток, Македонија беше на патот на трасата што ја користеа многу мигранти и бегалци кои бараа да стигнат до земјите од Северна и Западна Европа. А со тоа нашата рамка за борба против криминалитетите кои се јавуваа патем се доведе под сериозен притисок, концептуално и практично, како и во некои други земји во регионот¹.

1. Последиците од мигрантската криза гледано од кривично – правен аспект

Мигрантската криза, во регионот, се покажа дека придонесе кон јавување на две вида на кривични дела поврзани со мигрантите. Во првата група се кривичните дела на нашите државјани извршени кон мигрантите. Во втората група се кривичните дела извршени од мигрантите со неколку подоблици: кривични дела од мигранти сторени кон останати мигранти, кривични дела од мигранти сторени кон наши државјани, потоа кривични дела кои ги вршат дел од мигрантите со цел да им помогнат на нашите, домашните, сторители на кривични дела (како на пример кога се инволвирани во организирана група за

¹ Brunovkis A., Surtees, R., Identifying trafficked migrants and refugees along the Balkan route. Exploring the boundaries of exploitation, vulnerability and risk, [Crime, Law and Social Change](#) volume 72, pages 73-86.

криумчарење), и кривични дела со кои не се нанесува штета на некое лице (пр.фалсификување исправа). Најброни кривични дела вршени во регионот се секако недозволените минувања на државните граници кои ги вршат мигрантите, криумчарењето на мигранти кои го вршат организирани криминални групи во кои често се инволвирани и домашни државјани, како и трговијата со луѓе која пак од своја страна носи тешкотија во однос на докажување и процесуирање воопшто, а со тоа и нејзино внесување во официјалните статистики.

Оваа година, иако се уште не измината, покажа дека проблемот не се редуцира, ниту истиот е ставен под контрола. Мешовитите миграциски текови кои влијаат на целиот регион, доведоа до значителни оперативни предизвици во справувањето со злосторствата што се појавија на патот. Меѓу оние кои патуваат на овие рути, честопати има луѓе од различни профили и со различни потреби. Како што споменавме, многу од нив се шверцовани мигранти кои лесно можат да бидат подложени на разни злоупотреби од организирани криминални структури. Лицата кои настојуваат да влезат во земјата по секоја цена, се доведуваат во опасност да станат жртви на физичко насилство, закани, незаконско лишување од слобода, измама, грабеж и изнуда. Ова се всушност најчестите кривични дела што биле пријавени од мигрантите во граѓански организации во Македонија, но скоро без исклучок мигрантите не одлучуваат да поднесат кривична пријава против сторителите на кривичните дела со цел да избегнат натамошно задржување на територијата на Македонија. Од овие причини, откривање на други кривични дела извршени од шверцери и трговци со луѓе во голем број случаи е ограничено во добивање информации од жртвите кога ќе се открие случај на криумчарење мигранти или потенцијална трговија со нив. Глобалниот извештај на UNODC за трговија со луѓе од 2016 забележува дека многу случаи на трговија со луѓе „започнуваат со луѓе кои сакаат да мигрираат, но нема друга опција освен да се потпираат на некој за кој верува дека ќе ја олесни нивната нередовна миграција во подобар живот“ (UNODC, 2016: 60). Конкретно, Глобалниот извештај забележува дека недостатокот на редовни канали за миграција и семејно обединување не остава друга опција за луѓето кои бегаат од конфликт и прогон, туку да донесат „опасни решенија за миграција“, честопати изложувајќи се на ризик да бидат тргувани и експлоатирани на пат или во земјите на одредиште. Така, при ова патување се вршат мноштво на кривични дела и од страната на мигрантите но и кон нив, виктимизирајќи ги. Мигрантите често се инволвирани во вандализам, кражби, тешки телесни повреди и насилства од една страна и криумчарење и трговија со луѓе како посериозни кривични дела од друга. Но кога станува збор за последните, многу почесто се во улогата на жртви.

Многу бегалци кои влегоа во земјава незаконски, стануваат жртви на шверцери, но и жртви на кривични дела од омраза. Хелсиншкиот комитет има регистрирано повеќе од 30 инциденти на разбојништва и разбојнички кражби.

Разбојничките кражби имаат слични карактеристики, односно на жртвите или им се нуди лажан превоз или се пресретнуваат, по што сторителите им се закануваат или ги измамуваат, ги напаѓаат со ладно оружје (но понекогаш огнено оружје, како и електрично палки) ги повредуваат и ограбуваат.²

Во пракса, границите помеѓу шверцот и трговијата со луѓе честопати се замаглуваат, главно заради тоа што врз нивно јавување влијаат истите политички и социоекономски фактори. Исто така, особено во Македонија, многу испитаници кои работеа директно со мигранти пријавија многу сомнителни случаи на трговија со луѓе меѓу мигрантите, но бидејќи повеќето од засегнатите лица ја напуштија земјата набргу по откривањето, а одговорните од првите редови се фокусираа на уредната регистрација и транзит на мигрантите, а не на нивните личните приказни - како и недоволно обучени за брзо забележување на индикаторите - ваквите потенцијални индикации за трговија и експлоатација остануваат неоткриени. Одговорните лица кои први доаѓаат во контакт со мигрантите претпочитаат да обрнат внимание на повеќе „видливи“ ранливости, како што се деца кои патуваат сами, бремени жени, лица кои имаат потреба од медицинска помош и стари лица одошто на нивната виктимизација во сериозни криминалитети³.

Според Triandafyllidou и Maroukis⁴ има три начини да криумчарените мигранти станат подложни на експлоатација или понатамошно тргување:

1. Кога се експлоатирани или кога е тргувано со нив во земјата на дестинација, затоа што од нив се бара да ја платат повторно цената за нивното „патување“
2. Кога стануваат жртви на трговија со луѓе заради сексуална експлоатација, принудна работа, или шверцување на дрога во транзит, и тоа најчесто од криумчарите кои стануваат трговци со луѓе,
3. Кога самите мигранти имаат тешкотии за да ги изнајдат средствата за да ја покријат цената на патувањето, што ги прави особено ранливи на понатамошна експлоатација со која би го покриле трошокот.

Според студијата на ИОМ и УНИЦЕФ од 2017 година⁵, некои специфични фактори ги прават децата и младите поакутно ранливи на трговија и експлоатација, вклучително и: патувања сами; имаат пониско ниво на образование; и колку долго патуваат (колку подолго патуваат, толку е поголема

² Refugee rights: National and international standards versus the situation on the ground - Helsinki Committee for Human Rights, 2017

³ Florin R., Healy, C., Trafficking along migration routes to Europe, bringing the gap between migration, asylum and anti-trafficking, International Centre for Migration Policy Development, EU, 2018, pg.16

⁴ Triandafyllidou, A., & Maroukis, T., Migrant smuggling: Irregular migration from Asia and Africa to Europe. UK: Palgrave Macmillian, 2012.

⁵ Forin R., Healy, C., Trafficking along migration routes to Europe, bringing the gap between migration, asylum and anti-trafficking, International Centre for Migration Policy Development, EU, 2018, pg.17

веројатноста да страдаат од експлоатација). Долгот се смета за еден од клучните индикатори за трговија и експлоатација. Изнудување на дополнителни средства, заканите за останатите членови на семејствата... се многу вообичаени начини за препознавање на насочници за сторено кривично дело криумчарење што лесно може да бидат и знаци за трговија со луѓе. Во многу случаи, постои и сексуално и психичко вознемирување од страна на шверцери или други членови на групата, особено на жени и придружувани деца.

Токму затоа што се работи за сериозни кривични дела, каде што неколкукратно се кршат човековите слобода и права, истите изискуваат перманентно проучување со цел нивно понатамошно превенирање. Ваквите кривично – правни импликации засемаат размери поголеми од територијата на нашата држава, затоа и борбата против нив треба да биде темелита и интернационална.

2. Статистичка анализа за најтешките кривични дела вршени кон мигрантите

Непосредно по појавата на мигрантската криза, почнаа да испливуваат проблемите кои се надоврза како сосем логичен тек на настаните, особено затворањето на Балканската рута во март 2016. Во 2016 година, 127358 лица беа спречени во обидите за илегално преминување на нашата граница. Регистрирани се 108 случаи на обид за шверц на 1961 мигранти. Преземени се мерки на гонење против 123 сторители на 80 кривични дела криумчарење мигранти⁶. 19 од нив се странски државјани. Повеќето мигранти со потекло од Авганистан, а потоа следат лица со потекло од Пакистан и Сирија. Според податоците на Основниот суд Скопје 1, Скопје, во 2016 година биле завршени 83 предмети и осудени се 99 лица, од кои 96 машки и 3 жени. Во 2016 година, беа забележани 121 потенцијални жртви на трговија со луѓе меѓу нередовни мигранти - вклучувајќи и 44 деца⁷.

2017 година носи пад на статистиките во оваа област. Забележани се 4129 лица кои претендирале нелегален влез во државата. За 2017 година нема официјален доказ за кривична постапка за кривично дело трговија со луѓе. Статистиката покажува дека откриените случаи на обид за криумчарење мигранти имаат тренд на опаѓање и постигнати се позитивни резултати во борбата против организирана криминална група, која е дел од меѓународна криминална мрежа, предводена од странски мигранти од Блискиот исток. Во 2017 година се откриени 19 случаи во обид за криумчарење 212 мигранти, а 36 сторители се обвинети за 13 кривични дела „Криумчарење мигранти“. Во однос

⁶ Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2018, 2019, URL= https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/GoDisen%20izvestaj%202018.pdf (Accessed 10 June 2020)

⁷ Трговија со луѓе и криумчарење мигранти во Северна Македонија - извештај, Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2019, стр.40

на сторителите, 88% се македонски државјани (претежно од скопски регион и околните села села, како и од велешкиот и гевгелискиот регион), а останатите се странски државјани. Во 2017 година, институциите идентификувале 97 потенцијални жртви на трговија со луѓе, од кои 75 се мигранти.⁸ 46 од нив биле возрасни машки лица, 9 се жени а 20 се деца⁹.

Што се однесува за 2018 година, забележливо е зголемување на статистиките за обид за влез, а и за сторени кривични дела поврзани со мигрантите, за разлика од 2017. 16895 лица се обиделе да влезат нелегално во државата. Исто како и во 2017 година, не се регистрирани кривични дела трговија со луѓе во 2018 година. Во 2018 год. Националната единица за борба против шверц со миграција и трговија со луѓе започна да работи како одговор на настанатите проблеми и тенденција за поефикасно справување со шверцот на мигрантите. Во 2018 година, откриените случаи се зголемени за 200%. Откриени се 58 обиди за криумчарење 891 мигранти. Преземени се мерки за кривично гонење против 62 лица за 44 кривични дела. 85,5% се Македонци, останатите 5 се бугарски државјани, 3 се авганистански државјани и еден е пакистански државјанин. Сузбиени се три организирани криминални групи: четворичлена група која го користела „зелениот појас“ од Грција кон Македонија, втора група сочинета од двајца македонски државјани и непознат грчки државјанин кои превезуваат мигранти од Грција преку кумановско-липковскиот регион кон Србија, и деветчлена група, како дел од меѓународна организирана мрежа, вклучена во операција без визи за Соединетите држави и Канада.¹⁰

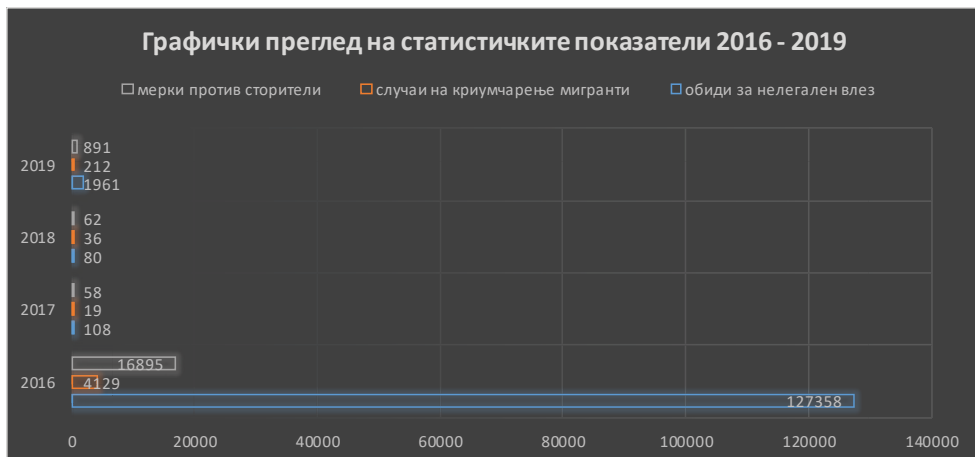
Регистрирани кривични дела давање услуги при преминување на територијата на државата од страна на локални криминални групи и лица лани забележале позитивен тренд на пораст за 11,4% во однос на 2018 година. Имено, во 2019 година 24601 лице се обиделе по нелегален пат да ја поминат границата, а се и 81 случај на криумчарење мигранти, за кои преземени се мерки на гонење против 96 лица за сторени 49 кривични дела „криумчарење мигранти“, 89,6% од сторителите се македонски државјани, а останатите се тројца косовски државјанин, пакистански и еден индиски, непалски, турски и бугарски државјанин. Покрај трендот на пораст, од друга страна пак постигнати

⁸ Годишен извештај на Националната комисија за борба против трговија со луѓе и илегална миграција за 2017, Скопје 2018, URL = <http://nacionalnakomisija.gov.mk/wp-content/uploads/2016/12/%D0%93%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD-%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98-%D0%BD%D0%B0-%D0%9D%D0%9A-%D0%B7%D0%B0-%D0%A2%D0%9B-%D0%B7%D0%B0-2017.pdf> (Accessed 5 June, 2020)

⁹ Трговија со луѓе и криумчарење мигранти во Северна Македонија - извештај, Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2019, стр.40

¹⁰ Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2018, 2019, URL= https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload//Godisen%20izvestaj%202018.pdf (Accessed 3 May 2020)

се значајни резултати во областа на криумчарење мигранти, т.е. сузбиени се четири организирани криминални групи во кои учествувале 43 припадници. Две од групите, една составена од 21-член, а една од 14 члена, работеле национално и биле инволвирани во шверцување мигранти кои потекнуваат од земјите на Блискиот исток, од територија на Грција, преку територијата на Македонија кон Србија, и од таму до земјите на ЕУ. Другите две криминални групи, составени од помал број членови (петчлена и тричлена криминална група) биле откриени при криумчарење мигранти¹¹. Така, спречен е шверц на 1.529 мигранти, чиј број исто така има позитивен нагорен тренд од 71,6% во однос на лани. Според структурата, 43,5% од шверцуваните мигранти се од Пакистан, а во првите три земји се мигранти од Авганистан со 28,2% и мигранти од Бангладеш со 14,3%.



Во првите три недели од јануари 2020 година, вкупно 1.365 мигранти влегоа во земјава нелегално. Поради затворањето на границите по влегувањето во сила на владините мерки и решенија за борба и спречување на епидемијата на коронавирусот „КОВИД 19“, беше очигледен падот на бројот на обиди за илегален премин на границите кон нашата земја. Така, за месеците март, април и мај годинава биле откриени 3047 мигранти, што е двојно помалку од истиот период лани. За периодот од почетокот на јуни, во првите 10 дена сторени се четири кривични дела за криумчарење мигранти, во кои биле откриени 186 илегални мигранти, биле откриени и фатени 878 нелегални мигранти, што е пак двојно повеќе од истиот период лани, а од овој број - 680 илегални мигранти биле откриени и фатени од полициските службеници од Полициската станица

¹¹ Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2019, 2020, URL= https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/%D0%9E%D0%9A%D0%A0%D0%90/%D0%93%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%202019.pdf (Accessed 3 May 2020)

за гранична контрола „Богородица“. Во врска со кривичните дела, заменик министерката за внатрешни работи Славјанка Петровска, во својата изјава за медиумите потенцираше дека се забележуваат одлични резултати, во борбата за сузбивање на криумчарењето мигранти¹².

Некои од извршителите, членови на организираната група, се полициски службеници, кои покрај интернет апликациите им даваат на групата координати за позицијата на полициските патроли¹³. Кога станува збор за профилирање на жртви на нелегален шверц или трговија, можеме да заклучиме дека најголем број нив, во периодот 2016-2020 година потекнуваат од Авганистан, Пакистан, Сирија, Ирак, Иран и Мароко. Други нередовни мигранти кои се пријавени во голем број од други земји, скоро без исклучок потекнуваат од Азија и Африка. Затворањето на границата долж балканската рута значеше дека голем број жени со деца и непридружувани деца се заглавени во држави по должината на трасата. На денот на затворањето на границите, на територијата на Македонија во прифатните-транзитни центри и во нивна непосредна близина имало вкупно 1.024 бегалци. Речиси сите беа изложени на голем ризик да станат жртви на криумчарење мигранти, а многу од нив имаа повеќе фактори на ризик за да станат жртви на трговија со луѓе.

3. Начини и рути за вршење на кривичните дела криумчарење мигранти и трговија со луѓе

Криумчарените мигранти и шверцерите ги избегнуваат државни контролни граници, регулативи за миграција и барања за визи најчесто користејќи ги двата главните начини:

- a. избегнување на обележани гранични премини; или
- b. измама на претставниците на граничните контроли.

Избегнување на обележани гранични премини се прави кога шверцуваните мигранти се кријат во возила кои патуваат во легалниот граничен сообраќај. Мигрантите се пронајдени скриени и во седишта за автомобили и во гумите од камиони. Исто така, шверцерите превезуваат мигранти и пеш долж „зелената граница“ меѓу Македонија и Грција.

Измата на граничните службеници се прави најчесто со употреба на лажни документи (со замена на сликата во пасош или замена на неколку страници од истата) - злоупотреба на туристички или други визи, лажни марки, со користење украдени пасоши и нецелосни визи итн.

Откако ќе ја поминат границата, шверцуваните мигранти можат да бидат придружувани во безбедна куќа или на друго место на состаноци каде што

¹² <https://www.pravdiko.mk/dvojno-e-namalen-brojot-na-ilegalni-migranti-koi-se-obidele-da-vlezat-vo-nashata-zemja/> (последно пристапено: 15.07.2020)

¹³ <https://www.slobodnaevropa.mk/a/29772560.html> (последно пристапено: 12.07.2020)

чекаат пред да бидат однесени во следниот дел од своето патување.¹⁴

Употребата на нелегален шверц станува норма наместо исклучок, кога режимите за привремена миграција ограничуваат одредени лица да ја преминуваат границата на легален и безбеден начин¹⁵. Во периодот на отворените граници, главната транзитна рута за мигрантите и бегалците минува низ Македонија како една од главните транзитни територии. Бегалци и мигранти влегуваа во прифатниот и транзитниот центар Винојуг, Гевгелија, кој се наоѓаше до границата со Грција. После регистрацијата и краткиот престој во центарот, бегалците се упатуваа кон транзитниот центар Табановце, од каде ја преминуваа границата со Србија кај селото Миратовац. Во повеќето случаи, бегалците и мигрантите од таму се упатуваа кон селото Хоргош во северо-источна Србија, од каде ја минуваат границата со Унгарија, а во помал број случаи со Хрватска. Мигрантите на кои им било дозволено да влезат во земјата на граничниот премин Идомени (Грција) / Гевгелија (Македонија), го добиваат својот документ за регистрација во прифатниот центар во Гевгелија. Од Гевгелија, мигрантите претежно го продолжуваат транзитот директно кон македонско-српската граница кај прифатниот центар Табановце. Патуваат со автобус, воз или такси и мора да плаќаат за своето патување. Некои од мигрантите беа принудени да пешачат неколку километри од Табановце до Миратовац, транзитниот камп на српската страна на границата, по патека со калливи пресеци и две струи без мостови¹⁶.

По затворањето на границата долж Балканската рута, шверцерите бргу ги обновуваа рутите за шверц на мигранти во регионот. Значаен дел од миграциските текови беа насочени преку Албанија и Босна и Херцеговина кон Хрватска, како и од Бугарија, преку Србија кон Хрватска. Меѓутоа, поради географската локација на Македонија, и покрај засилените мерки за контрола на границата со Грција, некои мигранти продолжија нередовно да транзитираат низ територијата на Република Македонија, главно организирани од криминални групи вклучени во шверц на мигранти. Најчестите рути за криумчарење мигранти од Грција кон Македонија минуваат во близина на селото Моин, западно од реката Вардар, како и селата Стојаково и Селемли источно од реката Вардар. Граничниот премин Богородица се користи за криумчарење мигранти во патнички и товарни возила, а има и случаи на криумчарење мигранти во патнички и товарни возови на граничниот премин Гевгелија. За нелегални премини на мигранти, шверцерите

¹⁴ Калач, Ј., Кривично – правен аспект на криумчарењето мигранти во Република Македонија, 2016, достапно на <https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2016/08/kriumcarenje-migranti.pdf>

¹⁵ Carling, J., Gallagher, AT, RMMS Discussion paper no. 2: Above the definitions, Global Migration and the Nexus of Smuggling - Smuggling, Regional Secretariat for Mixed Migration, Nairobi, 2015, p.3

¹⁶ The Balkan Migrant Crisis An Introduction, Transit Countries Migrant Analysis Project, Start Network. ACAPS, MapAction, 2015, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/46801>

ја користат и планината Беласица, од каде мигрантите се превезуваат во областа Дојран. Поради зголемените безбедносни мерки на зелената граница, постои тренд на зголемени обиди за криумчарење мигранти преку службени гранични премини со употреба на патнички или товарни возила.

Во текот на 2016 година, транзитните центри во Винојуг, Гевгелија (ТЦ Винојуг) и Табановце, Куманово (ТЦ Табановце) спонтано беа преименувани во „прифатно-транзитни центри“ (ПТЦ), без официјална одлука, но истото беше евидентно во писмената преписка помеѓу институциите. Во 2018 година тие продолжија да функционираат според претходно воспоставените принципи. Споредено со 2017 година, како што споменавме и погоре, оваа година се карактеризира со зголемен прилив на нерегулирани мигранти и бегалци кои се обидуваат да стигнат до својата посакувана дестинација преку преминување на границата нелегално и преку шверцерски рути¹⁷. Оваа година беше забележана промена на трасата и употребата на нови правци за нелегални премини - преку користење на Јадранската рута исто така споменета погоре. Зголемените патроли ги натераа мигрантите да ја променат трасата за нелегален влез и се движеа низ Струмица, Радовиш, Свети Николе.

За нелегални премини на границата меѓу Македонија и Србија, најчестите рути на илегална миграција и криумчарење мигранти минуваат низ регионот на општина Липково - зелена граница кај селото Лојане, кон селото Миратовач во Србија, како и областа околу селото Табановце, општина Куманово¹⁸. Исто така, зголемени се обидите за илегални премини на северната граница со Србија, заради безвизниот режим што Србија го воведо за државјаните од Иран и Индија - мигрантите пристигнуваа во Белград со авион од Истанбул или Иран, а потоа шверцерите ги транспортираат во Прешево, Бујановац и Миратовица, од каде ги земаат шверцерите од Македонија. Шверцерите им ги одземаат личните документи и се организирале за да ги пренесат во селото Лојане. Оттаму добиваат насоки за понатамошно патување во Гевгелија, а потоа и во Грција. Дел од мигрантите се организирани да бидат одведени во Гевгелија, а за некои се купуваат автобуски билети за Струмица и Гевгелија. Србија ја укина ваквата визната либерализација, па од средината на октомври до декември 2018 година - има пад кај овие групи на мигранти. Мигрантите кои ја користат оваа рута се откриваат во близина на реката Табановска, патот Миратовачки, како и околината Куманово и Скопје.

2019 година и зголемените статистики донесоа нов страв од повторување на сценарио од 2015 година. На почетокот на годината се случила некои полициски акции поврзани со криумчарење мигранти. Една криминална група, со 14 члена, организирала шверц на 400 мигранти, со потекло од Авганистан,

¹⁷ Податоци добиено од месечни извештаи на Црвен Крст - Македонија

¹⁸ Cvejic, S., Kitanov, S., MAPRING OF CRIME MIGRANTS IN THE REGION OF FORGOTTEN BALKAN, International Organization for Migration-IOM, 2017.

Пакистан, Ирак, Бангладеш и други земји на Средниот и Блискиот исток, кои претходно престојувале на територијата на Република Грција, вклучувајќи и деца, во периодот од март 2019 година до октомври 2019 година, стекнувајќи значителна противправна имотна корист од околу 150.000 до 200.000 евра. Откако мигрантите на територијата на Република Македонија биле префрлени нелегално од територијата на Република Грција, преку таканаречената „Зелена граница“ во околината на Гевгелија и Дојран, со помош на водичи биле однесени на претходно утврдени и договорени локации. Од овие локации, членовите на групата ги прифатиле мигрантите со патнички и товарни возила и ги транспортирале на локации во близина на селата Марвинци, селото Форка, Богданци, Удово и Демир Капија. Оттаму, мигрантите биле прифатени и транспортирани на претходно договорените локации на автопатот Куманово - „Табановце“, од каде што биле прифатени од други лица - нивни криминални соработници и однесени во кумановските села Ваксинце и Лојане, каде беа привремено сместени и засолништа во зградите. и помошници на криминалната група и потоа шверцувале преку северната граница кон земјите од ЕУ. Соработник во групата на организиран криминал бил и полициски службеник, кои давал известувања за можно распоредување на полициски патроли, проверки или заплени¹⁹. Повеќето од детектираните случаи на нерегуларна миграција на јужната граница се регистрирани на подрачјето на Богородица, кој сè уште останува најчесто користен коридор. Понатаму, со оглед на зголемените мерки за набудување на границите меѓу Северна Македонија и Грција (и Грција и Албанија), постои ризик неправилните текови да бидат фрагментирани и да продолжат низ југозападниот дел на земјата (регионот Преспа и Охрид)²⁰. Географскиот терен во овој регион е главно планински, со две природни езера (Охрид и Преспа), па се појави стравот од употреба на „сината граница“, водната граница за криминални активности која сама по себе носи несомнена опасност. Според статистиката на Министерството за внатрешни работи, главната рута за криумчарење мигранти е Коридорот 10: Гевгелија-Велес-Скопје, каде за превоз на мигрантите се користат патишта во Куманово, Струмица и штипскиот регион, односно делот од Гевгелија и Дојран до Куманово, до границата со Србија. Се користи и патот Валандово-Струмица, Струмица-Радовиш и Штип-Свети Николе, како дел од трасата за превоз на мигрантите кон Куманово и Скопје²¹.

¹⁹ <https://mvr.gov.mk/vest/10204> (Accessed 17.07.2020)

²⁰ REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA EU for improved border and migration management capabilities in North Macedonia, INSTRUMENT FOR PRE-ACCESSION ASSISTANCE (IPA II) 2014-2020, Action Document (North Macedonia) IPA II – 2020, pg.4

²¹ Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2019, 2020, достапен на https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/%D0%9E%D0%9A%D0%A0%D0%90/%D0%93%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%202019.pdf

И оваа година потврди користење на веќе разработените рути. Во февруари 2020 во камион запрен за време на рутинската проверка во близина Валандово, беа пронајдени 53 мигранти за кои се претпоставува дека се жртви на трговија со луѓе. Возачот идентификуван како 43-годишен македонец, требаше да биде товарен за сторено кривично дело за трговија со луѓе. 37 од мигрантите пронајдени во возилото потекнувале од Авганистан, 12 биле Пакистанци, двајца Индијци, еден Ирачки државјанин и еден Египќанец²². Значи, можеме да заклучиме дека балканската рута останува популарна. Мигрантите од случајов се пренесени во центрите во Скопје и профатно транзитниот центар во Гевгелија. За нив се верува дека нелегално влегле во Македонија од Грција и се очекува да бидат депортирани таму. Исто така, пред неколку месеци беа покренати и обвиненија во друг случај против Германец и Италијанка, осомничена за шверцување мигранти. Тие, наводно, се обиделе да прошверцуваат тројца мажи во земјата од Грција овој месец во автомобил со германски регистарски таблички²³. Во друг случај, 36 мигранти кои влегле нелегално од соседна Грција, биле пронајдени во камион за време на рутинска проверка. Полициските службеници, наводно, го запреле камионот во близина на јужниот град Струмица претходниот ден. Од триесетината лица во возилото вклучиле 21 Сиријци, девет Авганистанци, тројца Пакистанци, двајца Ирачани и едно лице од Камерун. Последните месеци се детектирани и мноштво на случаи како последица од претходно сторена сообраќајна незгода во која е вклучено и возилото со кое се пренесувале мигрантите на прво место.

4. Краток приказ на правната и институционалната рамка за борба против

Жртвите на овие тешки кривични дела мора да бидат, пред се, идентификувани и заштитени од надлежните државни органи. Државите исто така имаат обврска да обезбедат жртвите да добијат правно застапување, правна помош и пристап до специфични механизми за заштита на сведоци во согласност со домашното законодавство. Македонија како потписник на мноштво на документи кои ги штитат правата на мигрантите и на жртвите во вакви кривични дела, ја одразуваат обврската на државата да обезбеди соодветна заштита на жртвите од трговија со луѓе и шверцувани мигранти. Па така, во државата започна процесот на хармонизација на националното законодавство со цел да се усогласи со меѓународните стандарди во предметната област. Меѓу поважните закони кои содржат одредби кои ја регулираат материјата се секако Кривичен законик, Закон за кривична постапка, Закон за странци и Закон за меѓународна и привремена заштита.

²² <https://www.infomigrants.net/en/post/22774/north-macedonia-police-find-53-migrants-crammed-into-a-truck>

²³ <https://www.vaticannews.va/en/world/news/2020-01/north-macedonia-migrants-traffickers.html>

Со Кривичниот законик се врши инкриминација на односните криминалитети -трговијата со луѓе, криумчарењето мигранти, организирањето група и поттикнување трговија со луѓе и криумчарење мигранти и трговија со деца. Што се однесува до статусот на жртви на криумчарење мигранти, во отсуство на прецизно дефиниран правен статус, овие лица во согласност со одредбите на Законот за странци имаат статус на странци кои престојуваат на територијата илегално на Република Македонија заради нелегален влез.

Заштитата и рехабилитацијата на жртвите од трговија е координирана од Кабинетот на Националниот механизам за упатување, во рамките на Министерството за труд и социјална политика, во соработка со Центрите за социјална работа и невладините организации. Со член 120 и 121 од Законот за странци, се уредува статусот на жртвите на трговија со луѓе, а членот 121 гарантира период на размислување и закрепнување што може да трае до два месеци, со пристап до заштита, помош и закрепнување. Во овој период, жртвата треба да одлучи или да соработува во текот на овој период со надлежните органи вклучени во откривање на сторителите или да се врати во нивната земја на потекло или легален престој. Овој период може да се одложи кога жртвите се малолетни. За жртвите на трговија со луѓе и за придружувани малолетни лица може да се одлучи за привремен престој до една година, а овој период може да трае подолго доколку е потребно²⁴

Владата на Република Македонија во 2001 година донесе одлука за формирање на Национална комисија за борба против трговија со луѓе и илегална миграција со меѓуинституционален состав, и брои членови на Министерството за внатрешни работи, Министерството за труд и социјална политика, Министерството за образование и наука, Министерството за здравство, Министерството за надворешни работи, Министерството за правда, јавното обвинителство и судството. Обврски на комисијата се да ја следи и анализира состојбата со трговијата со луѓе и илегалната миграција, да ги координира активностите на надлежните институции и да соработува со меѓународни и невладини организации вклучени во решавањето на проблемите во областа на трговијата со луѓе. Во рамките на комисијата, функционира и Секретаријат, а и Подгрупа за борба против трговијата со деца. Во 2013 година, Комисијата формираше вкупно шест локални комисии за борба против трговија со луѓе и илегална миграција, кои опфаќаат општини Тетово, Битола, Штип, Прилеп, Велес и Гевгелија²⁵.

Националниот механизам за упатување жртви од трговија со луѓе започна да функционира во 2005 година со цел обезбедување соодветна идентификација, помош и заштита на жртвите од трговија со луѓе, засновано на меѓународни стандарди. Клучна оперативна улога во откривањето и борбата против овие

²⁴ Закон за странци, Службен весник на Република Македонија 97 од 28.02.2018

²⁵ Подетално на <http://lastrada.org.mk/institucionalna-ramka/> (последно пртапено на 23,06.2020)

кривични дела им Министерството за внатрешни работи и Одделот за гранични работи и миграција²⁶. Во овој сектор постои Мобилна единица за сузбивање на прекуграничниот криминал и компензаторните мерки, чија надлежност вклучува покривање на територијата на Македонија со мобилни тимови на граничната линија. Надлежно тело за гонење на сторители на криумчарење мигранти и трговија со луѓе е Основното јавно обвинителство за гонење на организиран криминал и корупција²⁷.

Во 2018 година е склучен меморандум за соработка помеѓу Министерството за внатрешни работи и Основното јавно обвинителство на Република Северна и формирана е Националната единица за борба против трговија со луѓе и илегална миграција²⁸. Пет мобилни тимови работат во Скопје, Куманово, Гевгелија, Битола и Тетово со надлежност за идентификација на ранливите и потенцијалните категории на лица, жртви на трговија со луѓе, во кои учествуваат претставници од МВР, МТСП и граѓанското општество. Усвоени се Националната стратегија¹ и Националниот акционен план за борба против трговија со луѓе и илегална миграција за периодот 2017-2020 година. Владата на Република Македонија е посветена на успешно спроведување на стратешките цели и активности. Целта на стратегијата е да се приближи земјата до меѓународните стандарди, да се поттикне зголемено разбирање на новите трендови и тенденции во оваа област ширум светот, како и подобрување на механизмите за координација за справување со оваа појава. Со новата национална стратегија и националниот акционен план како идентификувани се приоритетни цели: подобрена и зголемена координација и соработка помеѓу клучните актери и усогласување на националните политики, подобрена ефикасност и ефективност во спроведувањето на планираните стратешки цели и усогласување со новите политики на Европската унија во врска со нелегалната миграција.

Спречувањето на шверцот со мигранти и трговија со луѓе имаше значајно место во Акциониот план 3-6-9 на Владата на Република Македонија²⁹. Според него Владата ќе започне преговори со Европската комисија за статутарниот договор за европската служба за гранична и крајбрежна стража (ФРОНТЕКС), како и формирање на специјална единица за борба против трговијата со луѓе и криумчарење мигранти, која како што наведовме е формирана во 2018 година.

Заклучок:

Препораките и заклучоците од анализата, накратко, можат да бидат ставени во форма на посочување на добрите и лошите практики на Македонија во снаоѓање со криминалот кој се појави како последица од протокот на мигранти.

²⁶ <https://mvr.gov.mk/profilepage/sektor-za-granichni-raboti-i-migracii>

²⁷ <http://jorm.gov.mk/en/basic-public-prosecutors-office-for-prosecuting-organised-crime-and-corruption/>

²⁸ <http://nacionalnakomisija.gov.mk/mk/>

²⁹ <https://vlada.mk/plan-3-6-9>

Од почетокот на мигрантската криза, Македонија вложува значителни напори да ги исполни минималните стандарди за елиминација на сите видови на кривични дела што може да се направат кај мигрантите и сите видови кршења на нивните човекови права кои можеше и се случија патем. Кривичниот законик е изменет со клаузула за не казнување на жртвите од трговија со луѓе. Зголемените се ресурсите за заштита на жртвите. Владата потпиша договор за соработка со соседните земји Косово, Црна Гора и Србија за прашања поврзани со трговијата со луѓе, а формира и истражни тимови со соседите по тој редослед. На секој начин, забележани се поголеми напори во однос на претходниот период за одржување позитивни резултати во справувањето со оваа криза.

Сепак, забележително е дека Македонија не ги исполнува во целост минималните стандарди за елиминација на трговијата со луѓе, иако вложува значителни напори за тоа. Најпрво, воопшто и да немаме регистрирани случаи на трговија со луѓе од редовите на мигрантите, за кои несомнено имаме некакви сознанија дека се случува. Секој случај се сведува на негово потпишување како криумчарење на мигранти, што ги одведува во понеповолна положба жртвите и нивните права. Корупцијата и соучеството на службите во вршењето на кривични дела се значајни грижи во однос на ова прашање. Постои работна група против трговијата со луѓе, но работната група се фокусираше главно на шверцување мигранти, а не на трговија со луѓе. Одговорниците во првите редови се фокусирани на уредната регистрација и транзит на мигрантите, а не на нивните лични приказни и дали всушност некој од овие мигранти е претходно експлоатиран. Тие не се доволно обучени за брзо забележување на индикаторите. Полицијата ги идентификува претпоставените жртви на трговија со мигранти само како несакан ефект на операциите против шверцот. Исто така, судиите сè уште издаваат слаби казни за случаи на трговија со луѓе што се случуваат во земјата, под минималната казна утврдена за кривичното дело трговија со луѓе. Друг проблем е што владата не доделуваше грантови на невладини организации за работа против трговија со луѓе четири последователни години, и покрај тоа што можеби и најмногу се потпираше на нивната поддршка. Ова се некои од точките на кои треба да работиме што поскоро, а сите напори што се прават во изминатиот период треба да се зајакнат за да се добијат позитивни резултати.

Библиографија:

1. Brunovkis A., Surtees, R., Identifying trafficked migrants and refugees along the Balkan route. Exploring the boundaries of exploitation, vulnerability and risk, Crime, Law and Social Change volume 72
2. Carling, J., Gallagher, AT, RMMS Discussion paper no. 2: Above the definitions, Global Migration and the Nexus of Smuggling - Smuggling, Regional Secretariat for Mixed Migration, Nairobi, 2015

3. Cvejic, S., Kitanov, S., Mapping of Crime Migrants in The Region of Forgotten Balkan, International Organization for Migration-IOM, 2017.
4. Florin R., Healy, C., Trafficking along migration routes to Europe, bringing the gap between migration, asylum and anti-trafficking, International Centre for Migration Policy Development, EU, 2018
5. Refugee rights: National and international standards versus the situation on the ground - Helsinki Committee for Human Rights, 2017
6. Republic of North Macedonia EU for improved border and migration management capabilities in North Macedonia, instrument for pre-accession assistance (IPA II) 2014-2020, Action Document (North Macedonia) IPA II – 2020, pg.4
7. The Balkan Migrant Crisis an Introduction, Transit Countries Migrant Analysis Project, Start Network. ACAPS, MapAction, 2015, <https://data2.unhcr.org/en/documents/download/46801>
8. Triandafyllidou, A., & Maroukis, T., Migrant smuggling: Irregular migration from Asia and Africa to Europe. UK: Palgrave Macmillan, 2012.
9. Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2018, 2019, достапен на https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload//Godisen%20izvestaj%202018.pdf
10. Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2018, 2019, достапен на https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload//Godisen%20izvestaj%202018.pdf
11. Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2019, 2020, достапен на https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/%D0%9E%D0%9A%D0%A0%D0%90/%D0%93%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%202019.pdf
12. Годишен извештај на Министерството за внатрешни работи 2019, 2020, достапен на https://mvr.gov.mk/Upload/Editor_Upload/%D0%9E%D0%9A%D0%A0%D0%90/%D0%93%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD%20%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98%202019.pdf
13. Годишен извештај на Националната комисија за борба против трговија со луѓе и илегална миграција за 2017, Скопје 2018, <http://nacionalnakomisija.gov.mk/wp-content/uploads/2016/12/%D0%93%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D1%88%D0%B5%D0%BD-%D0%B8%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%88%D1%82%D0%B0%D1%98-%D0%BD%D0%B0-%D0%9D%D0%9A-%D0%B7%D0%B0-%D0%A2%D0%9B-%D0%B7%D0%B0-2017.pdf>
14. Закон за странци, Службен весник на Република Македонија 97 од 28.02.2018

15. Калач, Ј., Кривично – правен аспект на криумчарењето мигранти во Република Македонија, 2016
16. Трговија со луѓе и криумчарење мигранти во Северна Македонија - извештај, Македонско здружение на млади правници, Скопје, 2019

<http://jorm.gov.mk/en/basic-public-prosecutors-office-for-prosecuting-organised-crime-and-corruption/>

<http://nacionalnakomisija.gov.mk/mk/>

<http://nacionalnakomisija.gov.mk/wp-content/uploads/2016/12/Nacionalna-strategija-i-akciski-plan-za-borba-protiv-trgovija-so-lugje.pdf>

<https://mvr.gov.mk/profilepage/sektor-za-granichni-raboti-i-migracii>

<https://mvr.gov.mk/vest/10204> (Последно пристапено на 17.07.2020)

<https://vlada.mk/sites/default/files/programa/2017-2020/Plan%203-6-9%20MKD.pdf>

<http://nacionalnakomisija.gov.mk/wp-content/uploads/2016/12/Nacionalna-strategija-i-akciski-plan-za-borba-protiv-trgovija-so-lugje.pdf>

<https://vlada.mk/sites/default/files/programa/2017-2020/Plan%203-6-9%20MKD.pdf>

<https://www.infomigrants.net/en/post/22774/north-macedonia-police-find-53-migrants-crammed-into-a-truck>

<https://www.pravdiko.mk/dvojno-e-namalen-brojot-na-ilegalni-migranti-koi-se-obidele-da-vlezat-vo-nashata-zemja/> (последно пристапено: 15.07.2020)

<https://www.pravdiko.mk/wp-content/uploads/2016/08/kriumcarenje-migranti.pdf>

<https://www.slobodnaevropa.mk/a/29772560.html> (последно пристапено: 12.07.2020)

<https://www.vaticannews.va/en/world/news/2020-01/north-macedonia-migrants-traffickers.html>

<http://lastrada.org.mk/institucionalna-ramka/> (последно пристапено на 23.06.2020)

<https://vlada.mk/plan-3-6-9> (последно пристапено на 05.07.2020)

THE 19TH CENTURY GERMAN LEGAL SCIENCE AND ITS CONTRIBUTION TO CONTEMPORARY PRIVATE LAW

Sami Mehmeti, PhD

Assistant professor,

Southeast European University, Faculty of Law, Tetovo

Email: s.memeti@seeu.edu.mk

Abstract

Since its modern origins German law was ‘learned law’, a law that emanated from academic teaching and writing. The emergence of the ‘learned’ lawyers is intimately linked to the transition from medieval feudalism to the modern state in the later Middle Ages. The new concept of legal science developed by German lawyers near the beginning of the 19th century was a reaction to a particular methodological challenge. This challenge derived principally from the jurisprudential void left after Kant’s critical philosophy had discredited the belief in the postulations and methods of natural law that had been pre-eminent the previous centuries. The German Pandectist School, which epitomized the foremost authority of German legal science at that time, took a revitalizing outlook to Roman law, in order to build a system of contemporary private law to meet the main requirements of the modern society. Its goal was to create a rigorously logical and comprehensive legal system by developing abstract and coherent concepts which, together as a whole, form a law that is supposed to be free from gaps. It introduced core legal concepts like the ‘declaration of intent’ and the ‘legal act’ in private law and it also had profound impact scholarship and legislation throughout Europe and beyond.

Keywords: *Legal science, Historical school of law, conceptual jurisprudence, German civil code, private law*

1. Introduction

Since early modern period German law was considered ‘learned law’, a law based on scholarly teaching and writing. German lawyers were historically typically academic or ‘learned’ lawyers, all of them utilizing the very same legal texts on Roman-Canon law, following the same conventional scholastic methodology and legal terminology, sharing the same intellectual upbringing, the same trust in academic study of the law and the same reverence for those in charge of studying and interpreting it, the law professors.¹

¹ Dawson, J. P., *The Oracles of the Law*, 1968, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1968, p. 450.

The scholars' unrivalled reputation quickly converted into tremendous impact on the lawmaking activities, both statutory and judicial. There appeared a procedural practice that would be later prescribed by legislation and that assured a cohesion of judicial decisions with prevalent scholarly opinion, the so-called '*Aktenversendung*'. From the beginning of the 16th century onwards it was usual for a court to send the documentation of a complicated case to a group of professors at a law school (*Spruchkollegium*), with a formal request for an opinion on the legal aspects of the dispute.² Even though final judgment was formally delivered in the name of the court that had sent the case, the opinion of the professors was generally expressed in the form of a judgment and had binding effect on the court, meaning that the professors were de facto acting as a collegiate body of judges. The legal science was only force that could create an increasing level of legal unity in Germany. On a practical aspects the scholars clearly demonstrated that they were able of fulfilling their aim to establish legal unity throughout the country. On a theoretical level they asserted both a justification for the legitimacy of academic lawmaking and a remarkable example of the method to be used for that purpose.³

In the start of the 19th century German jurists began to search for a new legal science. They also began to use the term '*Rechtswissenschaft*'. It meant a legal science in the limited Kantian sense, a science of positive law.⁴ From a Kantian standpoint, it was obvious that the new legal science had to meet at the minimum two criteria. First, in order to avoid the speculation of the School of natural law, it had to be just a science of positive law, and as a consequence its method had to be completely empirical. Second, in order to be considered a '*Wissenschaft*', it should create a coherent and elaborate structure of its subject; i.e. it should be a scientific system.⁵

² Wieacker, F., *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 136.

³ Stefan Vogenauer, *An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law*, *Cambridge Law Journal*, Vol. 64, No. 2, 2005, p. 486.

⁴ The 'Law of Reason' had serious methodological shortcomings that it uncritically combined a variety of elements—ethics and law, positive law and ideal law, observation and speculation. The combination of these elements, led to complete methodological uncertainty. When the natural law failed to differentiate between ethics and law, it perplexed different types of standards of conduct. Kant demanded on their separation. Ethical standards are internal; i.e., they have to do with one's conscience but cannot be enforced by external authority. Legal standards are external. The natural law also failed to differentiate between the knowledge of actual rules and the search for ideal standards. This critique thoroughly tarnished the reputation of the natural law school in the eyes of the generation of legal scholars after Kant. Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, *Boston College Law Review*, Vol. 31, No. 4, 1990, pp. 845-846. See also: Leonard Kriege, *Kant and the Crisis of Natural Law*, *Journal of the History of Ideas*, Vol. 26, No. 2, 1965, pp. 191-210.

⁵ *Ibid.* p. 847.

2. Savigny and the Historical School of Law

The polemic on codification in the early 19th century is one of the most exciting episodes in the history of German legal scholarship. In the programmatic writings of 1814, Anthon Thibaut and Friedrich Carl von Savigny presented in the form of pamphlet their perspective on the reconfiguration of law in German territories in the post-Napoleonic period. From their debate there appeared two distinct conceptions of law and of the function of legal science.⁶

Thibaut's pamphlet is dominated by a powerful rhetoric attacking the chaos and confusion that characterized the German law of the day. According to Thibaut, codification would have brought an end to the fragmentation and legal particularism that still set apart Germany's legal tradition in the early 19th century. He supported the idea that the code should be the only source of law, and abrogate all prior law. The essence of Thibaut's proposal was the concept that the whole positive law must be included in the code and that every subject matter that is part of it must be regulated thoroughly and in detail.⁷

Thibaut thought that if the code regulates the whole law, then it is likely for the judge not to put on anything to what the lawgiver has willed. The jurist's task is practically reduced to a technical activity. Thibaut goes so far as to analogize the lawyer's profession to that of a doctor qualified of automatically treating all illnesses with a few comprehensive medications. The code was to become the lawyers' only object of study, and legal science was to be restricted only to the law put down in the code. The lawyer's scientific interest essentially comprises in systematizing that which is contained in the code's provisions. Thibaut's proposal was formulated to reject the conservative tendency that, after Napoleon's defeat, demanded a restoration of the previous legal framework, but the proposal was inadequate in offering a practical political conception of law as an another option to that tendency.⁸

In his celebrated essay entitled *Of the Vocation of our Time for Legislation and Legal Science (Vom Beruf)* Savigny not only dismissed the concept of a codification to be drafted and enacted *hic et nunc*, but denounced the very idea of a codification as 'inorganic', unscientific, arbitrary, and hostile to tradition. At best, it was unnecessary, at worst it would distort and stifle 'organic' development of law. Confronting Thibaut, Savigny dismissed the creation of legitimacy by way of legislation, that is, through

⁶ According to Wieacker the polemic between Savigny and Thibaut was primarily one of personal outlooks: aristocratic culture against the politics of democracy, European tradition versus nascent national feeling; scholarship on the one hand and active practice on the other. Wieacker, op. cit. note 2, p. 314.

⁷ Becchi P., *German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and "Conceptual Jurisprudence"*, in Canale, D., P. Grossi, H. Hofmann (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Springer, Heidelberg, 2009. p. 197.

⁸ Ibid 198.

the state as ‘inorganic’ and ‘arbitrary’.⁹ Savigny’s major argument against a speedy codification is that it would freeze the natural, historical evolution of the law.¹⁰ The law does not originate rationally from a number of universal and perpetual principles and cannot therefore be revealed through mere abstract and deductive reasoning. According to Savigny, the law is a result of historical evolution. Just like a living organism, it develops and changes over time, in the same way that ‘the tree grows from its roots’. To this extent, Savigny is linked with the historical vision of Romanticism. The law is the product of a lengthy evolutionary process and of the traditions and customs of the people, but also of the more technical achievements of legal scholars.

Savigny supported Hugo’s idea of seeking at the historical origins of the law as a method to discover the data of legal science. He concurred with Feuerbach and Thibaut on the idea of building a system. And he also deemed both the empirical-historical and the systematic methods essential. But he surpassed his fellows’ theories in all three respects. First, his idea of the historical nature of law was novel and distinct. Second, his concept of the predictive system was more advanced and complicated than that of Feuerbach and Thibaut. And finally, Savigny introduced a concept for the synthesis of both the historical and the systematic methods. These three elements of Savigny’s thought are the major features of the historical school he created.¹¹

Savigny wanted his system to arise from Roman history. In his *Vom Beruf*, he found his interpretation. He assumed three epochs in the Roman legal history: first, a period in which the *Volksgeist*¹² itself made law; second, a period in which jurists signify the *Volksgeist*, making law as its representatives; and finally, a devastating period of codification, in which incompetent jurists had edited and reused the texts of the golden age before, creating the Codification of Iustinian. According to Savigny it was an unsatisfactory outcome of premature codification. He considered codification a work of a people in cultural demise. Germany should learn from the analogy of the Roman legal history: Germany was as yet in the period analogous to the second

⁹ Gerhard Dilcher, *The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization*, *Rechtsgeschichte – Legal History* Rg 24, 2016, p. 26.

¹⁰ Hegel thought that history evolved towards a final purpose and end. Through its history, a nation’s spirit is formed. Once that development is complete, history has run its course. For Savigny, the same applies to the nation’s ‘legal spirit’. He believed that the final stage of the legal development of the German nation has not been reached yet. Lesaffer R., *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 467.

¹¹ Reimann, op. cit. note 4, p. 852.

¹² The concept of the *Volksgeist*, introduced by Savigny, was created to resist the ideas of the French Encyclopedists of the 18th century relating to the dominance of public opinion and will. From the beginning of natural law, the Encyclopedistes had created the supremacy of rational public opinion and will, based on the rational and active consciousness of self-determining individuals. The goal of Savigny’s alienating theory of the *Volksgeist* was to silence and neutralize such public opinion and public will. Mitchell Franklin, *The Kantian Foundations of the Historical School of Law of Savigny*, *Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico*, Vol. 22, No.1, 1952-1953, 70.

period of Rome, the period in which jurists made law as the representatives of the *Volks*; consequently, the German jurists must ignore the call of the supporters of codification.¹³

Savigny's 'contemporary Roman law' abundantly includes the norms of ancient Roman law, especially that of the classic period, though utilizing a conceptual outlook developed by natural lawyers.¹⁴ His history of Roman law was restricted to private law and it is mostly an intellectual history of Roman legal science, and his system of Roman law was designed on ideas, not rules in practice. However, Savigny's critics regarded the Roman law, an unsuitable foundation for modern law. Moreover, Roman law was, in spite of the reception during the Renaissance, the legacy of a foreign and ancient culture. Germany required a modern system of law to fulfil its current needs.¹⁵

Savigny thought that legal science was achievable by means of a combination of the historical and the systematic method. The historical research provided the material (the fundamental principles revealed over time) to which the system then gave the appropriate scientific form. The two methods indeed sought to attain the same goal, though in different dimensions. It was the real combination of both methods that made Savigny's concept "truly scientific."¹⁶ For Savigny, legal science must never be isolated from real legal relations, which constitute the driving force of this science, and this led him to create a crucial link between the theory and the practice of law. Savigny's most instantaneous result was the perfection of the systematic study of Roman law. All German legal scholars after Savigny built on his work, but several authors developed separate aspects of Savigny's conceptions in different lines.¹⁷ Legal science split mostly along the two directions that were foreshadowed in Savigny's approach. One split related to the method used grouped the legal scholars into systematizers and historians. The other division related to the material analyzed and divided legal scholars into Romanists and Germanists. The two most distinguished

¹³ Whitman, J. Q., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton University Press, Princeton NJ, 1990., pp. 126-127.

¹⁴ The Tendency 'Back to the Sources' meant returning to the text of *Corpus Iuris* seen from the perspective that the development Roman law had taken in antiquity, to which the rediscovery of the *Institutes of Gaius* (1816) had brought new understanding. It meant eliminating all interpretations, changes and novelties that had been introduced in theory and practice since the Middle Ages, and rejection of the mistakes that legal scholars had made for centuries. Helmut Coing, *German "Pandektistik" in Its Relationship to the Former "Ius Commune"*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1, 1989, p. 13.

¹⁵ Reimann, op. cit. note 4, p. 868.

¹⁶ *Ibid.* p. 856.

¹⁷ The rules of interpretation formulated by Savigny are used so routinely that the majority using them do not know who developed them. Condensed versions of the concepts developed by Savigny were found even in the legal text-books of socialist countries. Karl A. Mollnau, *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1, 1989, p. 82.

scholars after Savigny were conceptual jurists Georg Friedrich Puchta and Rudolf von Jhering. Each represents a different version of this approach.¹⁸

3. Puchta and Jhering

The leading figure of the 19th century German legal science was Georg Friedrich Puchta (1798–1846), Savigny’s successor on the chair for Roman law at the University of Berlin. He faithfully followed his predecessor in the idea that the historical and the systematic elements were indispensable for legal science. However, his conceptual approach departed from that of Savigny. Puchta maintained that following a rigorous study, the role of legal science was to identify the hierarchical relationship between legal categories, in order to reveal the internal and logical coherence of the norms of positive law, even if such coherence is not straightforward in the norms themselves. He is regarded the founding father of doctrinal positivism in the form of ‘jurisprudence of concepts’, one of the most important approaches of late 19th century German legal science.¹⁹

Puchta was criticized because the legal science promoted by him would give rise to a scientific law disconnected from life, and the law’s inherent historicity would hence be completely replaced with abstract conceptualizations lacking any proper substratum. Henceforth, and for a long time afterwards, Puchta with his ‘conceptual pyramid’ or what he himself labeled a ‘genealogy of concepts’ has been called responsible for all of the drawbacks of legal formalism.²⁰ The notion of ‘pure science’ is pushed to extremes in Puchta, and the jurists’ theoretical activity is consequently kept clearly separated from their practical activity. The originality of Puchta’s outlook thus lies exactly in what he has frequently been criticized for; that is, in emphasizing the requirement for a legal science effectively separated from the jurists’ other activities.²¹

Puchta regarded his era prepared for the supremacy of legal science. As a consequence, the jurists must not only systematize the existing legal material, but make the new scientific law. He showed a sort of anti-judicial tendency straight into his interpretation of the history of Roman law by concentrating on the Roman practice of separating the decision making in legal cases between *praetor* and judge (*iudex*).²² “Our entire mode of legal thinking,” Puchta wrote, “is based on Roman jurisprudence. Indeed, without Roman law, no scholarship, and therefore no productive lawmaking, would be possible”. According to Puchta, hostility to Roman law was a ‘forgivable

¹⁸ Reimann, op. cit. note 4, p 859.

¹⁹ Padoa-Schioppa, A., *A History of Law in Europe From The Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 527.

²⁰ Becchi, op. cit. note 7, 219.

²¹ Ibid. p. 223.

²² Whitman, op. cit. note 13, p. 130.

human weakness’, but Roman law was indeed a *Weltrecht*, a global law, and had conclusively established itself in Germany. The age of *Juristenrecht* had arrived.²³

The conceptual jurisprudence reached its culmination in the theories of Rudolf von Jhering. He is probably the most prominent German jurist of the 19th century, with the exception Friedrich Carl von Savigny, with the greatest international influence. According to Hasso Hofmann, ‘Rudolf von Jhering stands for an epoch making change in 19th century legal thought: from an autonomous construction of legal rules and institutes of law to an analysis of social reality, from the logical existence of legal concepts to the instrumental character of law in the service of individual and social interests, from the freedom of human will to the natural laws of causally determined reality, from an idealistic notion of law to its naturalistic explanation, from the ideal of justice to social eudaemonism, from the logical formalism of a jurisprudence of concepts to the legal sociology of the social purposes of law, from the ideal world of law to life.’²⁴

Jhering’s scholarship is regularly divided into two phases. In his first phase, which approximately spans from 1842 to 1860, he was primarily a Roman lawyer who accepted and was under the influence from the teachings of Savigny and Puchta.²⁵ Jhering wrote in first phase a great Roman law treatise, the uncompleted three-volume *The Spirit of the Roman Law* (*Geist des römischen Rechts*: 1852-1865). In the first volume of *Geist*, Jhering is increasingly critical of Savigny:²⁶ the idea that law originates from and is organically linked to the spirit of the people, an idea which Jhering took for granted when he was university student, and which influenced him for many years, Jhering later would regard incompatible with the fact that German law was based significantly upon Roman legal ideas. By contrast, the conceptual jurisprudence of Puchta directly inspired the early Jhering.²⁷ He departed from Puchta and Savigny when he claimed the liberation of legal science from the

²³ Ibid. p. 123.

²⁴ Hasso Hofmann, *From Jhering to Radbruch: On the Logic of Traditional Legal Concepts to the Social Theories of Law to the Renewal of Legal Idealism*, in Damiano Canale, Paolo Grossi, Hasso Hofmann (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*, Springer, Heidelberg, 2009, p. 301.

²⁵ Jhering in his early works formulated this further as ‘natural-historical method’ following models of the creation of systems in the natural sciences, but criticized them after his ‘conversion’ with biting satire and thus introduced a negative association to the term jurisprudence of concepts. Dilcher, op. cit. note 9, p. 40.

²⁶ Even though Jhering’s *Geist* is critical of Savigny, it does not mean outright rejection of Savigny’s ideas. Jhering accepted that the history and mentality of people would play a role in determining how law develops. But he insisted that legal development is attributable to peoples’ efforts to achieve objectives through law. Neil Duxbury, *Jhering’s Philosophy of Authority*, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 1, 2007, p. 31.

²⁷ Ibid., p. 6.

substance of Roman law, and when he provided conceptual jurisprudence with an unusually naturalist form.²⁸

Jhering strongly denounced the contradiction between the conviction that law emanated from the spirit of the people and the practice of law as a science. He placed his ‘theory of development’ against the *Volksgeist* and its emancipation. He claimed that in three historical phases, which Jhering specifically called “systems” and recognized as the original law of the period of kings, the *ius civile* of the Republic and the *ius gentium* of the universal and cosmopolitan Empire, Roman law had overcome the purely Roman and transitory components and had allowed its ‘constituting spiritual factors’ to become known as general ‘higher principles of law’.²⁹ As a domain for intellectual operation, Jhering showed deep admiration for the classical Roman law. The objective of his “Spirit of the Roman Law” was to refine the essence of the classical jurists’ methods in order to use them for ‘general science of the nature and manifestations of law as such’.³⁰ Jhering aimed to assimilate the methodological essence of Roman law but to put an end to the blind adherence to its substance.

4. Pandektenrecht and the German Civil Code

The German legal science reached its high water-mark with Bernard Windscheid, whose three-volume treatise of *Lehrbuch des Pandektenrechts* was published in seven revised editions. The influence of this treatise can be comparable with that of the Accursius in the late medieval.³¹ It was a *magnum opus* of summation, extracting from the existing mass of legal texts the most valuable and important notions, concepts and ideas, abandoning the unimportant or outdated ones, and summarizing into highly workable form the intellectual product of previous decades. In the same way as Accursius, the main asset of Windscheid was not his inventiveness. His *Lehrbuch des Pandektenrechts* were adopted as the formal source of law in Greece. They were and still are the foremost reference for those seeking access to Pandectist scholarship. Windscheid’s consideration for the needs of practice and his extensive references to court cases made his treatise valuable to practitioners as well. In the

²⁸ The jurisprudence of concepts was superseded by the jurisprudence of interests, developed predominantly by Philipp Heck. What is exceptional about this school is that it created one of the very few methodological theories which succeeded to have a wider impact on legal practice. The practical impact of the jurisprudence of interests may be as a result of the lack of theoretical depth which is sometimes associated with it. Kischel, U., *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 403.

²⁹ Hofmann, op. cit. note 24, p. 303.

³⁰ Reimann, op. cit. note 4, p. 862.

³¹ Windscheid called the school founded by Savigny as the heir of the humanists. Similar to the humanists, the German jurists comprehended the historical context of the texts. Nevertheless, they comprehended better the historical meaning of the texts by understanding the principles underlying them. Gordley, J., *The Jurists: A Critical History*, Oxford University Press, Oxford. 2013, p. 203.

seven revised editions published until 1892 he continually put on new material and included the views of others. According to Dawson, he had an objective, detailed, and insightful thought which ranged over all main areas of private law and assembled it all in a complex, complete and organized system.³²

The German civil code (BGB) is considered an epitome of the German legal science and a great monument of the art of legislation. BGB is more linear than either the French or Austrian codes and it features significant legal novelties which deserve to be mentioned: the principle of contractual freedom, the general action for unjust enrichment, the discipline on errors in contracts, important general clauses which consist in the code's express reference to some general principles such as correctness, good faith, just cause, reasonableness, proportionality and others. In the twentieth century, the use of the general clauses would enable a more flexible and contemporary interpretation of aging articles of the Code, in accordance with the development of legal practice, customs and the economy.³³ Moreover, the abstract real contract doctrine which is included in the German Civil Code is a typical example of the practical application of the ideas and concepts of the Historical school and the Pandectists.³⁴

The BGB was clearly seen as the decisive moment in German legal history, a dividing line between the new and the old law. Few scholars continued to be passionately interested of the 'vital connection which ties the past to the present'. The codification was based on the most advanced and sophisticated pandectist scholarship and thus it did not need, in contrast to all previous codifications, a legal theory beyond itself that would have constituted a higher degree of reflection and to which it would have had to be intellectually related. Nevertheless, Roman law to contemporary jurists was bound to give the impression of being as something historically conditioned which could be left to legal historians.³⁵ The unprecedented success of the science of private law during the 19th century thus led to a detachment from its basis. That is one of the reasons why the belief that the world of private law was made up only of the BGB became more popular.³⁶

³² Dawson, op. cit. note 1, p. 459.

³³ Padoa-Schioppa, op. cit. note 19, p. 557.

³⁴ Andreas Rahmatian, Friedrich Carl von Savigny's Beruf und Volksgeistlehre, *The Journal of Legal History*, Vol. 28, No. 1, 2007, p. 17.

³⁵ In the late 19th and early 20th century, the studies on German private law assumed that the legal doctrines should be integrated with their historical aspects, a methodical tradition from the historical school. Under the influence of Franz Wieacker, the history of private law became more and more a history of legal scholarship, and it was no longer particularly interested in the substantive private law. Kjell Å Modéer, *Abandoning the Nationalist Framework: Comparative Legal History*, in Pihlajamäki, H., Dubber M. D.; Godfrey M.; (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 745.

³⁶ Zimmermann, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001p. 42.

5. The Influence of German Legal Science

The influence of the German legal science reached far beyond the boundaries of Germany. It overshadowed the exegetical schools and gave new life to legal theory in many European countries, especially Italy, France, and Austria. The BGB was much admired on all sides, more possibly abroad than in Germany, but it influenced only legal theory and doctrine.³⁷ It is the General Part which included the doctrinal ideas passing to other lands and other systems. The German historical school influenced John Austin in moderate degree. One would expect some influence of Savigny's *Volksgeist* doctrine on Sir Henry Maine's *Ancient Law*.³⁸ Maitland paid tribute to Savigny for having advanced the study of the development of law and institutions.³⁹ Savignian ideas had some impact on the American law as well. It shaped the *Restatement of Agency*.⁴⁰ It is thought that his compelling arguments against codification in Germany had a pivotal decisive role in the defeat of the first codification project in 19th century USA, the *New York Civil Code*.⁴¹ Nonetheless, the abuse of Savigny's *Volksgeist* theory by nineteenth-century German nationalism and by the National Socialists in the twentieth century may have been instrumental in the rather low opinion about Savigny in the common law world, where his great works in doctrinal law and theory, which might have impacted in rectifying this image, had minor importance.⁴²

A remarkable similarity to the 19th century circumstances can be seen today in the debates about a European civil code that originates from an also largely speculative concept of the tradition of *ius commune* based on Roman law based, apparently legitimized by current legal historical studies. One of the leading representatives of the ‘*ius commune* seekers’, Reinhard Zimmermann, emphasizes that there was once a European legal culture based on a common legal science that used the same sources of Roman–Canon law and contained common legal principles.⁴³ In a similar

³⁷ There was very little practical reception of the BGB, at any rate very much less than of the *Code civil* a century earlier. Zweigert, K. and Kötz H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 154.

³⁸ Stefan Riesenfeld, *The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples*, 37 *American Journal of Comparative Law*, 1989, p. 7.

³⁹ Rahmatian, op. cit. note 34, pp. 23-24.

⁴⁰ Riesenfeld, op. cit. note 38, p. 4.

⁴¹ Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1, 1989, p. 96.

⁴² According to Rahmatian, Savigny's *Beruf* may be one of the finest contributions any legal writer has ever made to the treasury of German prose, but it is not always written in the lucid and concise style of, say, the British and French writers of the Enlightenment, and appears in a few places as a text of almost mystic obscurity. Rahmatian, op. cit. note 34, pp. 3-23.

⁴³ Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Culture*, *New Zealand Law Review*, Vol. 19, No. 2, 2007, pp. 366–70.

way to Savigny's historical school it is claimed that legal science should re-establish the link with history, and such historical research will unveil the general intellectual implications that shaped common legal concepts principles as a lasting product of European culture.⁴⁴ Zimmermann indicates that Roman law, through its history, could be a perfect example in confirming how a common legal tradition may be established through an intellectual integration. Rather than specific laws or norms, he speaks of a common European legal culture that was based on legal scholarship.⁴⁵

6. Conclusion

Since early modern period the German legal science was only force capable of creating a minimum level of legal unity throughout the country. The polemic on codification in the early 19th century is one of the most exciting episodes in the history of German legal scholarship. In the programmatic writings of 1814, Anthon Thibaut and Friedrich Carl von Savigny presented in the form of pamphlet their perspective on the reconfiguration of law in German territories in the post-Napoleonic period. Thibaut supported the idea that the whole positive law must be included in the code and that every subject matter that is part of it must be regulated thoroughly and in detail. Savigny not only dismissed the very idea of a codification as 'inorganic', unscientific, arbitrary, and hostile to tradition. He believed that the law is a result of historical evolution. Savigny thought that legal science was achievable by means of a combination of the historical and the systematic method. The historical research provided the material to which the system then gave the appropriate scientific form. All German legal scholars after Savigny built on his work, but several authors developed separate aspects of Savigny's conceptions in different lines.

Georg Puchta is considered the founder of doctrinal positivism in the form of 'jurisprudence of concepts', one of the fundamental approaches of late 19th century German legal science. In Puchta, The notion of 'pure science' is pushed to extremes, and the jurists' theoretical activity is consequently kept clearly separated from their practical activity. departed from Puchta and Savigny when he claimed the liberation of legal science from the substance of Roman law, and when he provided conceptual jurisprudence with a naturalist form.

The BGB was clearly seen as the decisive moment in German legal history, a dividing line between the new and the old law. It was based on the most advanced and sophisticated pandectist scholarship. It has had profound influence in legal theory and doctrine in Italy, France, and Austria. The ideas of main representatives of German legal science still exercise influence on the creation of a new European *ius commune* and a European civil code based on the Roman law legacy.

⁴⁴ Rahmatian, op. cit. note 34, pp. 17-18.

⁴⁵ Tuori, K.; Björklund, H.; (eds). (2018). *Roman Law and the Idea of Europe*, Bloomsbury Academic, Helsinki, 2018., p. 3.

REFERENCES

Books

1. Canale, D., P. Grossi, H. Hofmann (eds.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 9: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600–1900*. Springer, Heidelberg, 2009.
2. Dawson, J. P., *The Oracles of the Law*, 1968, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1968.
3. Gordley, J., *The Jurists: A Critical History*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
4. Kischel, U., *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
5. Lesaffer R., *European Legal History: A Cultural and Political Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
6. Padoa-Schioppa, A., *A History of Law in Europe From The Early Middle Ages to the Twentieth Century*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
7. Pihlajamäki, H., Dubber M. D.; Godfrey M.; (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
8. Tuori, K.; Björklund, H.; (eds). (2018). *Roman Law and the Idea of Europe*, Bloomsbury Academic, Helsinki, 2018.
9. Whitman, J. Q., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton University Press, Princeton NJ, 1990.
10. Wieacker, F., *A History of Private Law in Europe with Particular Reference to Germany*, Oxford Clarendon Press, Oxford, 1995.
11. Zimmermann, R., *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
12. Zweigert, K. and Kötz H., *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, 1998

Journals

1. Andreas Rahmatian, *Friedrich Carl von Savigny's Beruf and Volksgeistlehre*, *The Journal of Legal History*, Vol. 28, No. 1, 2007, pp. 1–29.
2. Gerhard Dilcher, *The Germanists and the Historical School of Law: German Legal Science between Romanticism, Realism, and Rationalization*, *Rechtsgeschichte – Legal History Rg* 24, 2016, pp. 20-72.
3. Helmut Coing, *German “Pandektistik” in Its Relationship to the Former “Ius Commune”*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1, 1989, pp. 9-15.
4. Karl A. Mollnau, *The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, No. 1, 1989, pp. 81-93.
5. Leonard Kriege, *Kant and the Crisis of Natural Law*, *Journal of the History of*

- Ideas, Vol. 26, No. 2, 1965, pp. 191-210.
6. Mathias Reimann, *Nineteenth Century German Legal Science*, Boston College Law Review, Vol. 31, No. 4, 1990, pp. 837-897.
 7. Mathias Reimann, *The Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code*, American Journal of Comparative Law, Vol. 37, No. 1, 1989, pp. 95-120.
 8. Mitchell Franklin, *The Kantian Foundations of the Historical School of Law of Savigny*, Revista Juridica de la Universidad de Puerto Rico, Vol. 22, No.1, 1952-1953, pp. 64-89.
 9. Neil Duxbury, *Jhering's Philosophy of Authority*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 27, No. 1, 2007, pp. 23-47.
 10. Reinhard Zimmermann, *Roman Law and European Culture*, New Zealand Law Review, Vol. 19, No. 2, 2007, pp. 341-372.
 11. Stefan Riesenfeld, *The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples*, American Journal of Comparative Law, Vol. 37, No. 1, 1989, pp. 1-7.
 12. Stefan Vogenauer, *An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of German Law*, Cambridge Law Journal, Vol. 64, No. 2, 2005, pp. 481-500.

РЕГИСТРАЦИЯ ЦЕРКВЕЙ И РЕЛИГИОЗНЫХ ОБЩЕСТВ, ОТКАЗ ОТ РЕГИСТРАЦИИ И ОТМЕНА РЕГИСТРАЦИИ В СВЯЗИ С БОРЬБОЙ ПРОТИВ РАДИКАЛИЗМА И ЭКСТРЕМИЗМА¹

ThLic. Mgr. Michaela Moravčíková, Th.D.

Faculty of Law, Trnava University in Trnava, Slovak Republic

moravcikova@gmail.com

Аннотация

Церкви и религиозные общества играют особую роль в каждом обществе. Историческое развитие, религиозно-демографическая ситуация в стране и религиозные элиты являются определяющими факторами их влияния в обществе. Они могут быть миротворцем, посредником, а также местом склонности к радикализации. Радикализация политической культуры в либерально-демократических государствах приводит к отступлению гуманизма и росту коллективного эгоизма, который может проявиться (не только) как национализм или экстремизм. Причинами этих негативных явлений являются как социальные изменения, вызванные все углубляющейся глобализацией (например, либерализация внешней торговли, рост миграции, большая открытость государственных границ, расширение трудно регулируемых информационных технологий), так и неспособность политических элит реагировать на эти изменения. Цель этого доклада - не искать решения в области уголовного права и не отвечать на вопрос о том, как строить и осуществлять уголовную политику, чтобы она могла эффективно сдерживать экстремистские политические силы и речи, но не подрывать свободную конкуренцию политических сил. Мы стремимся расширить рассмотрение описанной проблемы от области уголовного права до более широкой сферы публичного права, но прежде всего до области конституционного и административного права. Институт регистрации церквей и религиозных общин может стать одним из инструментов государства по защите общества от религиозного экстремизма. Тем не менее, степень и то, каким образом государство использует регистрацию, признание церквей и религиозных обществ, существенно влияет на проблему религиозной свободы по своей сути. Мы имеем дело с хрупкой границей, на которой государство балансирует в своих усилиях по защите общества и отдельных лиц, отказываясь от регистрации церкви или отменяя ее, одновременно гарантируя свободу религии и автономию церквей.

***Ключевые слова:** Государство, Религия, Церкви, Религиозные общества, Регистрация, Экстремизм, Радикализм*

¹ Эта статья была написана в рамках проекта APVV-17-0056 «Конституция либерально-демократического государства и радикализация политической культуры». / This article was written within the framework of the APVV-17-0056 project Constitution of the Liberal Democratic State and the Radicalization of Political Culture.

REGISTRATION OF CHURCHES AND RELIGIOUS SOCIETIES, REFUSAL OF REGISTRATION AND CANCELLATION OF REGISTRATION IN CONNECTION WITH THE FIGHT AGAINST RADICALISM AND EXTREMISM

ThLic. Mgr. Michaela Moravčíková, Th.D.

Faculty of Law, Trnava University in Trnava, Slovak Republic

moravcikova@gmail.com

Abstract

Churches and religious societies play a special role in every society. Historical development, the religious-demographic situation in the country and religious elites are the determining factors of their influence in the society. They can be a peacemaker, mediator, as well as a place of inclination for radicalization. The radicalization of political culture in liberal-democratic states brings about the retreat of humanism and the rise of collective egoism, which can manifest itself (not only) as nationalism or extremism. The causes of these negative phenomena are both social changes resulting from ever-deepening globalization (eg liberalization of foreign trade, increased migration, greater openness of state borders, expansion of difficult to regulate information technologies) and the inability of political elites to respond to these changes. The aim of this paper is not to seek solutions in the field of criminal law, nor to respond to the question of how to construct and implement criminal policy so that it can effectively curb extremist political forces and speeches, but not undermine the free competition of political forces. We seek to expand the consideration of the described problem from the field of criminal law to a wider area of public law, but primarily to the field of constitutional and administrative law. The institute of registration of churches and religious communities can be one of the tools of the state to protect society from religious extremism. However, the degree and manner in which the state uses the registration, recognition of churches and religious societies significantly affects the issue of religious freedom in its essence. We deal with the fragile border on which the state balances in its efforts to protect society and individuals by refusing or revoking church registration while guaranteeing freedom of religion and the autonomy of churches.

Keywords: *State, Religion, Churches, Religious societies, Registration, Extremism, Radicalism*

Введение

Отношения между государством, церквями и религиозными обществами являются лакмусовой бумажкой зрелости общества и демократического развития государства. Церкви и религиозные общества являются особыми типами юридических лиц, пользующихся особым статусом, а также другими правами, предоставляемыми юридическим лицам в целом. В частности, речь идет о неприкосновенности частной жизни, защите собственности, имени и наследства, неприкосновенности писем, свободе передвижения и проживания, свободе выражения мнений и праве на информацию, праве на петицию, праве

собираться и объединяться, праве на судебно-правовую защиту и т. д. Сложным философско-правовым вопросом является вопрос о том, что такое церковь и религиозное общество. Каковы его характеристики, какие юридические лица религиозного характера могут действовать в публичном пространстве, в обществе? С какими религиозными организациями, если таковые имеются, может сотрудничать государство? Институт признания церкви или религиозного общества государством является мощным инструментом государства. В случае нескольких стран это является основным условием нормального существования в обществе. Фактически, это является предварительным условием, чтобы стать юридическим лицом, иметь счет в финансовом учреждении, владеть имуществом, заключать договоры и вступать в какие-либо правоотношения. В других случаях признание религиозной организации или церкви государством означает больше. Такие церкви иначе подвержены правосубъектности, и признание государства является еще одним этапом, представляющий сертификат субъекта и возможность ввода различных секторов общественной жизни и сотрудничать с государством и его компонентами. Религиозная демография и историческое развитие в стране часто играют роль в этом процессе. В последнее время возникла ключевая необходимость защитить общество от радикализма, экстремизма и терроризма. Эти измы часто присутствуют и в религиозной среде. Тем более актуальна роль государства в поиске правильного решения для регулирования государственно-церковных отношений и защиты личности и общества.

Признанные и непризнанные церкви

В вопросах культуры страны Европейского Союза решили сохранить определенную степень независимости. Необходимо учитывать собственные традиции и ценности стран, которые связаны с религией. В некоторых случаях они сильно интерферируют с конституционными традициям страны. Мы думаем, например, о необходимой принадлежности к англиканской церкви британского монарха. Вопрос исторических церквей и традиций, связанных с религией, выходит на первый план в связи с изменением религиозной карты общества. Члены так называемых новых религиозных движений, а также приверженцы нерелигиозных мировоззрений отстаивают свои права. Роль государств заключается в том, чтобы обеспечить максимально возможное осуществление религиозной свободы. Государство должно обеспечить условия для свободы личности, но и для осуществления религиозной свободы со стороны коллектива в общественности. Это коллективное публичное осуществление религиозных прав. До недавнего времени обычаи, образ жизни, традиции, ценности, историчность обсуждались при обсуждении его исполнения. В основном говорили о старых (или больших) исторических церквях. Поскольку это были

часто небольшие исторические церкви (такие как уничтоженные еврейские общины), использовался термин «традиционная церковь и религиозное общество». Они обычно пользуются правами признанных государством (зарегистрированных) церквей и действуют в различных сферах общественной жизни. Ворота школ, больниц и других общественных учреждений обычно открыты для них. Особой проблемой является их финансовая и нефинансовая поддержка со стороны государства. На другой стороне находятся так называемые новые нетрадиционные движения, которые, несомненно, имеют право на существование, а их члены - на свободу выражения мнений, совести и религии, как и любой другой гражданин. Это относится и к их коллективным публичным выступлениям. Тем не менее, мы оказываемся на тонком льду, когда речь заходит об открытии ворот государственных учреждений этим религиозным организациям.

Регистрация церквей и религиозных обществ в настоящее время является основной предпосылкой для создания религиозных общин в форме юридического лица, которое затем является носителем коллективных прав и свобод в религиозной сфере, гарантируемых правопорядком государства.² В системах, где существует разделение между приобретением простой правосубъектности и вступлением церквей и религиозных обществ в общественные учреждения, это частично решенная проблема. Например, в Чехии мы находим двухступенчатую систему регистрации.

Регистрация церквей и религиозных обществ и ее отказ в Словакии

Закон о свободе вероисповедания и статусе церквей и религиозных обществ рассматривает церковь или религиозное общество как добровольное объединение лиц с одинаковыми убеждениями в рамках организации, созданной на основе принадлежности к вере на основе внутренних правил соответствующей церкви или религиозного общества.

Все церкви и религиозные общества имеют одинаковый правовой статус перед законом, являются юридическими лицами, могут объединяться, создавать общины, монашеские ордена, общества и подобные общины. Закон также предусматривает, что государство признает только те церкви и религиозные общества, которые зарегистрированы, и может заключать с ними соглашения о взаимном сотрудничестве.

Каждое новое религиозное образование, не имеющее статуса зарегистрированной церкви с периода до 1989 года, которое желает пользоваться правами «признанных» церквей и религиозных обществ, должно пройти процесс

² Gyuri, Róbert; Molitoris, Peter, Právne aspekty odmietnutia registrácie cirkvi a náboženskej spoločnosti. In Lantajová, Dagmar (ed.) Tridsať rokov slobody a právo. Trnava: Typi Universitas Tyrnaviensis, 2020, s. 97.

регистрации. Предложение о регистрации должно быть подано, по крайней мере, тремя членами подготовительного органа церкви или религиозного общества; члены должны быть лицами совершеннолетнего возраста. Подготовительный орган должен продемонстрировать, что в зарегистрированной церкви или религиозном обществе зарегистрировано не менее пятидесяти тысяч взрослых членов, постоянно проживающих в Словацкой Республике и являющихся гражданами Словацкой Республики. Предложение о регистрации должно содержать название и местонахождение церкви, идентификационные данные членов подготовительного комитета, основные характеристики создаваемой церкви, ее преподавание, миссию и территорию, на которой она намеревается действовать, а также аффидевит не менее двадцати тысяч взрослых членов, которые постоянно проживают в Словакии и являются ее гражданами, подтверждая, что они связаны с церковью или религиозным обществом, поддерживают предложение о его регистрации, являются его членами, знают основные принципы веры и ее учения и осведомлены о правах и обязанностях, вытекающих из их членства в церкви или религиозном обществе. Было рассмотрено регистрирующим органом и показало, что создание и деятельность церкви или религиозных свобод не противоречат законам, защите безопасности граждан и общественного порядка, здравоохранения, Мораль, принципы гуманности и терпимости, а также то, что права других юридических лиц и граждан не подвергаются опасности, регистрирующий орган решает, будет ли зарегистрирована церковь или религиозное общество.

Более строгие условия регистрации

Государство подвергается некоторой критике за высокую перепись населения в 50 тысяч человек. Эта нумерусная перепись является новой с 2017 года. Изменение было внесено Законом №. 39/2017 Сб. Закон о внесении изменений 308/1991 Сб. о свободе вероисповедания и статусе церквей и религиозных обществ с поправками. Требуемое количество членов было увеличено с двадцати тысяч до пятидесяти тысяч человек. Парламент Словакии обсудил новый вопрос осенью 2016 года.

Суть проекта поправки заключалась в увеличении необходимого числа членов вновь созданной церкви с 20 тысяч до 50 тысяч основных граждан государства. Словацкая Республика подверглась критике за прежнее правовое регулирование. Особенно маленькие церкви не имеют реального шанса достичь этого юридического статуса. Обсуждается вопрос об изменении условий регистрации, учитывая двухуровневую модель регистрации церквей, установленную в Чешской Республике. В 2005 - 2006 гг. также рассматривалось меньшее количество верующих для регистрации, необходимое для регистрации.

В качестве основной причины предлагаемого изменения в пояснительной записке к парламентскому проекту поправок 2016 года говорится, что «цель представленного проекта состоит в том, чтобы исключить спекулятивную регистрацию предполагаемых церквей и религиозных обществ, которые видят основную цель регистрации - получение средств от Государство „. Авторы также представили обширный портфель преимуществ, которые, помимо средств из национального бюджета, приносятся статусом зарегистрированной церкви или религиозного общества. Они подчеркнули доступ священнослужителей зарегистрированных церквей к государственным учреждениям, особенно школам, и право преподавать религии в государственных школах и проводить пастырскую деятельность в медицинских, социальных и других учреждениях. Больше, чем в пояснительной записке, реальные мотивы обсуждались в парламентских дебатах, посвященных исламу и миграции. Другая группа депутатов представила проект поправок, требующий увеличения числа членов, необходимых для регистрации, до 250 000 человек. Это предложение не было принято.

Проект поправки был утвержден Национальным советом Словацкой Республики 30 ноября 2016 года с предполагаемой датой вступления в силу 1 января 2017 года. Президент воспользовался своим правом вернуть закон на повторное обсуждение. Он обосновал свое решение опасениями о возможном снижении уровня обеспечения права на свободу вероисповедания в стране. Члены парламента не приняли доводы Президента и 31 января 2017 года вновь приняли закон. Закон №. 39/2017 Сб. Закон о внесении изменений 308/1991 Сб. о свободе вероисповедания и положении церквей и религиозных обществ с поправками, вступившими в силу 1 марта 2017 года. Статья 23 этого Закона содержит переходное положение, гласящее, что процедура регистрации церквей или религиозных обществ, начатая до 28 февраля 2017 года, будет завершено в соответствии с законами, действующими до этого дня. Фактически, это переходное положение касается только регистрации церковных христианских общин Словакии, которая добивалась статуса зарегистрированной церкви и религиозного общества с 2007 года. Соответствующий национальный орган дважды отклонял заявку этой организации, организационного комитета подал апелляцию в Верховный суд. Влияние поправки более широкое, оно существенно затрагивает критерий фокуса для регистрации церквей.

Учитывая количество граждан страны, другое заявление о регистрации новой церкви или религиозного общества не представляется вероятным, если только это не будет ветвь существующей традиционной церкви, которая отделена от такой церкви. Принимая во внимание устные заявления политических представителей и депутатов политических партий, которые представили и поддержали поправку, обеспокоенность по поводу религиозного экстремизма и терроризма сыграла значительную роль в ее разработке. Новое

конфессиональное положение де-факто не позволяет создавать новые церкви и религиозные общества, признанные государством, однако никоим образом не ограничивает свободу вероисповедания людей, автономию и деятельность уже существующих церквей и религиозных обществ, любое осуществление права на свободу веры, особенно пастырская забота. Это вызывает споры о праве на автономию церквей, которые действуют в обществе, но не зарегистрированы в соответствии с Законом №. 308/1991 Сб., т.е. они не имеют правосубъектности, как церкви и религиозные общества. Они функционируют как гражданские ассоциации или фонды (например, исламский фонд) и не пользуются правами зарегистрированных обществ.

Ранее, в 2008 году, Генеральный прокурор Словацкой Республики оспаривал в своем заявлении, среди прочего, большое количество членов, принадлежащих к церкви или религиозному обществу, которые желают зарегистрироваться, как того требует закон. Он рассуждал, что, устанавливая необходимое количество членов церкви или религиозного общества, которое является слишком высоким в европейском контексте и которого трудно достичь в Словакии, законодательство препятствует приобретению правосубъектности церквями с низким номером и религиозными обществами. Очевидно, что государство не выполняет свою обязанность по созданию правовых условий для осуществления права на свободу выражения религиозных убеждений в соответствии с собственным выбором человека, и этим ограничением оно напрямую вмешивается в свободу религии. Конституционный суд не удовлетворил его предложение и, среди прочего, упомянутое в обосновании решения, которое вытекает из принципа демократического правопорядка, что Словацкая Республика как государство имеет полномочия определять условия деятельности церквей в своей территории и выразить эти условия в форме регистрации. Ситуация, когда определенная церковь или религиозное общество не зарегистрированы, не означает и не подразумевает тот факт, что члены таких группировок ограничены по сути своей правом на свободу религии и ее проявлением. Церковная регистрация и определение количества членов Церкви, согласно Конституционному суду, не являются необходимым условием для осуществления права на свободу в соответствии со статьей 24 конституции, но касаются только условий для их учреждения в качестве церквей и религиозных обществ, признанных государством.

В равной степени Конституционный суд не соблюдал или не нашел взаимосвязи между Законом №. 308/1991 и Декларацией о защите прав человека, на которую ссылается генеральный прокурор, поскольку при регистрации закон не регулирует свободу вероисповедания как индивидуальное право. Если это касается осуществления религиозной свободы беженцами, возможная регистрация церкви, к которой они присоединены, не является необходимым условием для осуществления их религиозной свободы в Словакии, как

установлено Судом.³

Примечательно, что один из судей Конституционного Суда не согласился с выводом пленарного заседания Суда и попросил опубликовать свое особое мнение. Судья Лайош Месарош в своем отличающемся мнении утверждает, что: «Для оценки вмешательства в свободу проявления собственной религии, требующего проведения многочисленных переписей, следует рассматривать это с точки зрения того, что перепись двадцати тысяч членов может быть принята. Однако для приобретения специальных прав его следует проверить с точки зрения того, что оно является условием приобретения чистой правосубъектности, поскольку в нашем законодательстве нет различия между приобретением чистой правосубъектности (базового правового стандарта) и правосубъектность с особыми правами. Это означает, что нет возможности приобрести по крайней мере юридическое лицо с небольшим числом членов; можно приобрести только правосубъектность с большим количеством членов, вместе со специальными правами.⁴ В прошлом казалось, что в данном конкретном словацком случае, возможно, проблема незарегистрированных церквей может быть решена с помощью системы многоуровневой регистрации, показывающей проверку соразмерности и поддержание механизмов защиты как общества и человека необходим. В этом контексте можно сослаться на заявление Европейского суда по правам человека от 3 марта 2009 года по делу Лайда и другие в. Республика Чехия. ЕСПЧ отклонил жалобу как неприемлемую, так как посчитал требование предыдущего применимого закона в отношении десяти тысяч приверженцев церкви слишком высоким. Суд, однако, не представил ни одного подходящего примера разумного требуемого числа.⁵ Сегодня, после принятия Закона №. 39/2017 Сб. значительных качественных изменений в ближайшее время ожидать не стоит.⁶ Влияние поправки более широкое, оно значительно ужесточает целевой критерий для регистрации. Учитывая количество граждан страны, другое заявление о регистрации новой церкви или религиозного общества не представляется вероятным, если только это не будет ветвь существующей традиционной церкви, которая отделена от такой церкви. Принимая во внимание устные заявления политических представителей и депутатов политических

³ Пресс-релиз № 3/2010 Конституционного Суда Словацкой Республики *sr. net*. PL.ÚS 10/08 от 3 февраля 2010 г.

⁴ Моравчикова, Михаэла. Свобода мысли, совести и религии или убеждений. В кн. : Моравчикова, Михаэла, Шмид, Марек (ред.) Свобода совести и религиозная свобода. Прага: Легис, 2015, с. 33 – 54.

⁵ Визхейдер, Вольфганг. ЕСПЧ и многочисленные переписи для регистрации религиозных компаний. В Моравчикова, Михаэла, Валова, Eleopóra (ред.) Ежегодник Института государственных и церковных отношений 2010. Братислава: Институт государственных и церковных отношений, 2011, с. 191.

⁶ Моравчикова, Михаэла. Государство и религия в Словацкой республике. Робберс, Герхард (ред.) Государство и церковь в Европейском союзе, Баден-Баден: Номос, 201, с. 563-612.

партий, которые представили и поддержали поправку, обеспокоенность по поводу религиозного экстремизма и терроризма сыграла значительную роль в ее разработке. Новое конфессиональное положение де-факто не позволяет создавать новые церкви и религиозные общества, признанные государством, однако никоим образом не ограничивает свободу вероисповедания людей, автономию и деятельность уже существующих церквей и религиозных обществ, любое осуществление права на свобода веры, особенно пастырская забота. Это вызывает споры о праве на автономию церквей, которые действуют в обществе, но не зарегистрированы в соответствии с Законом № 308/1991, то есть они не имеют правосубъектности, как церкви и религиозные общества. Они функционируют как гражданские ассоциации или фонды (например, исламский фонд) и не пользуются правами зарегистрированных обществ.

В течение десятилетий посткоммунистического развития обсуждался вопрос количества, а не качества. Это естественно, поскольку государство не может ценить или критиковать содержание религиозной веры церкви или религиозной общины. Однако вопрос качества справедливо возникает в отношениях между церковью и обществом. Роль государства заключается в том, чтобы обеспечить, насколько это возможно, осуществление права на свободу религии. В то же время, однако, он должен воспринимать деятельность религиозных образований в обществе. Потому что это также его роль в защите личности и общества от террористических актов и проявлений радикализма и экстремизма. Защита общества от религиозного экстремизма и терроризма была одной из вербальных причин для внесения поправки в Закон о свободе религии и статусе церквей и религиозных обществ. Это, несомненно, связано с общей ситуацией в стране, настроениями населения и, в частности, предпочтениями избирателей по сравнению с выборами. Защита национальных интересов и традиционных ценностей является обязательным пунктом всех правоцентристских партий. Жесты часто являются одной из причин изменений в законе. С другой стороны, нет сомнений в том, что законные опасения по поводу религиозного экстремизма и радикализма также должны быть рассмотрены. Однако это вопрос установления критериев более качественного, чем количественного характера, который должен определять, какие церкви и религиозные общества признает государство, а какие нет. Другим вопросом является методология оценки критериев и выбора подходящих экспертов в этой области. И то, и другое кажется столь же требовательным, как и природа самих критериев в отношении сохранения прав и свобод и автономии церквей и религиозных обществ. Это пересечение религии, права, теологии, а также вопросы личного предпочтения в вопросах веры или неверия.

Отказ в регистрации в последнее десятилетие

Словакия является одной из стран, которые отказались принять систему квот для распределения мигрантов, предложенную Европейской комиссией. При таком подходе страна представляет собой образ ксенофобских настроений граждан Словакии, подчеркиваемый даже участием крайне правой политической партии в парламенте с 2016 года, впервые в эпоху независимой Словакии в 1993 году. С другой стороны, Нужно видеть тот факт, что с экономической и других точек зрения страна не является привлекательной страной для мигрантов, которые поселились здесь навсегда. Поэтому политики задают законный вопрос о том, как убедить мигрантов остаться на нашей территории, если они сами считают свое пребывание в Словакии лишь временным. В дополнение к экономическим условиям, культура и религия, очевидно, играют свою роль в этом вопросе. Чтобы сделать этот вопрос еще более сложным, премьер-министр заявил, что исламу нет места в стране, и христианам, ищущим убежища, следует отдавать предпочтение.

В декабре 2017 года Социологический институт Словацкой академии наук опубликовал результаты совместного исследования европейских ценностей - опроса, посвященного ценностям европейцев. В дополнение к широко распространенному кризису доверия к учреждениям, включая церкви и религиозные общества, опрос выявил возросшую враждебность по отношению к мусульманам. В 2001-2008 годах готовность словаков иметь мусульман в качестве соседей снизилась с 26% до 20%, тогда как в 2017 году мусульмане являются нежелательными соседями для 54,4%.⁷ Короткая социологическая экскурсия показывает нам, насколько высок уровень недоверия к нетрадиционным культурам и, следовательно, к религиям в обществе. По отношению к исламу, это парадоксально, поскольку ислам был признанной религией в то время, когда австро-венгерская монархия, частью которой являлась современная территория Словакии, аннексировала территорию Боснии и Герцеговины. С другой стороны, это понятная реакция на ислам, который был мотиватором нападения на Всемирный торговый центр 11 сентября 2001 года и многих других террористических атак.⁸ Однако

⁷ Исследование европейских ценностей (EVS 2017). <http://www.europeanvaluesstudy.eu> а <http://www.sociologia.sav.sk/podujatia.php?id=2786&r=1>

⁸ 7 октября 1908 года австрийское правительство официально объявило Боснию и Герцеговину частью Австро-Венгрии. Этот акт вызвал бурные протесты не только в Турции, но и в Сербии (которая мобилизовалась) и Черногории. Царское правительство также пыталось возражать против односторонних действий Австро-Венгрии, особенно после того, как требования России не были поддержаны Францией и даже были однозначно отвергнуты Великобританией. Кризис инъекций длился несколько месяцев. Наконец, Австро-Венгрия с помощью Германии сумела в феврале 1909 года получить разрешение Турции на аннексию для финансового рассмотрения. Также отсутствовало согласие России, которое Австро-Венгрия привела к мобилизации на сербской границе и в Галиции под угрозой вооруженного конфликта. Германия также присоединилась к

несправедливо, чтобы все новые и нетрадиционные религиозные движения для этих отдельных актов автоматически рассматривались как террористические организации. В любом случае террористические организации не должны иметь возможности участвовать в организации публичных выражений религиозной веры. Похоже, мы в начале пути к размышлению о новых качественных критериях признания религии или отказе зарегистрировать ее для отношений с радикализмом и экстремизмом. На сегодняшний день государство занималось в основном формальностями заявки на регистрацию и проверило количество членов церкви или религиозного общества, которые будут созданы. Есть два исключения. Министерство культуры Словацкой Республики издало 18 декабря 2006 года в административном производстве решение⁹ об отказе в регистрации Церкви атеистов неверующих. Подготовительный орган Церкви атеистов неверующих впоследствии обратился в Верховный суд Словацкой Республики, и 23 августа 2007 года их суд отклонил их иск.

22 июня 2007 года Министерство культуры Словацкой Республики приняло решение¹⁰ об отказе в регистрации Христианских общин Словакии. Организация обратилась в Верховный суд, но также потерпела неудачу. Впоследствии она придумала новый дизайн и оформление, но все равно Министерство культуры Словацкой Республики вынесло 13 марта 2018 года в административном производстве решение¹¹ об отказе в регистрации христианских общин Словакии. Апелляция против этого решения была отклонена, и решение было подтверждено министром культуры Словацкой Республики решением 22 августа 2018 года.¹² В первом случае это была фиктивная религиозная организация, учредители которой хотели извлечь выгоду из выгод, которыми пользуются зарегистрированные церкви и религиозные общества, включая налоговые льготы и освобождение от пошлин и платежей. Второй случай более сложный, в котором государство обосновывает отказ от регистрации характеристиками церкви. По мнению экспертов, должно было быть манипулятивное поведение и подстрекательство к религиозной нетерпимости. В связи с тем, что в течение срока рассмотрения дела административный порядок изменился и больше не позволяет субъекту разбирательства и обращаться в Верховный суд, министр даже после апелляции самостоятельно принял решение подтвердить отказ в регистрации этого религиозного общества. Мы можем только спорить о том, какое примет решение Верховный суд, но, похоже, он, как и прежде, вернул

австрийской стороне. Уильям Дж. Тернер. На пути к Первой мировой войне (часть 3) <https://historyweb.dennikn.sk/clanky/detail/na-ceste-k-prvej-svetovej-vojne-3-cast>.

⁹ №. МК 4457 / 2006-320 / 22106.

¹⁰ №. МК 1487 / 2007-12 / 10307.

¹¹ №. МК-194 / 2018-260 / 4504.

¹² №. МК-4513 / 2018-110 / 10888. Ср. <http://www.culture.gov.sk/vdoc/253/spravne-konania-57.html>.

бы все это министерству. и одно из этих религиозных обществ не склоняется к экстремизму и терроризму, если мы исследуем общие проявления религиозных лидеров. Также не было серьезных случаев, связанных с этой проблемой. Поэтому остается вопрос, является ли последнее сообщество, которое было рассмотрено выше опасно для радикализма или экстремизма? Государство максимально использует свое право на защиту жизни и здоровья других людей путем отказа в регистрации. Социальный климат и более строгие условия регистрации создают питательную среду для таких разбирательств. Тем не менее, оно все еще остается основным требованием для государства в максимально возможной степени обеспечить свободу религии и безопасность каждого человека.

Выводы

У нас пока нет юридического определения мышления, совести, веры, религии или убеждений. Как правило, государства не обладают компетенцией определять эти термины для юридических целей, хотя они, несомненно, выступают в качестве координационных центров в юридических текстах. Государства в большей степени зависят от судебных решений в этом отношении, поскольку они отражают реалии и практику. Они также отражают знания общественных наук, гуманитарных наук и философии. В основном речь идет об определении религии по своей сути как особого явления в человеческой деятельности. Свобода мысли, совести и религии являются основными правами человека и свободами прав человека первого поколения. Многие другие свободы исходят из этого, и если бы он не существовал, многие были бы бессмысленными. Он представляет свободу и достоинство человека в духовном и ментальном царстве. Это фундаментальное право включает в себя защиту самого широкого спектра мыслей, мнений, взглядов и ценностей, вопрос всего, что касается человеческой деятельности в области морали, философии и мировоззрения. Это позволяет осуществлять другие права, гарантированные основополагающим законом государства и Хартией основных прав и свобод. Без этой свободы было бы невозможно реализовать возможность осуществления других прав и свобод, равно как и эти права не были бы реализованы. Свобода мысли, совести и религии по своей природе естественна, поскольку принадлежит человеку за его человеческую природу, независимо от того, в каком учреждении он родился.¹³ Нормативное ядро права на свободу мысли, совести и религии включает в себя элемент внутренней свободы, который представляет собой свободу всех иметь или не иметь веру и менять религиозную веру в любое время. Кроме того, это внешняя свобода, которая включает возможность, индивидуально или

¹³ Мадленакова, Люсия. Сохранение совести как часть свободы мысли, совести и религии. Прага: Линде 2010, с. 35 - 36.

совместно с другими, публично или в частном порядке, выражать веру или религию в науке, жизненной практике, участии в богослужениях, церемониях или праздновании праздников. Условие недискриминации также имеет важное значение. Государства обязаны уважать и гарантировать на своих территориях всем лицам, на которых распространяется их право, право на свободу мысли, совести и религии, независимо от расы, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, этнического или иного происхождения, собственности или любого другого позиции. Содержание этого права также социальная свобода и правовой статус религиозных образований. Хотя религиозные образования не должны претендовать на правосубъектность, в настоящее время это право обычно считается частью свободы религии. Это право осуществлять религиозную свободу сообщества, а не только человека. Бесспорным содержанием основного права на свободу мысли, совести и религии является также невозможность ущемления этого права со стороны государства даже во время чрезвычайного положения. Пределы допустимых ограничений внешней свободы мысли, совести и религии должны быть установлены законом с учетом безопасности государства, защиты общественного порядка, здоровья, морали и основных прав других лиц. Автономия церквей, управление их собственными делами и принятие решений об их структуре и проявлениях лежат в основе права на свободу вероисповедания. Хотя на первый взгляд это может показаться самым простым, это не решение для защиты среды церквей и религиозных обществ от радикализма и экстремизма путем увеличения числа членов новых церквей, необходимых для регистрации. Чистый количественный показатель может исказить реальность. Мы считаем, что необходимо сочетать качественные и внешние показатели, чтобы избежать ущерба осуществлению прав и свобод.

REFERENCES:

1. Gyuri, R.; Molitoris, P. Právne aspekty odmietnutia registrácie cirkvi a náboženskej spoločnosti. In Lantajová, Dagmar (ed.) Tridsať rokov slobody a právo. Trnava: Typi Universitas Tyrnaviensis, 2020, p. 97. – 114.
2. Madleňáková, L., Výhrada svědomí jako součást svobody myšlení, svědomí a náboženského vyznání. Praha: Linde 2010, 183 p.
3. Moravčíková, M. ; Šmid, M. (eds.) Freedom of conscience and religious freedom. Praha: Leges, 2015, 270 p.
4. Moravčíková, M. ; Šmid, M. (eds.) Konvergenie a divergencie v slovenských a českých štátno-cirkevných vzťahoch – dvadsať rokov od vzniku samostatnej Českej republiky a Slovenskej republiky. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2014, 153p.

5. Moravčíková, M. State and Church in the Slovak Republic. In Robbers, Gerhard (ed.) *State and Church in the European Union*. Baden-Baden: Nomos, 2019, p. 563 – 612.
6. Moravčíková, M. Právo slobodne prejavovať svoje náboženstvo a právo cirkví na autonómiu. In Aa.Vv. *Verejná správa a základné slobody*. Krakow: Spolok Slovákov v Poľsku, 2015, p. 155 – 160.
7. Wieshaider, W. EŠLP a početný cenzus pre registráciu náboženských spoločností. In Moravčíková, M., Valová, E. (eds.) *Ročenka Ústavu pre vzťahy štátu a cirkví 2010*. Bratislava: Ústav pre vzťahy štátu a cirkví, 2011, p. 188-197.

Internet sources:

1. Rozhodnutie Ústavného súdu slovenskej republiky, II. ÚS 28/1996, *Constitutional Court of the Slovak Republic*, 12 May 1997 < <https://www.ustavnysud.sk/zbierka-nalezov-a-uzneseni#!znauView> > (accessed 10 August 2018).

НОВИОТ ЗАКОН ЗА ПРЕКРШОЦИ - ЕФИКАСНА СУДСКА ЗАШТИТА

Едита Насковска

доктор по правни науки,
Судија на Управен суд на РСМ,
Е-маил: editamb@yahoo.com

Апстракт

Трудот ги обработува главните белези на новиот Закон за прекршоци за обезбедување ефикасна судска заштита во прекршочно-управна постапка и прекршочен управен спор. Истовремено, трудот содржи хронологија на реформите во прекршочната легислатива и критика за некомпатибилни законски решенија, илустрирани со одлуки од судската пракса. Основна цел на трудот е да даде детални објаснувања на новите клучни одредби со коишто како *sui generis* е редифиниран системот на санкции, а за одмерување на глобата е предвиден законски долен и горен праг на висината на глобата одделно за физичките и за одговорните лица, а пак за правните лица согласно класификацијата во Законот за трговски друштва. Потребата од ефективност на прекршочната постапка е извршена со реформирање на претсудската прекршочна постапка, но и корекциите за да се подобрат процесните гаранции.

Во интерес на истражувањето е да се докаже дека во примената и спроведувањето на правото во прекршочна постапка пред судовите не треба да има законски одредби што предизвикуваат правна несигурност и незаконити последици. Судската ефикасност се обезбедува со прецизни и јасни правни норми што гарантираат правна сигурност и владеење на правото. Преку анализа на судската пракса, реално е да очекуваме дека со новиот закон ќе се достигне подигање на степенот на прекршочната правда.

Клучни зборови: *прекршочна постапка, ефикасност, прекршочни реформи, правна сигурност, судска заштита*

NEW LAW ON MISDEMEANOURS -EFFICIENT JUDICIAL PROTECTION

Edita Naskovska, PhD in Legal Sciences,
Judge at the Constitutional Court of RNM,
E-mail: editamb@yahoo.com

Abstract

The paper addresses the main features of the new Law on Misdemeanours, related to the provision of efficient judicial protection in misdemeanour administrative proceedings and misdemeanour administrative disputes. At the same time, the paper contains a chronology of reforms in misdemeanour legislation and criticism of incompatible legal solutions, illustrated by case law decisions. The main purpose of the paper is to provide detailed explanations

of the new key provisions which, as sui generis, redefine the system of sanctions, and for the penalty measurement, a legal lower and upper threshold of the fine is stipulated for individuals and officers in charge respectively, as well as for legal entities, in accordance with the classification provided in the Law on Business Companies. The need for effectiveness of the misdemeanour proceedings has been fulfilled by reforming the pre-trial misdemeanour proceedings, as well as the corrections in order to improve the procedural guarantees. It is in the interest of the research to prove that there should be no legal provisions in the application and enforcement of the law in misdemeanour proceedings before the courts that cause legal uncertainty and illegal consequences. Judicial efficiency is ensured by precise and clear legal norms that guarantee legal certainty and rule of law. By analysing the case law, it is realistic to expect that the new law shall raise the level of misdemeanour justice.

Keywords: *misdemeanour proceedings, efficiency, misdemeanour reforms, legal certainty, judicial protection*

1. Вовед

Генезата на реформите во македонското прекршочно право започна со амандманот XX на Уставот на Република Македонија во 2005 година со кој се дополни членот 13 со став 3 и 4 од Уставот на Република Македонија¹, со што за прекршоците определени со закон, санкција може да изрече орган на државна управа или организација и друг орган што врши јавни овластувања, а пак против конечна одлука за прекршок се гарантира судска заштита под услови и постапка утврдени со закон. Имено, со Законот за прекршоци од 1997 година² прекршочната легислатива беше уредена на начин што прекршочното постапување беше во исклучива надлежност на судовите. Според стариот концепт кој беше одржлив години наназад, прекршочната постапка се водеше и прекршочна санкција ја изрекуваше исклучиво надлежен суд. Ова практично се напушти со Законот за прекршоци во 2006 година³ и се пристапи на еден нов модел санкцијата да може да ја изрече и орган на државна управа или организација и друг орган што врши јавни овластувања⁴. Ваквиот концепт го потврди дуалниот карактер на прекршоците и припадноста на оваа материја во казненото и во административното право. Интервенцијата во Уставот и новото законско решение беше јавно критикувано уште пред да стапи на сила и се разви полемика во стручната и научната јавност во однос на зајакнувањето на државната администрација и дека прекршочните органи кои се дел од извршната власт добиваат ингеренции на „квази судови“, за спроведување на прекршочна постапка по сторениот прекршок. Во овој труд, преку метод на

¹ Амандмани од XX до XXX на Устав на РМ (Сл. весник на РМ бр.107/2005)

² Службен весник на РМ бр. 15/97

³ Службен весник на РМ бр.62/2006 и исправка 69/2006

⁴ Камбовски, В., Основни проблеми во примена на Законот за прекршоци, МРКК бр.1-2, 2010 година.

компаративна анализа на старите и новите законски решенија за прекршоци, ќе се елаборира ефикасноста на прекршочната постапка и управно прекршочен спор. Компаративниот метод е корисен и практичен начин затоа што дава јасна слика на третманот на прекршокот преку досегашната судска пракса, но и нови првични толкувања на одредени одредби од новиот Закон за прекршоци⁵, сè со цел да се изврши проверка на ефикасноста на Законот за прекршоци од 2015 година⁶.

2. Административно прекршочна судска заштита

Со Закон за судовите⁷ во 2006 година во Република Македонија, е започната управно судска реформа за формирање на посебно специјализирано управно судство⁸. Со основање на Управниот суд, кој започна со работа на 05.12.2007 година, се преземени нерешените предмети од управната област, од Врховниот суд на Република Македонија. Првин, со Закон за судови е регулирана потребата од формирање на посебен Управен суд, а подоцна со измените во 2011 година и Вишиот управен суд⁹, како судови надвор од редовното судство, со посебна стварна надлежност, за контрола на актите донесени од органите на управата во целата држава. Со Законот за управните спорови¹⁰ е дефиниран управниот спор, како судска заштита на физичките и правните лица заради обезбедување на законитоста на поединечните управни акти. Управниот суд е формиран со насоки преку судската контрола да утврди дали поединечните управни акти донесени во постапката пропишана со закон, се во согласност со соодветната материјална област, и со одлуките да се обезбеди заштита на правата и обврските на граѓаните во соодветна постапка. Теоретичарите не го сметаа управното право за сродно со казненото право и прекршочната материја, туку повеќе го поврзуваат во релација со уставното, стопанското, финансии и имотното право¹¹. Но, со управно прекршочен спор се цени законитоста на актите на прекршочните органи донесени во прекршочните постапки и примената на

⁵ Службен весник на РСМ бр.96/2019

⁶ Сл. весник на РМ бр.124/15 од 23.07.2015 година

⁷ Закон за судовите (Службен весник бр.58/06)

⁸ Давитковски, Б., Павловска-Данева, Новини во управно-процесна заштита на правата на граѓаните во Република Македонија, втор скопско-загрепски правен колоквиум, Зборник на трудови, Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2009

⁹ Закон за изменување и дополнување на Законот за управните спорови (Сл. весник на РМ 150/10)

¹⁰ Закон за управните спорови (Службен весник бр.62/06 донесен на 19.05.2006 год. влегува во сила на 27.05.2006 година, а се применува од 27.05.2007 година) Одлука Уставен суд на РМ У бр.231/08 од 16.09.2009 година и Одлука У бр.51/10 од 15.12.2010 г.

¹¹ Гелевски,С.;Гризо,Н.;Давитковски,Б.,Управно право НИП - Студентски збор -, Скопје,1997 година,стр.8-12

законот за прекршоци како *lex generalis* и посебните закони за одделни видови прекршоци, како и одредбите од голем број други закони со кои се утврдуваат прекршочно - казнивите дејствија¹².

3. Новиот концепт на Закон за прекршоци

При споредбена анализа на општите одредби од Законите за прекршоци¹³, секогаш за појдовна платформа се земаат општите одредби на Кривичниот законик и Законот за кривична постапка поради сродноста, на општи прекршочно–правни институти со казнените правни институти, (прекршок, системот на санкции, системот на посебните мерки и други позитивно правни институти). При дефиницијата на прекршокот е евидентна сличноста со дефинирањето на кривично дело. Станува збор за противправни дела чии обележја се со закон определени и за што е пропишана санкција. Никому не може да му биде изречена прекршочна санкција за прекршок кој, пред да е сторен, не бил со закон определен како прекршок и за кој со закон не била пропишана санкција. Разликата на прекршоците од казнивите дела е според нивната тежина. Прекршоците се полесни неправа, како и за прекршочна одговорност е доволна само небрежност. Поради тоа, за прекршок и прекршочна одговорност соодветно се применуваат одредбите од општиот дел на Кривичниот законик. Имено, согласно член 2 став 1 од Законот за прекршоците („Сл. весник на Република Македонија“ број 62/2006, бр. 51/11) и во Законот за прекршоци (Сл. весник бр. 124/15 од 23.07.2015 година), и во новиот Закон за прекршоци со член 2 став 1 (Сл. весник на РСМ бр. 96/19), за прекршокот и прекршочната одговорност сообразно се применуваат одредбите од општиот дел на Кривичниот законик. Но, во член 2 став 3 во новиот Закон за прекршоци се наведува дека прекршочниот орган при водење на прекршочната постапка соодветно ги применува одредбите од Закон за општа управна постапка, освен ако со овој закон не е поинаку определено. Во овој контекст, поради потребата од правилно практикување на Законот за прекршоци, при одлучувањето на прекршоците е значајна националната унифицирана судската пракса¹⁴ која произлегува на примената на член 3 став 1 од Кривичниот законик, согласно кој врз сторителот на кривичното дело (прекршокот) се применува законот кој важел во времето на извршувањето на кривичното дело (прекршокот), а согласно став 2 од истиот член, ако по извршувањето на кривичното дело (прекршокот) е изменет законот

¹² Деаноска-Трендафилова, А., За некои институти во македонското и споредбено прекршочни право: Има ли Македонија конзистентна прекршочна рамка?, МРКК бр. 23, 2016 година, стр. 2

¹³ Закон за прекршоци (Службен весник на РСМ бр. 96/19)

¹⁴ Заклучок на сите апелациони судови е доколку има различни рокови на застареност предвидени со *lex specialis* од рокот во Закон за прекршоци, секогаш судот одлучува на начин поповолен за обвинетиот, Апелационен суд Скопје Билтен бр. 6-6, согласно ЗКП

еднаш или повеќепати, ќе се примени законот што е поблаг за сторителот и член 4 од Законот за кривична постапка (*In dubio pro reo*)¹⁵.

3.1 Измени во системот на прекршочни санкции и мерки

Гледано хронолошки, од осамостојувањето на Републиката до денес, системот на прекршочни санкции и мерки ги следи реформите на националното казненото законодавство, особено по Новелата на КЗ од 2004¹⁶ и во однос на прекршочните санкции и мерки за правните лица и одговорните лица во правните лица. Имено, во Законот за прекршоци од 1997 година¹⁷ беа предвидени следниве санкции: казни (парична казна и казна затвор), прекршочна опомена, мерки на безбедност и воспитни мерки. Во Законот од 2006 година изостанува казната затвор¹⁸, а предвидени се посебни санкции за полнолетни, за малолетни и за правни лица, како и посебни прекршочни мерки. Со Законот за прекршоци од 2015 година¹⁹, во санкции за полнолетни лица, наместо во мерки, беа вметнати задолжителните лекувања, психијатриски лекувања на зависност, кои со новите законски решенија се отстранети, но сепак, со цел да се заштити безбедноста при спортските натпревари е дефинирана забрана за влез и присуство на спортски натпревари. Санкциите и мерките предвидени за правните лица во новиот законски текст се идентични со претходниот: опомена, глоба и привремена забрана за вршење одделна дејност, како и мерките: конфискацијата на имот и имотна корист и одземање на предмети. Но, промени во санкциите се направени со воведување на нови санкции: општокорисна работа²⁰, негативни поени за сообраќајни или други законски предвидени прекршоци, но за заштита на законитоста во постапките за субвенционирање е предвидена забрана на користење на субвенции и други средства обезбедени од Буџетот на РСМ во траење од најмногу три години.

3.2 Клучни реформи во прекршочната легислатива

Целисходноста на реформите се воочува со експлицитно воведување на начелото на пропорционалност и забраната за двојно изрекување санкции, поп

¹⁵ Закон за кривичната постапка (Службен весник РМ 150/10, 100/12, 142/16, 198/18)

¹⁶ Тупанчески Н., Кипријановска, Д., Прекршочната *vis-a-vis* казнената одговорност на правните лица во Република Македонија МРКК бр.23, 2016 година, стр. 2

¹⁷ Закон за прекршоци (Сл. весник на РМ бр.15/97)

¹⁸ Марковски, А., Осврт на новиот закон за прекршоци во компарација со стариот закон, МРКК бр.23, 2016 година, стр.2

¹⁹ *Ibid*, стр.3

²⁰ Член 25 од Законот за прекршоци (Сл. весник бр.96/19) за прекршок на физичко лице може наместо глоба да се изрече општокорисна работа во траење од најмногу 30 дена, се изрекува во часови, не помалку од пет на ден недела и висината на глобата се засметува од 15 евра во денарска противвредност за еден ден општокорисна работа.

bis in idem, што, иако претставуваа генерални правила, сепак во праксата се случуваше кај определени субјекти на надзор, правните лица, инспекторатите од различни области да изрекуваат санкции за исто прекршочно дејствие, сметајќи дека ги исполнува обележјата на одделни прекршоци, па притоа се утврдуваа неправилности во разграничувањето на правните институти (стек на прекршоци или продолжен прекршок). Имено, во примена на основните правила за индивидуализација при одмерувањето на видот на санкцијата, а особено на висината на глобата, новиот закон за прекршоци прави дистинкција и таксативно за секој субјект одделено предвидува законски долен и горен праг на висината на глобата за физичките лица, за одговорните лица во правното лице и согласно класификацијата на правни лица во Законот за трговски друштва. За илустрација, со член 26 од законот, глобата за физичко лице е определена во распон од паричен износ не помал од 15 евра ниту поголем од 250 евра во денарска противвредност, а пак за одговорното лице во правното лице и овластеното службено лице е определен распон од најмалку 15 евра до најмногу 500 евра во денарска противвредност. Со член 36 од новиот Закон за прекршоци²¹ се определува законската рамка на распон на минимум и максимум глоба одделно за микротрговци, мали, средни и големи трговци. Новина во законот е директната примена на законодавството на Европската Унија, како и можноста за поедини прекршоци од областа на даноци, царина, јавни набавки, јавни финансии и јавен долг, да бидат со материјалните закони пропишани глоби во поголем паричен износ во зависност од затаената давачка или износот на набавката но законот повторно и за овие прекршоци го определува горниот праг од најмногу двократен износ од законски предвидениот за сторителот.

3.3 Видови на постапки и мериторни судски одлуки

Постапката на порамнување и постапката на спогодување не претставуваат новина, но мора да ја акцентираме нивната значајна улога затоа што се задолжителни и години наназад Управниот суд има обемна судска пракса²² на правосилни пресуди кои имаат правно мислење за констатирани пропусти во однос на процесните правила кои се задолжителни во постапките за порамнување. Исто така, пресудите на Управен суд се насочени и кон ублажување на глобата во зависност кој закон се применува и е во сила, поради измената на член 31 од Законот за прекршоци од 2006 година²³ се предвиде дека

²¹ За микро трговци ниту помала од 50 ни поголема од 1000€ во ден. противвредност
За мали трговци ниту помала од 50 ни поголема од 2000 € во ден. противвредност
За средни трговци ниту помала од 250 ни поголема 6000 € во ден. противвредност
За Големи трговци ниту од 250 ни поголема од 10.000 € во ден. противвредност

²² Упр.3325/14и 3326/16, Упр.5326/14, упр.5166/14, упр.4348/14, упр.4291/14, упр.4292/14
Упр.5307/14 - даночни прекршоци.

²³ Закон за изменување и дополнување Закон за прекршоци (Службен весник РМ 51/11)

глобата може да се ублажи само за една третина од законски определената. Во пракса, кога тужениот орган не успеал правилно да ги примени одредбите за одмерување на глоба за прекршоци сторени во стек, Судот има одлучено во полна јурисдикција.²⁴

Во новиот Закон за прекршоци (член45-48) се нагласува правилното составување на записник и издавањето на платен прекршочен налог со сите задолжителни елементи и за прекршоците каде што е предвидена глоба во распон во прекршочниот налог се изрекува минимално пропишаниот износ за прекршокот (член 47 став 3од ЗП).

4. Новини во надлежноста на прекршочниот орган

При оваа елаборација на новиот закон, ќе се задржиме на две клучни промени кои се предвидени за прекршочната постапка. Првата се однесува на надлежноста на прекршочниот орган. Во член 49 став 2 од Закон за прекршоци е предвидена ограничена надлежност на прекршочниот орган и овластеното службено лице кои можат да постапуваат по барање за прекршочна постапка само за одделни прекршоци за кои е утврдена глоба најмногу до 250 евра во денарска противвредност за физичко лице, 500 евра во денарска противвредност за одговорно лице во правно лице и службено лице и 1000 евра во денарска противвредност за правни лица, со исклучок ако надлежноста на прекршочниот орган произлегува од законодавството на Европската Унија. Прекршочните органи се организирани во рамките на еден јавен орган. Во Управата за јавни приходи на РСМ, има вкупно седум Комисии за прекршоци (две во Скопје, Тетово, Штип, Битола, Кавадарци и ДГДО).

4.1 Анализа на предмети од Оддел за прекршоци на МВР на РСМ во периодот од 01.01.2015 до 31.12.2019

Во Министерството за внатрешни работи на Република Северна Македонија, работат вкупно 5 од 7 предвидени Прекршочни комисии за град Скопје и околните општини, а уште 14 за целата територија на РСМ.

Табела 1. Табеларен преглед на вкупно задолжени и решени предмети на ниво на Оддел за прекршоци на МВР на РСМ.

Година	2015	2016
Задолжени предмети	67803	48084
Решени предмети	81094	83991

Забелешка: За 2015 и 2016 година, Одделот за прекршоци не располага со статистички податоци по однос на примени и решение предмети по конкретен закон.

²⁴ УПР бр.3472/2014 прекршок од областа на труд

Табела 2. Табеларен преглед на задолжени и решени предмети по конкретен закон, на ниво на Оддел за прекршоци.

Година	Задолжени предмети	ЗБСП	ЗВ	ЗПЈРМ	Решени предмети	ЗБСП	ЗВ	ЗПЈРМ
2017	39770	17865	18739	3166	46937	21071	22359	3507
2018	46941	21866	21617	3458	50518	23890	22706	3922
2019	49630	23202	22562	3866	54191	24910	24432	4849

Забелешка: бројот на решени предмети е поголем од бројот на задолжени предмети, од причина што во тековната година се решавале заостанати предмети од претходните години.

Легенда: -ЗБСП: Закон за безбедност на сообраќајот на патиштата;

ЗВ: Закон за возила; ЗПЈРМ: Закон за прекршоците против јавниот ред и мир.

5. Измени во правната заштита

Со новиот закон за прекршоци се определува временската рамка до кога ќе функционира двостепеноста на прекршочната управна постапка и дека со престанок на надлежноста на Државната комисија за одлучување во втор степен само за областа на прекршочна постапка заклучно со 31.12.2020 година, предметите по започнатите жалбени постапки кои нема да завршат ќе бидат предадени на надлежност Управниот суд (член 131). Имено, оваа Државна комисија беше формирана како второстепен орган која одлучува во жалбена постапка против решенијата на прекршочниот орган и против решенија во постапки по инспекциски надзор. Таа се формираше како еквивалент на останатите професионални државни комисии²⁵ кои имаат овластување да одлучуваат по жалби на физички и правните лица, во втор степен, пр. јавни набавки, концесии, итн. Во Закон за основање на Државната комисија кој е статусен закон, некомпатибилно се вметнаа процесни одредби за управно прекршочен спор (член 11) со кој изрично е утврдено дека тужбата пред Управниот суд против решението на Државната комисија не го одлага извршувањето на решението. Државната комисија се формира и започна со работа од 01.02.2015 година, но во почетокот постапуваше само во втор степен во областа на инспекциски надзор затоа што Собранието на Република Македонија го изгласа Законот за прекршоци во 2015²⁶ година (во јули) и неверојатно во преодните и завршни одредби на Законот предвиди негова ретроактивна примена од 01.02.2015 година, поточно од денот на примена на Законот за Државната комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекциски надзор и прекршочна постапка.

²⁵ Државна комисија за одлучување во втор степен на управна постапка и работен однос, Државна комисија за одлучување на жалби во постапките по јавни набавки, (концесии, приватно јавно партнерство)

²⁶ Закон за прекршоци (Службен весник на РМ бр.124/2015)

6. Одлуките на Уставниот суд на Република Северна Македонија за одредби од Закон за прекршоци.

Одлуките на Уставниот суд на РСМакедонија се особено значајни не само за законодавецот туку и воопшто за практичарите од причина што противуставните одредби колку подолго време се во сила и се применуваат предизивуваат штетни последици како врз правните и физичките лица странки во постапката така и врз јавниот интерес. Имено, во овој дел на труд хронолошки се елаборираат одлуките на Уставниот суд за претходните законски решенија, се со цел да се укаже на важноста на извршувањето на прекршочните санкции и правната сигурност која ќе се обезбеди само преку конзистентна прекршочна политика.

6.1 Одлука на Уставен суд Убр. 21/2009 од 09.12.2009 година

Во Законот за прекршоци од 2006 година во член 67 став 2²⁷ беше предвидено дека со самото поднесување на тужбата се одлага извршувањето на одлуката за плаќање на глобата, со исклучок само ако изречената глоба со одлуката и трошоците на постапката не надминуваат за физичко лице 100 евра во денарска противвредност, за одговорното лице во правното лице, службено лице или за трговец поединец 500 евра во денарска противвредност и за правно лице 1.000 евра во денарска противвредност. Но, во 2010 година, со одлука на Уставниот суд²⁸ е укинат член 67 став 2 во делот кој е исклучок дека тужбата не го запира извршувањето. Уставниот суд во Одлуката Убр. 21/2009 од 09.12.2009 година се повикува на член 8 став 1 алинеја 3 од Уставот на Република Македонија, владеење на правото е темелна вредност на уставниот поредок на Република Македонија, член 9 од Уставот, граѓаните на Република Македонија се еднакви во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичко и верско убедување, имотната и општествената положба, па поради тоа и член 13 став 1 и амандманот XX од уставот, лицето обвинето за казниво дело ќе се смета за невино се додека неговата вина не биде утврдена со правосилна судска одлука. За прекршоците определени со закон, санкција може да изрече орган на државната управа или организација и друг орган што врши јавни овластувања. Против конечна одлука за прекршок се гарантира судска заштита под услови и постапка уредени со закон.

Согласно член 50 став 2 од Уставот на Република Македонија, се гарантира судска заштита на законитоста на поединечните акти на државната управа и на другите институции што вршат јавни овластувања. Исто така, Уставниот суд наоѓа дека законодавецот во Закон за прекршоци од 2006 година предвидел извршувањето на плаќањето на глобата да биде по правосилното окончување

²⁷ Член 67 од Закон за прекршоци Службен весник на РМ бр.62/2006)

²⁸ Одлука на Уставен суд у бр.21/2009 од 09.12.2009 година

на управниот спор, како правило. Но, во постапка, некои странки се лишени од законската гаранција за одлагање на извршувањето на одлуката заради определен критериум по однос на висината на глобата и трошоците во постапката, што прави различен правен третман на правата и обврските на странките во постапката. Тоа според Судот нема уставен основ за еднаквост на граѓаните пред Уставот и законите, а согласно член 51 од Уставот на Република Македонија, законите мора да бидат во согласност со Уставот и делот од одредбата е укината како неуставна.

6.2 Одлука на Уставниот суд на Република Македонија У51/2016 од 23.11.2016 година

Уставниот суд на Република Македонија со Одлука У51/2016 од 23.11.2016 година, не поведе постапка за оценување на уставноста на член 50 став 4 од Закон за прекршоци во делот на мандатот платен налог „има сила на извршна исправа“.

Уставниот суд на Република Македонија на седницата утврдил дека член 50 став 4 од Законот за прекршоците „Ако сторителот доброволно не ја плати глобата од ставот (1) на овој член, или во рок од 30 дена не достави потврда издадена од службено лице дека извршил определени задачи општокорисна работа или не достави потврда за регистрирани негативни бодови, мандатниот платен налог има сила на извршна исправа и службеното лице ќе го достави до органот надлежен за присилно извршување за негово извршување“, е составен дел од уредувањето на забрзаните постапки, чија цел е определена во член 47 од Законот за прекршоци „достигнување на согласност на сторителот на прекршокот и надлежните органи овластени за поведување на прекршочна постапка за отстранување на штетните последици на сторениот прекршок и спречување на повторно вршење на прекршоци и поради тоа избегнување на водење прекршочна постапка пред надлежниот суд, односно прекршочен орган“. Судот при одлучувањето го анализираше и Законот за извршување²⁹, и оценил дека право е на законодавецот да определи кои сè други исправи можат да бидат утврдени, односно да им биде утврден статус на извршност врз основа на кои ќе се спроведе извршувањето, од кои причини не може да се постави прашањето за согласноста на оспорениот дел од член 50 став 4 од Законот за прекршоци со Уставот на РМ. Исто така, направена е анализа на Законот даночната постапка³⁰. Со анализа на одредбите на Законот за прекршоци и оспорената одредба, а во контекст на целината на Законот за прекршоците, Законот за извршување, како и Законот за даночната постапка, а имајќи ја

²⁹ Закон за извршување Службен весник на Република Македонија“ бр.72/2016

³⁰ Закон за даночна постапка Службен весник на Република Македонија“ број 13/2006, 88/2008, 159/2008, 105/2009, 133/2009, 145/10, 171/10, 53/11, 39/12, 84/12, 187/13, 15/15, 97/15, 129/15, 154/15 и 23/2016

предвид казнената и даночната политика на државата, Судот оценил дека не може да се постави прашањето за согласноста на оспорениот дел на член 50 став 4 од Законот за прекршоците со Уставот.

6.3 Одлука на Уставен суд на Република Македонија 87/2015 од 09.11.2016 година

Во ноември 2016 година, Уставниот суд со Одлука 87/2015 од 09.11.2016 година го укина член 158 од Закон за прекршоци, и оваа одлука произведува правно дејство од денот на објавувањето³¹. Одредбата од член 158 предвидуваше Законот за прекршоци да влегува во сила осмиот ден од денот на објавувањето во Службен весник на РМ, а ќе започне да се применува со денот на започнување на примената на Државната комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекциски надзор и прекршочна постапка (01.02.2015 година) со што беше предвидено ретроактивно дејство на Законот за прекршоци, објавен на 23 јули 2015 година, во Службен весник на РМ. Уставниот суд утврди дека со овој член се овозможува повратно дејство на законот што е спротивно на член 52 од Уставот на Република Македонија, согласно член 8 став 1 алинеја 1 и 3 од Уставот, член 14 став 1 од Уставот, според кој никој не може да биде казнет за дело кое пред да биде сторено не било утврдено со закон или со друг пропис како казниво дело и за кое не е предвидена казна. По член 9 од Уставот, граѓаните се еднакви пред законот во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата националното и социјалното потекло политичко и верско уверување, имотна и општествена положба. Согласно Член 51 од Уставот, законите мора да бидат во согласност со Уставот, а сите други прописи со Уставот и законите и секој е должен да го почитува Уставот и законите (член 52 од Уставот). Во образложение на одлуката, Уставниот суд на РМ констатира дека не постои апстрактно споредување на законите и не може општо да се определи дали Законот за прекршоци е поблаг во однос на стариот закон, па со тоа да се смета дека ќе има повратно дејство, туку да се испитува за секој конкретен прекршок посебно.

7. Управниот спор согласно новиот Закон за прекршоци

Врз основа на Одлуките на Уставниот суд, новиот Закон за прекршоци повторно предвидува дека со тужбата пред Управниот суд се одлага извршувањето на конечното решение (член 70 ст. 4). Управниот суд го применува овој член во пракса, тужбата го одлага извршувањето на оспорениот акт, за прекршоците сторени по влегување во сила на Законот за прекршоци од 25.04.2020 година. Во однос на тужените наводи за изречените прекршочни санкции се применува чл. 132 од новиот закон, според кои законите во кои се пропишани прекршочни

³¹ Службен весник на РМ бр.221 од 01.12.2016 година

санкции треба да се усогласат со одредбите на овој закон во рок од шест месеци од денот на влегувањето во сила на овој закон и само во тој рок продолжуваат да се применуваат и најдоцна шест месеци од денот на влегувањето во сила на овој закон (чл. 132).

Исто така, судска пракса од новиот Закон за прекршоци постои во однос на примената на институтот застареност. Имено, во управен спор и во жалбената судска постапка пред Вишиот управен суд поради апсолутна застареност се запира водењето на прекршочната постапка³². Имено, тоа првенствено се должи на намалувањето на роковите за застареност. Во принцип, со новиот закон се намали рокот за апсолутна застареност на прекршочно гонење и водење на прекршочна постапка. Прекршочната постапка апсолутно застарува по изминати 4 години од денот на сторувањето на прекршокот (чл. 41 ст. 10 в. в. ст. 1-4 години). Но, за зајакнување на заштита на јавните финансии на државата, за прекршоците од областа на даноците, царините, јавните набавки, јавните финансии и јавниот долг е предвиден релативен рок на застареност од 4 години од денот кога е сторен прекршокот, а апсолутниот рок од 8 години (член 41.ст. 2 в. в. ст. 10). Исто така, со цел да се заштитат природните, енергетските и културните ресурси и определени сектори клучни за државата, во прекршоците од областа на конкуренцијата, енергетиката, трговија со забранети и/или ограничени стоки за употреба, областа на заштита на здравјето на луѓето, заштита на природни богатства, животна средина, заштита на културното наследство, заштита од природни и други непогоди, електронски комуникации или прекршоци сторени од користољубие, релативната застареност е определена на пет години, а апсолутната на 10 од денот кога е сторен прекршокот. (член 41.ст. 3 в. в. ст. 10). Законодавецот на крајот од членот нагласува дека роковите може да бидат и подолги доколку во одредена област се врши усогласување со законодавството на Европската Унија. Во однос на застареноста на извршувањето на прекршочните санкции, мора да споменеме дека законот предвидува релативен рок од 2 години и апсолутен рок од 4 години, а по однос на прекршоците кои имаат подолг рок на апсолутна застареност е наведено дека апсолутен рок на извршувањето на прекршочната санкција не може да биде подолг од 5 години од денот на правосилноста на одлуката. При извршувањето, законот обврзува на усогласеност со европското законодавство (член 42).

Споредбено гледајќи на институтот застареност, може да заклучиме дека Законот за прекршоци од 2006 година претрпе измена на роковите со интервенцијата во 2011 година³³ кога во чл. 42 ст. 1, релативна застареност се зголеми од 1 на 3 години, што имплицираше да се зголеми апсолутната застареност во чл. 42 ст. 7 на 6 години, а пак за одделни прекршоци да се

³² УПРЖбр.61/19;УПРЖбр.258/19;УПРЖбр.309/19;УПРЖбр.171/19; УПРЖбр.600/18;УПРЖ бр.427/19; УПРЖ бр.391/19;УПРЖбр.383/19;

³³ Закон за измена и дополнување на Закон за прекршоци (Службен весник на РМ бр.51/2011)

определат рокови на застареност и подолги од роковите во овој закон, но не подолги од пет години. За илустрација, со Царинскиот закон од 2005 година, чл. 262 апсолутната застареност е определена 5 години, но со Закон за измени и дополнувања на Царинскиот закон³⁴, царинските прекршоци апсолутно застаруваат во рок од 10 години. Но, рокот на застареност при извршувањето на прекршочните санкции не претрпе измена (член 43 ст. 1в.в ст. 6), па застареност на прекршочната санкција настанува во секој случај кога ќе изминат 2 години. Со чл. 43 став 7 за одделни прекршоци може да се определат рокови на застареност на извршување подолги од роковите од ставот 1 на овој член, но не подолги од две години. Законодавецот не интервенираше да го продолжи рокот на застареност на извршувањето на правосилните одлуки, па поради тоа и многу од одлуките со клаузула на правосилност, поради административна неажурност, застаруваа во постапка за извршување. Оваа неуедначеност беше исправена во чл. 44 од Закон за прекршоци од 2015 година³⁵.

8. Судска пракса за одземени предмети и надомест на штета во прекршоците

Судската пракса за одземени предмети и надомест на штета³⁶ се должи на фактот што, иако со тужбените барања во принцип се насочени кон поништување на оспорениот управниот акт, многу често прекршочните тужби има и предлог за враќање на ствари и надомест на штета настанати со извршување на оспорениот акт. Во пракса, Управниот суд има одлучено за враќање на предметите, но само во прекршочните постапки кога се исполнети условите за апсолутна застареност на прекршочната постапка. Во однос на овие одлуки, Управниот и Вишиот управен суд имаа спротивни правни мислења. Неспорно е дека ниту во управната постапка, ниту во прекршочната постапка, стварите не се одземени од страна на Управниот суд, туку од страна на државните органи, Царинската управа, Министерство за внатрешни работи. Меѓутоа, Управниот суд зазема правно мислење во случај на застарување на прекршочното барање да донесе и одлука по предлог за враќање на стварите. Ставот кој го застапуваше Вишиот управен суд е дека прекршочниот орган, поточно подносителот на прекршочното барање кој ги одземал стварите е должен да одлучи по предлогот за враќањето на предметите. Во врска со ова правно прашање, Врховниот суд³⁷ има донесено

³⁴ Царински Закон (Службен весник на РМ бр.39/2005) и Закон за изменување и дополнување на царински закон Службен весник на РМ бр. 44/2011)

³⁵ Член 44 од Закон за прекршоци Службен весник на РМ бр.124/2015)

³⁶ Насковска., Е., Казненоправни аспекти на злоупотреба на власта во Република Македонија, (докторска дисертација) Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2019

³⁷ УПР.3889/2012 Дополнителна пресуда со кое по предлог на прекршочен орган царинска управа не се враќаат предметите од причина што во конкретен случај станува збор за специјално изработена маса за нелегални игри на среќа.

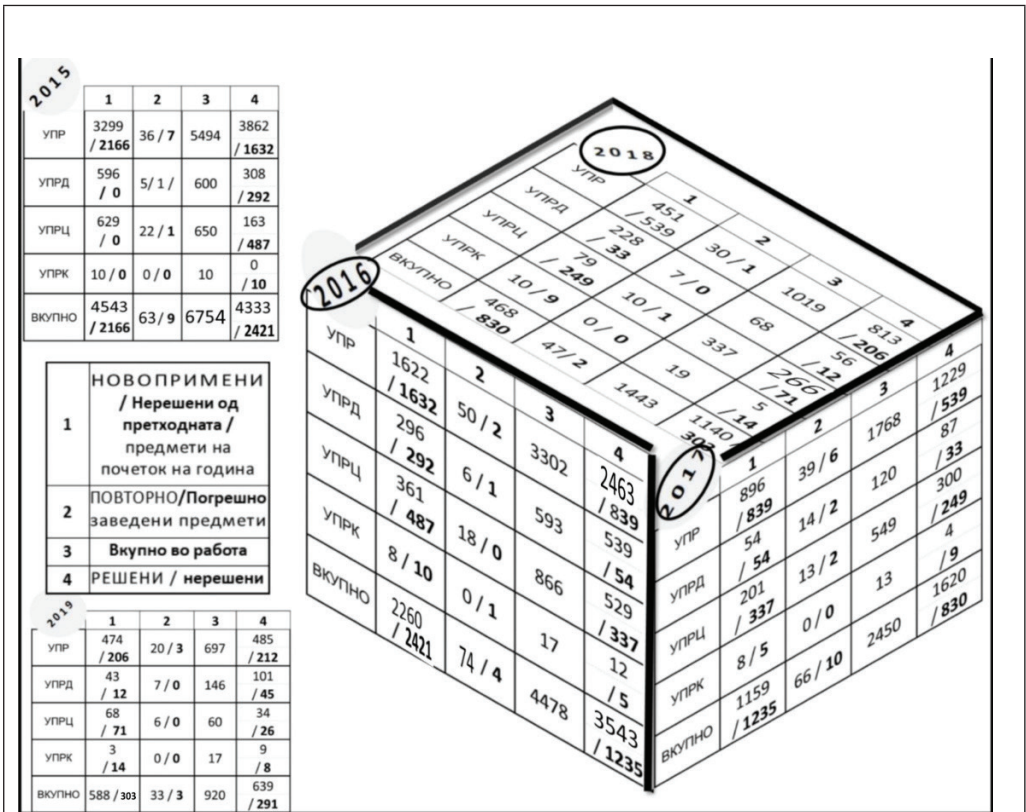
заклучок на Општа седница на Врховен суд декември 2015 година, кој гласи „За враќање на одземени предмети на прекршок надлежен за одлучување е Судот, односно прекршочниот орган пред кој се води постапката“, со образложение дека надлежен да донесе одлуката за одземените предмети е оној кај кого се списите на предметот и кој одлучува мериторно по предметот. Исто така, во случај Судот да пропуштил да одлучи тоа треба да го стори со дополнителна одлука член 7-а во врска со 328 од Закон за парнична постапка за враќање на предмети и ствари.

За надомест на штета како акцесорно барање, судот одлучува само во случај да располага со релевантни докази. Новиот Законот за управните спорови остава можност Судот да ги упати странките во парнична постапка па врз основа на Законот за облигациони односи, се утврдува каузалитетот помеѓу причинско последичните односи за настаната штета.

9. Анализа на примени прекршочни предмети во Управен суд во период од 01.01.2015 до 31.12.2015

Управниот и Вишиот управен суд уште од своето основање одлучуваат за законитоста на одлуките на прекршочните органи. Согласно член 132 став 2 од новиот Закон за прекршоци за пропишаните прекршочни санкции е наведено дека ќе продолжат да се применуваат се до нивното усогласување со одредбите на овој закон, но најдоцна шест месеци од денот на влегувањето во сила на овој закон, доколку не се изврши усогласување на материјаните закони. Со оваа упатувачка одредба во пракса се очекува прекршочните санкции да бидат одмерени согласно правилата во Законот за прекршоци како *lex generalis*³⁸.

³⁸ Правосилни пресуди на Управен суд Упр.бр.467/19, Упр.бр.110/20, Упр.бр.2/20



Слика 1 Анализа на прекршочни предмети Управен суд

Период 2015 – 2019

Од табелите се заклучува дека Управниот суд за прекршочни предмети во:

- 2015 година има доста висок прилив приближно совладан
- 2016 година го совладал приливот и остатокот го намалил за ½
- 2017 година приливот е намален за ¼ и остаток за ¼ од 2015 и совладан
- 2018 година приливот драстично намален и совладан
- 2019 година приливот и остаток драстично намалени и совладани

10. Заклучок

Со анализа на прекршочната легислатива се заклучи дека честата измена во законската регулатива ја намалуваат правната сигурност во државата. Правните недоречености, селективен пристап при промена на законските одредби, како и некодифицирање на прекршочното право ја дестабилизираат правната држава. Граѓаните и правните лица сметаат на ефикасна судската правна заштита.

Новиот Закон за прекршоци ја менува строгата прекршочната политика преку воведување на нови парични износи на глоби класифицирани врз основа на нови критериуми се со цел да се обезбедат предуслови за индивидуализација при одмерување на глобата. Но за одделни прекршоци од областа на конкуренција, даноци, царини и други јавни финансии, енергетика, електронски комуникации, заштита на животна средина и културни наследства се предвидени повисоки глоби се со цел да се обезбеди повисок степен на објектот на заштита. Новина во прекршочното право е предимството и директната примена на Европското законодавство како извор на право, во случај кога постои судир со националното право. Двостепеност на прекршочната постапка се покажа како нефикасна правната заштита и се докажа дека со жалбената постапка само непотребно се пролонгира време траењето на постапката. Поради тоа се определи временска рамка за престанок на Државната комисија за одлучување во втор степен прекршоци. Гледано компаративно, можеме да заклучиме дека новите роковите за релативна и апсолутна застареност претставуваат компромисно решение од досега практикувани. Новиот закон за прекршоци се очекува ефикасно да ги оствари своите цели преку владеење на право, и начелата на транспарентност, пропорционалност и непристрасност во прекршочно судската постапка.

Библиографија

Литература

1. Гелевски, С.; Гризо, Н.; Давитковски, Б., Управно право НИП-Студенски збор-, Скопје, 1997 година, стр. 8-12
2. Давитковски, Б., Павловска-Данева, Новини во управно-процесна заштита на правата на граѓаните во Република Македонија, втор скопско-загрепски правен колоквиум, Зборник на трудови, Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2009
3. Деаноска-Трендафилова, А., За некои институти во македонското и споредбено прекршочни право: Има ли Македонија конзистентна прекршочна рамка?, МРКК бр. 23, 2016 година, стр. 2
4. Камбовски, В., Основни проблеми во примена на Законот за прекршоци, МРКК бр. 1-2, 2010 година
5. Марковски, А., Осврт на новиот закон за прекршоци во компарација со стариот закон, МРКК бр. 23, 2016 година, стр. 2
6. Насковска., Е., Казненоправни аспекти на злоупотреба на власта во Република Македонија, (докторска дисертација) Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2019
7. Тупанчески, Н., Економско казнено право, Правен факултет „Јустинијан први“, Скопје, 2015, стр. 250

8. Тупанчески Н., Кипријановска, Д., Прекршочната vis-a- vis казнената одговорност на правните лица во Република Македонија МРКК бр. 23,2016 година, стр. 2

Легислатива

1. Устав на Република Македонија со Амандманите од I до XXXVI (Сл. весник на Р. Македонија бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09, 49/11, 6/19).
2. Закон за судовите (Службен весник на РМ бр. 58/06, 150/10, 35/08, 150/10, 83/18, 198/18,96/19) Одлуки на Уставен суд У. бр.256/07,У. бр.74/08, У. бр.12/11
3. Кривичен Законик на РМ („Службен весник на Република Македонија“ број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17,248/18)
4. Закон за кривичната постапка (Службен весник на РМ бр. 150/10, 100/12, 142/16, 198/18).
5. Закон за управните спорови (Службен весник на РМ бр. 62/06, 150/10)
6. Закон за управните спорови (Службен весник на РСМ бр. 96/19)
7. Закон за општата управна постапка (Службен весник на РМ бр. 124/15).
8. Закон за прекршоци (Службен весник на РМ бр. 15/97)
9. Закон за прекршоци (Службен весник на РМ бр. 62/2006 и исправка 69/2006 и 51/10) Одлука на Уставен суд у бр. 21/2009 од 09.12.2009 година
10. Закон за прекршоци Сл. весник на РМ бр. 124/15 од 23.07.2015 година
11. Одлука на Уставниот суд на Република Македонија У51/2016 од 23.11.2016 година Службен весник на РМ бр. 221 од 01.12.2016 година
12. Закон за даночна постапка Службен весник на Република Македонија“ број 13/2006, 88/2008, 159/2008, 105/2009, 133/2009, 145/10, 171/10, 53/11, 39/12, 84/12, 187/13, 15/15, 97/15, 129/15, 154/15 и 23/2016
13. Закон за извршување Службен весник на Република Македонија“ бр. 72/2016

РАСПРОСТРАНЕТОСТА НА ИЛЕГАЛНИТЕ ЛАБОРАТОРИИ ЗА ПРОИЗВОДСТВО НА МАРИХУАНА ВО СРБИЈА

доцент д-р **Божидар Оташевиќ**

Криминалистичко – полициски универзитет, Белград, Србија

E-mail: bozidarotasevic@yahoo.com

доцент д-р **Саша Атанасов**

Правен факултет, Универзитет во Приштина со повремено седиште во

Косовска Митровица, Србија

E-mail sasa.atanasov@pr.ac.rs

доцент д-р **Дејан Лабовиќ**

Факултет за деловни студии и право,

Универзитет „Унион – Никола Тесла“ Белград, Србија

Email dejan.labovic@fpp.edu.rs

Апстракт

Марихуаната се произведува во речиси сите земји во светот, што ја чини најзастапена илегална дрога на светскиот наркопазар. Бројот на лабораториите, кои последните години се откриени во Србија, е еден од потенцијалните показатели на сè поголемото ширење на домашното производство на марихуаната во лабораториски контролирани услови. Целта на трудот е да ја утврди распространетоста и карактеристиките на илегалните лаборатории за производство на марихуаната во затворен простор. Со примерокот се опфатени 136 илегални лаборатории за внатрешно одгледување на марихуаната кои се откриени во Србија (без Косово и Метохија) во периодот од 01.01.2013. до 30.06.2019. година. Непостоењето на стандардизирани обрасци за известување оневозможува анализа на количината на заплнетата дрога. Заплнетата дрога се наоѓа во различни фази на процесот на производството и подготовките за нелегалниот пазар, во поединечните извештаи е пријавено одземање на цели билки со различна големина, некаде количината на сировата и / или исушена дрога е изразена во килограми. Поради причина дека достапните податоци за производството на канабис се izdelени, нестандардизирани и обично научно невтемелени, оневозможен е егзактен приказ на вкупната количина на произведениот канабис во Србија.

Во трудот е даден приказ на распространетоста на лабораториите и нивните основни карактеристики во поглед на локацијата, производствените капацитети, квалитетот на опремата, бројот на уапсени лица и количината на заплнетите пари и оружје.

Клучни зборови: *марихуана, илегално производство, внатрешно одгледување, лаборатории*

PREVALENCE OF ILLEGAL LABORATORIES FOR MARIJUANA PRODUCTION IN SERBIA

Božidar Otašević, PhD

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade, Serbia

E-mail: bozidarotasevic@yahoo.com

Saša Atanasov, PhD

Faculty of Law, University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica, Srbija

E-mail: sasa.atanasov@pr.ac.rs

Dejan Labović, PhD

Faculty of business studies and law, University “Union - Nikola Tesla”, Belgrade, Serbia

E-mail: dejan.labovic@fpss.edu

Abstract

Marijuana is produced in almost every country in the world, which makes it the most prevalent illegal drug in the world drug market. The number of laboratories that have been discovered in Serbia in recent years is one of the potential indicators of the increasing expansion of domestic marijuana production under laboratory controlled conditions. The aim of this paper is to determine the prevalence and characteristics of illegal indoor marijuana production laboratories. The sample included 136 illegal marijuana cultivation laboratories discovered in Serbia (without Kosovo and Metohija) from 1st, January, 2013 till 30th, June, 2019. The lack of standardized reporting patterns makes it impossible to analyze the amount of seized drugs. The seized drugs were in various stages of production process and preparation for the illegal market; in some reports the seizure of whole plants of different sizes was reported; in some reports the amount of raw and/or dried drugs was expressed in kilograms. Due to the fact that the available data on cannabis production are divided, non-standardized and often scientifically unfounded, it is impossible to present the total amount of cannabis produced in Serbia precisely.

The paper presents the distribution of laboratories and their basic characteristics in terms of location, production capacity, quality of equipment, number of arrested persons and the quantity of money and weapons seized.

Keywords: *marijuana, illegal production, indoor cultivation, laboratories*

ВОВЕД

Канабисот или конопот (lat. *Cannabis sativa*) е една од најстарите билни култури чија примена е повеќенаменска. Се користи како индустриска суровина, во медицински цели, но и како дрога. Присуството на психоактивниот канабионид тетраhydroканабинол (Δ^9 -THC) ја вбројува оваа билка во психоактивни супстанции. Според Законот за контролирани психоактивни супстанции на Република Србија¹ е забрането поседување, одгледување и промет на варијантите на канабисот кои можат да содржат повеќе од 0,3% од супстанции од групата на тетраhydroканабинол (член 58). Исто така, самоникнатата билка

¹ Службени гласник РС, 99/2010 и 57/2018.

од која може да се добие психоактивна контролирана супстанција мора да биде уништена. Таквата билка, без одложување, лицето кое по каква било основа ја поседува, ја користи, односно има сопственост над земјиштето на кое билката израснала, е должно да ја уништи. Ако билката не се уништи во рок од 7 дена од денот на изрекување на мерката за уништување која ја донел надлежниот орган, ја уништува министерството надлежно за земјоделските работи (член 59).

Во Србија одгледувањето на коноп (Cannabis) е дозволено само поради производство на влакна, за производство на семиња за исхрана на животните, за понатамошно размножување, преработка, испитување на квалитетот на семињата, како и неговиот промет.

Дозволено е одгледување на коноп само на правно, физичко лице кое има дозвола, која ја издало министерството надлежно за земјоделски работи.

Министерот надлежен за земјоделските работи ги пропишува:

1. сортата на конопот (Cannabis) која е дозволена да се одгледува;
2. условите кои мора да ги исполнува правното или физичкото лице за добивање на дозвола за одгледување на коноп;
3. начинот на издавање и рокот на важење на дозволата, како и трошоците за издавање на дозволата за одгледување на конопот;
4. останати услови за дозволено одгледување на коноп (Cannabis) во согласност со Законот.

Лицето кое има дозвола за одгледување на коноп е должно да го извести министерството надлежно за внатрешните работи и министерството надлежно за земјоделските работи за секаква околност која укажува на можноста дека конопот или делови на конопот можат да бидат употребени за недозволено производство на психоактивни контролирани супстанции (член 60).

Меѓутоа, бидејќи конопот е корисна индустриска суровина, важно е со лабораториските анализи да се одреди концентрацијата и односот на главните канабиниоди (Δ^9 -THC) и канабидиоли (CBD) и врз основа на тоа да се направи разлика меѓу конопот од индустриски тип и дрогата како психоактивна супстанција (Котуревиќи Бранковиќ, 2014: 110).

Марихуаната, хашишот и маслото од хашиш се трите можни производи од билката канабис кои се наоѓаат на листата на опојни дроги поради своето психоактивно дејство. Една од битните разлики меѓу овие психоактивни супстанции е концентрацијата на THC. Така, марихуаната содржи најмал процент на концентрација на THC (до 5 %) и при конзумирањето има најблаго дејство, хашишот содржи од 5 до 12 %, а маслото од хашиш од 15 до 70% THC (Gazdek, 2014: 193). Последните 20 години производствените процеси, обично во контролирани лабораториски услови, ја зголемиле концентрацијата на THC во марихуаната, па неговата концентрација може да биде 6 и повеќе проценти. Процентот на THC во индискиот коноп зависи од тоа кои делови од билката се користат за производство на дрога, како и од карактеристиките на самата

билка, видовите на ѓубриво, начинот на преработка, времето кога се бере, како и географските локации на кои расте оваа билка.

Канабисот е едногодишна двополова билка која во природни услови ја опрашува ветерот. Меѓутоа, за потребите на внатрешното одгледување природните двополови билка се трансформираат во моногамни, т. н. хермафродити. Поради целта на комерцијалното производство одгледувачите на канабис сега произведуваат само семе од женскиот коноп, хемиски индицирано од женските билки од конопот сами да произведуваат полен. Висината на стеблата може да варира меѓу 20 см и 6 м, па и повеќе, макар што најчести се билките од 1 до 3 м (United Nations Office for Drugs and Crime – UNODC, 2009). За илегалното производство на марихуаната во култивирани услови се користат посебно направени лаборатории или стакленици. Во производството на марихуана се користи цветот на женската билка.

И покрај фактот дека има своја примена како во индустријата така и во медицината, токму поради своето психоактивно својство во повеќето светски земји е на листата на забранети супстанции, па поради тоа неговото производство и користење се законски забранети. Според податоците наведени во Светскиот извештај за дрогите за 2016. година, изработен од страна на Канцеларијата на ОН за дрога и криминал (UNODC), канабисот претставува водечка илегална супстанција во светот што се однесува на неговото одгледување, производство, препродажба и бројни корисници.² Канабисот илегално се одгледува надвор, на почвите со различен квалитет и речиси во сите делови на светот, освен во поларните региони. Поради намалениот ризик од откривање, можноста за контрола на условите во кои се одгледува, можноста за добивање на поголеми приноси и добивање на финален производ со поголем процент на THC (Leggett Pietschmann, 2008) илегалните производители се почесто се одлучуваат за одгледување на канабис во затворен простор и во лабораториски услови, отколку за плантажно одгледување на канабисот на отворено.

Трендот на порастот на бројот на илегалните лаборатории за производство на марихуана, т. н. *внатрешно одгледување* забележано е во последните 5 години во Србија.

МЕТОДОЛОГИЈА НА ИСТРАЖУВАЊЕТО

Спроведеното истражување има експлоративен карактер.

Општата хипотеза гласи:

Марихуаната е најзастапена дрога на илегалниот пазар во Србија и нејзиното производство секоја година се зголемува, најчесто преку одгледување во затворен простор.

² Види пошироко: UNODC World Drug Report 2016, (2016, April, 13). https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf. 15.04. 2018.

Посебни хипотези:

1. Илегалните лаборатории за внатрешното одгледување на марихуаната почесто се дистрибуирани во градовите отколку во селата поради причина што набавката на опрема и одгледувањето се подискретни, а ризикот за откривање е помал.
2. Лабораториите најчесто се инсталирани во станбени простории кои се сопственост на илегалните производители.
3. Општествената опасност од илегалното одгледување на марихуаната во лабораториите се зголемува кумулативно од поседувањето на нелегалното огнено оружје.

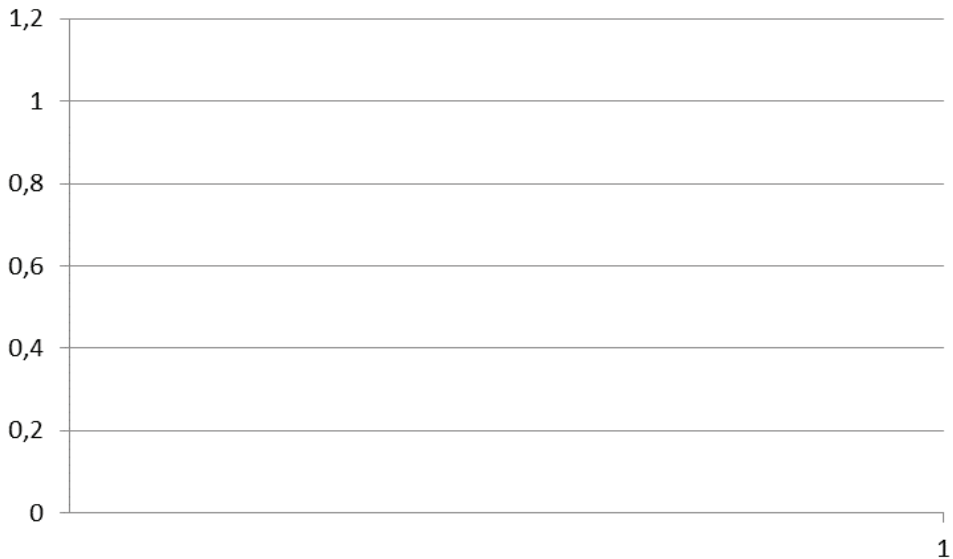
Предмет на анализа биле откриените лаборатории (вкупно 136) за производство на марихуана (внатрешно одгледување на марихуана во лабораториски услови) на територијата на Република Србија (без Косово и Метохија) во период од 01.01.2013. година до 30.06.2019 година. Користени се податоци од Одделението за аналитика на Министерството за внатрешни работи на Република Србија кое евидентира случаи за откривање на тајни лаборатории на територијата на Република Србија, без оглед на тоа дали е во прашање производство на природни или синтетички дроги. Анализирани се следното: бројот на откриени тајни лаборатории за производство на марихуана по години, бројот на уапсени лица и нивната старосна возраст, локацијата на која е откриена лабораторијата, дали лабораторијата била инсталирана во изнајмен простор, или простор кој бил во сопственост на илегалните производители, како и квалитетот на опремата која била инсталирана во илегалните лаборатории. Понатаму, со анализата се опфатени различни фази на процесот на производство во кои се наоѓа заплнетата дрога, дали покрај марихуаната е заплнета и никој друг вид дрога, како и количината на заплнетите пари и огненото оружје кое го поседувале илегалните производители.

За статистичка обработка на податоците користен е IBM SPSS Advanced Statistics 20.0. пакет, метод на дескриптивна статистика и Хи – квадрат тест пакет.

РЕЗУЛТАТИ ОД ИСТРАЖУВАЊЕТО

Во набљудуваниот период откриени се вкупно 136 илегални лаборатории за производство на марихуана (внатрешно одгледување) (Оташевиќ, Коларевиќ и Радовановиќ, 2019: 1129), и тоа: во 2013. година 19 лаборатории, во 2014. година 17 лаборатории, во 2015. година 8 лаборатории, во 2016. година 25 лаборатории, во 2017. година 32 лаборатории, во 2018. година 26 лаборатории и во првите 6 месеци од 2019. година 9 лаборатории (Графикон број 1).

Графикон 1 – Број на откриени лаборатории за илегално производство на марихуана во периодот од 01.01.2013 до 30.06.2019.



Во 136 откриени лаборатории се најдени и лишени од слобода вкупно 196 извршители. Од нив во 93 (68,4%) лаборатории уапсен е само по еден извршител, во 25 (18,4 %) лаборатории уапсени се по 2 извршители, а во 7 (5,1 %) лаборатории не е лишени од слобода ниту еден извршител. Само во 11 (8,1%) лаборатории уапсени се повеќе од 3 извршители, односно вкупно 53 лица што претставува нешто повеќе од четвртина од вкупниот број на уапсени лица (27%) (Табела број 1). Просечната старост на уапсените извршители била 38 (+/-10) година.

Табела 1 – Број на уапсени лица во лабораториите во периодот од 01.01.2013 до 30.06. 2019

Број на лица	Бројна лаборатории	Процент	Вкупно извршители
Немало уапсени	7	5,1	0
1	93	68,4	93
2	25	18,4	50
3	5	3,7	15
4	3	2,2	12
6	1	0,7	6
10	2	1,5	20
Вкупно	136	100,0	196

129 лаборатории се откриени од страна на Подрачните полициски управи, додека 7 од нив се откриени преку оперативната работа на Службата за борба против организираниот криминал. Исто така, 134 лаборатории се откриени преку оперативната работа на полицијата, додека 2 лаборатории се откриени, условно речено, после инцидентот. Во еден случај лабораторијата е откриена по избивање на пожар, а во друг случај производителот е ранет во вооружена пресметка во Белград, па по укажаната лекарска помош одбил да даде исказ на припадниците на криминалистичката полиција, па настанал претрес на станот и другите простории во кои е пронајдена инсталираната опрема за илегално производство на марихуана.

Најмногу илегални лаборатории се откриени во градските средини, вкупно 110 (80,9%), додека во селските или приградските средини откриени се 26 (19,1%) лаборатории за производство на канабис.

Најзастапените места на кои се откриени илегални лаборатории за производство на марихуана се станбени простории, па така 123 (89,1%) лаборатории се откриени во овие објекти.

Лабораториите биле инсталирани во собите, подрумите и ладилниците. Садниците биле засадени во плакари, кутии од комјутери, стакленици за одгледување, специјални гробох кутии со хранливи подлоги и вештачко осветлување, кое овозможува раст на билките без присуство на дневна светлина. Детектирани се и иновативни методи во одгледувањето на марихуаната, вклучувајќи и хидропонски начин на одгледување кога билките се одгледуваат во лабораториски услови без допир со тлото.

Просторот во кој се откриени илегалните лаборатории во најголем број случаи (132 – 97,1%), биле во сопственост на илегални производители, додека во изнајмениот простор биле инсталирани само 4 илегални лаборатории.

Најчесто производството се одвивало на една локација (125 лаборатории биле така организирани, 91,9%), додека само во 11 (8,1%) случаи производството се одвивало на повеќе локации.

Во текот на откривањето и претресот, во 57 (41,9%) лаборатории се заплени садници со различна висина, од оние тукушто засадени, до оние повисоки од еден метар, спремни за берба. Во поединечните лаборатории полицијата затекнала садници во фаза на режење на пупките, потоа одредена количина на марихуана која била издробена и која се наоѓа во фаза на сушење, до готови пакувања (обично со тежина од еден килограм), а во некои случаи биле пронајдени и готови цоинти. Во 79 (58,1%) лаборатории садниците биле со иста висина и во иста фаза на производство.

Кога станува збор за опремата која е инсталирана во лабораториите, во 125 (91,9%) од нив, била инсталирана ефтина и импровизирана опрема, додека во 11 (8,1%) од откриените лаборатории била инсталирана професионална опрема.

Во пет случаи покрај марихуаната е откриен и друг вид дрога. Така, во поединечните лаборатории, покрај марихуана откриени се мали количини хероин, екстази и амфетамини. Меѓутоа, без оглед што станува збор за мали количини на дрога, со оглед на тоа дека оригиналните производители не биле зависници, може да сепретпостави дека и тие мали количини на запленета дрога, биле наменети за локалниот наркопазар.

Во 15 (11%) илегалните производители поседувале оружје, експлозивни направи и повеќе парчиња муниција, додека во 121 (89,0%) лабораторија не е пронајдено оружје.

Во текот на претресот на лабораториите овластените службени лица на Министерството за внатрешни работи пронашле 15 пиштоли, 5 автоматски пушки, 2 пригушувачи, 2 оптички нишани, 7 бомби, 300 парчиња муниција од различен калибар, како и одредена количина на вооружување за лов.

Во четири случаи кај производителите е пронајдена одредена количина на пари во различни апоени, во вкупна вредност од 11.500 евра.

Во поединечни лаборатории биле инсталирани современи системи за видео надзор.

За целта на испитувањето дали постојат евентуални правилности меѓу варијабилите, испитуван е односот меѓу бројот на уапсените лица и локациите на кои е пронајдена лабораторијата (село – град), потоа дали лабораторијата била инсталирана во простор кој бил изнајмен или во простор кој бил сопственост на илегалните производители, како и дали во лабораторијата се наоѓала импровизирана или професионална опрема. Исто така постои и обид и со лабораториите во кои во текот на претресот е пронајдено оружје и останати варијабилни.

Статистичкото значење е пронајдено и во вкрстените варијабилни на лабораториите во кои во текот на претресот е пронајдено оружје во илегално поседување и варијабилни на лабораториите опремени со импровизирана или професионална опрема ($\chi^2=7.83$, $p<0,05$).

Табела 2 – Однос на опременост на лабораториите и пронајденото оружје во нив

Вид на опрема	Оружје		Вкупно
	Имало оружје	Немало оружје	
Импровизирана опрема	11	114	125
Професионална опрема	4	7	11
Вкупно	15	121	136

Во Табелата број 2 е прикажана дистрибуција на бројот на лабораториите во кои е пронајдено оружје во текот на откривањето и претресот, и лабораториите

опремени со импровизирана и професионална опрема. Од Табелата се гледа дека од 125 лаборатории во кои била инсталирана импровизирана опрема, во 11 (8,8%) од случаите е пронајдено оружје, додека во 11 лаборатории во кои била инсталирана професионална опрема во 4 (36,4%) од случаите е пронајдено оружје. Овој податок ни укажува на степенот на организираност, но и спремноста за употреба на насилство од страна на лицата кои се занимаваат со производство на марихуана во професионални и добро опремени лаборатории.

Со статистичката обработка сме утврдиле значајна разлика ($p \leq 0,05$) меѓу бројот на лабораториите во кои е пронајдено оружје во текот на откривањето и лабораториите опремени со импровизирана или професионална опрема.

ДИСКУСИЈА

Едноставните процедури на производство, детаљните инструкции и рецепти до кои може да се дојде преку интернет, лесно достапните неопходни супстанции кои често се користат и во секојдневната употреба, влијаеле на порастот на илегалното производство на марихуана во лабораториски услови.

Во периодот од 01.01.2013 до 30.06.2019. година откриени се 136 лаборатории за производство на марихуана (внатрешноодгледување), речиси во сите поголеми градови во Србија. Најмногу лаборатории се откриени во 2017. година, дури 32 (23,6%). Меѓутоа, полицијата честопати открива станбени објекти во кои понекогаш се кријат поголеми количини на марихуана. Подрумите се претворени во лаборатории, а во куќите сè е прилагодено на условите да бидат идеални за одгледување на оваа дрога. Наведените податоци ги потврдува и *Стратешката процена на јавната безбедност* која ја изработило Министерството за внатрешни работи 2017. година, во која покрај останатото се наведува: „Во Србија илегално се произведува марихуана, поради што е широко застапена. Во производството на марихуана во вештачки услови сè повеќе се вложува, почнувајќи од опремувањето на лабораториите и подобрувањето на условите во нив, до купување на висококвалитетна опрема која се користи и во легалното земјоделско производство“³.

Семињата за одгледување на канабисот, главно се криумчарат од странство, а неретко во нашата земја доаѓаат и пратки со брза пошта. Испраќачите, главно, се од Холандија, а во последно време и од Шпанија.

Така, на пример, цариниците во текот на 2019. година откриле 31 семе од канабис, како и адитиви за раст на оваа билка и хартија за виткање, само во една од низите слични пратки од Шпанија, кои стигнуваат со курирската служба на

³ *Стратешка процена јавне безбедности*, Јавна верзија, Република Србија, Министерство унутрашних послова, Београд, 2017, стр. 42. <http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/98632591-2b0d-4cba-9cd1-e7ff993705a6/Strateska+procena+javne+bezbednosti+konacno+za+intern+et+%282%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IThnbP0> 15.04.2020.

DHL на примателите во Србија.⁴

Податокот дека во 93 (68,4%) од откриените лаборатории е уапсено по едно лице доведува до заклучок дека во Србија има повеќе независни одгледувачи, кои самостојно се занимаваат со производство на канабис во приватни куќи и станови и кои обично одгледуваат меѓу 100 и 1000 билки во една жетва. Оние „најуспешните“ меѓу нив дел од профитот го вложуваат во ширење на работењето. Тоа се постигнува преку ширење на дополнителни локации (преку купување или изнајмување) со цел да се оформат повеќе плантажи. Овие одгледувачи обично ја бираат онаа сорта на канабис која годишно ќе има најмногу жетви.

Фактот дека во 68,4% случаи се поклопуваат со бројот на откриените лаборатории со бројот на уапсените лица може да укаже на неспремноста на полицијата да се снајде во новонастанатите околности, затоа што во текот на оперативната обработка не утврдува врска меѓу илегалните производители и останатите криминални организации, иако е општопознато дека кривичните дела во врска со опојните дроги се по правило групни кривични дела, каде во ланецот на илегалното производство, криумчарењето и продажбата учествуваат повеќе лица кои обично се дел од хиерархиски основана организација.

На пропустите во работата на полицијата укажува и податокот дека во седум случаи во текот на откривањето и претресот на илегалните лаборатории не е откриено ниту едно лице. Кога преку оперативна работа ќе се дојде до сознание за постоењето на илегалната лабораторија, тогаш постои можност нејзината работа да сепрати некое време, а со самото тоа и да се планира упад во лабораторијата и апсење на сторителите (Оташевиќ, 2017: 13).

Пред упад во лабораторијата и апсење на сторителите, секоја личност која влегла или излегла од лабораторијата мора да биде детаљно проверена преку криминалистичката евиденција, како што и секој телефонски број и телефонски сообраќај меѓу сторителите или меѓу сторителите со други лица мора да биде идентификуван и анализиран. Проверката на сторителите претставува нужен дел од подготовката за упад во лабораторијата и лишување од слобода на сторителите, затоа што од сознанието дали станува збор за сторителите кои се спремни на давање отпор ќе зависи преземањето на повеќе оперативни мерки. Криминалистичките истраги од оваа природа обично се спроведуваат 24 часа дневно и во нив не би смеело да бидат вклучени помалку од три оперативци во смена.

Упадот во лабораторијата и прекинувањето на нејзината работа најдобро е дасе изврши во време кога сомнителните и следени личности се наоѓаат во лабораторијата, како и во време кога се одвива процесот на производство. Упадот во празна лабораторија (без луѓе), или кога во неа не се врши производство во поголемиот број случаи е контрапродуктивно. Во такви случаи утврдувањето

⁴ Извор: Подаци Одељења за аналитику Министарства унутрашњих послова Републике Србије.

на она што лабораторијата го произведува може да биде отежнато (Оташевиќ, 2018: 13).

Бројот на уапсените лица во илегалните лаборатории ни укажува, покрај другото и на тоа дека многу мал број од откриените лаборатории спаѓаат во редот на големите лаборатории во кои може да се произведуваат стотина кологорами марихуана. Такви лаборатории се откриени во Холандија, Чешка, Австрија, Шпанија, но кон крајот на 2019 година една таква лабораторија е откриена и во Србија (Otašević, et. al., 2019: 1130).

Така кон крајот на 2019. година во акција на полицијата и Обвинителството за организиран криминал, во пластеници на земјоделскиот имот „Јованица“, кој бил регистриран за производство на органска храна, откриено е илегално производство на марихуана во контролирани, лабораториски услови. Во таа прилика полицијата ги лишила од слобода сопственикот со најголем удел во земјоделскиот имот „Јованица“ и уште 8 членови, кои биле вработени на овој земјоделски имот. Во споменатата полициска акција, на повеќе локации на територијата на Стара Пазова и Инџија запленетисе 649,9 килограми марихуана спремна за понатамошна продажба и дури 65.581 стебла на канабис во сива сосотојба, со тежина од 3954 килограми.⁵

Во текот на истрагата се дошло до сознание дека оваа организирана криминална група во стакленици на земјоделскиот имот „Јованица“ вршела одгледување на опојна дрога канабис, која содржи психоактивна компонента ТНС во количина поголема од 0,3%. Сопственикот со најголем удел на споменатиот земјоделски имот имал дозвола за производство на индустриски коноп, но со истрагата е утврдено дека одгледувал канабис и пред добивањето на дозвола. Спомената дозвола очигледно била само „маска“ за недозволено производство на опојна дрога, имајќи предвид дека стеблата на канабисот и индустрискиот коноп не се разликуваат. Дури откако со соодветни вештачења се утврди процентот на ТНС може да се види разликата.

Со Законот за психоактивните контролирани супстанции на Република Србија регулирано е производството и прометот на психоактивните контролирани супстанции. Со овој закон се пропишани строги услови под кои може да се издаде дозвола за производство, односно промет на психоактивни контролирани супстанции, содржината на дозволата, рокот на кој таа се издава, потоа причините под кои може да се укине решението со кои дозволата е издадена, но и сите други услови кои се важни за легалното производство и промет на психоактивните контролирани супстанции.

Интересно е што произведениот канабис требал да заврши во фирмите во Словенија и Македонија. Раководителите во овие фирми биле блиски соработници со првотужениот Н.К. кој покрај оваа фирма имал уште неколку фирми кои се занемале со станбена градба, воздушен сообраќај, угостителство

⁵ Извор: Подаци Одељења за аналитику Министарства унутрашњих послова Републике Србије.

и производство на органска храна. Компанијата инаку била позната како еден од најголемите производители на органска храна, чии производи се наоѓале во речиси сите трговски ланци во Србија, а според пишувањето на медиумите под брендот на оваа фирма е продавано овошје, зеленчук и житарици од неколку стотини самостојни производители од селата ширум Србија.⁶

Исто така, 110 (80,9%) од лабораториите се откриени во градски средини, најчесто 132 (97,1%), во приватни куќи и станови кои биле во сопственост на илегалните производители. Иако во 123 (89,1%) станбени објекти се откриени илегални лаборатории, криминалистичката пракса, како во Србија, така и во другите европските земји, покажуваат дека лабораториите можат да се пронајдат и во помошните простории, шупите, гаражите, мотелите, халите, деловните простории, авто – сервисите, камп-приколките и слично (Otašević&Atanasov, 2018: 333).

За личностите кои живеат во градовите очекуваме да се одлучаат за внатрешно одгледување на канабис, затоа што плантажното одгледување потсетува на традиционалното земјоделско производство и бара голема физичка работа. Насадот е потребно да се окопува, да се штити од кражби и штетници кои се наоѓаат во природата. Во времето на суша билките е потребно обилно да се залеваат, а ако има премногу дожд билките мора да се заштитаат од потопување со вода. Високите температури предизвикуваат сушење на билките, додека ниските температури предизвикуваат т.н. „температурен шок“. Покрај тоа потребно е да се пронајде добро изолирана локација, која дневно има минимум 6 саати директна сончева енергија и која има вода. Кај внатрешното одгледување на канабис постои контрола над сè што билката треба да внесе во себе, од нутриенти, вода, светлост, топлина и земја, поради што овој начин на илегално производство е погоден и за почетници..

Основните карактеристики на одгледување на канабис во лабораториски услови во однос на плантажното одгледување се: пократко време на одгледување, повеќе жетви годишно, далеку повеќе приноси, големи почетни трошоци неопходни за опрема и големи трошоци за електрична енергија. Резултатите од нашето истражување покажуваат дека одгледувањето на канабис во затворен простор варира во смисла на обем, од одгледување неколку билки во куќни услови од страна на индивидуалните производители до високопрофитабилни лаборатории зад кои стојат организирани криминални групи. Како резултат на тоа постои широк избор на техника која се користи за одгледување во затворен простор (Toonen, Ribot&Thissen, 2006: 1052).

Во едно истражување кое е спроведено 2006 година, собрани се примероци на билки од канабис од 77 одвоени локации за одгледување во затворен простор во 10 различни полициски региони ширум Холандија. Најмалку по 12 примероци се земени од секоја локација и испратени на анализа во рок од

⁶ Исто.

24 часа од запленивањето. Покрај тоа, забележани се детали за затворениот простор на одгледување, вклучувајќи: број на билки, величина на површината за одгледување, уделот на површината на билките кои ја опфаќаат, развојната фаза на билките, видот на подлогата, видот на користеното греење, спречување на штетниците, вентилациски систем, сила на ламбата која се користела, дополнителен CO₂ во употреба и употреба на ѓубривото. Резултатите од истражувањето говорат дека во тоа време средниот број на билки во една холандска собна лабораторија бил 259. Авторите процениле дека просечниот принос на женските цветни пупки по билка од 33,7 грама и просечен принос по квадратен метар 505 грама. Холандското биро за одземање на кривичниот имот предложило примена на долната граница на едноставниот интервал со доверба од 95%, кој во овој случај бил 28,1г/по билка, или 399 g/m² (Toonen, Ribot &Thissen, 2006: 1052).

Во најголем број случаи 125 (91,9%) производството се одвивало на една локација, додека само во 11 (8,1%) од случаите производството се одвивало на повеќе локации. Во иднина може да се очекува дека комерцијалните одгледувачи на канабис ќе го насочат своето производство на неколку меѓусебно оддалечени помали плантажи истовремено (до 250 билки или помалку) за разлика од една голема плантажа на која би се нашле поголем број билки. Ваквот одгледување на канабис во затворен простор од страна на организираниите криминални групи е забележано во Белгија, Холандија, Обединетото Кралство.⁷

Овој пристап се користи од повеќе причини :

- За да се избегне откривање (потребно е помал простор и помала потрошувачка на струја);
- Казните за организирање и управување со малите плантажи се далеку помали во однос на управувањето со големите плантажи;
- Повеќе помали плантажи на неколку локации го намалуваат финансискиот трошок кој може да се појави како резултат на пожар, откривање или кражба.⁸

Резултатите на нашето истражување покажуваат дека во 11 (8,1%) од откриените лаборатории била инсталирана професионалан опрема за производство на марихуана. Оваа опрема може да се купи во нашата земја, затоа што тоа се апарати кои се користат во земјоделското производство и се наоѓаат во секојдневната употреба.Најчесто тоа се: халогени ламби, специјални сијалици, трафо,тајмери, стабилизатори за струја, термостати, алуминиумски ребрасти цевки за вентилација, цевки за наводнување, прскалки, вентилатори, прочистувачи за воздух, филтри за воздух, комори за сушење, дробилки,

⁷ Повеќе за тоа во : EMCDDA Insights. (2012). *Canabis Production and Markets in Europe*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Lisabon. https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/683/web_INSIGHTS_CANNABIS_350894.pdf 15.04.2020.

⁸ Исто.

ваги за прецизно мерење и слично. Сите тие уреди се неопходни затоа што волабораториското одгледување на марихуаната ништо не се остава на случајност од изборот на земјиштето, процесот на наводнувањето, прехраната на билките, температурата, воздухот во просторијата, изолацијата за да не се расипе топлината, до постојаното изложување на вештачките извори на светлина. При тоа комплетниот процес се контролира компјутерски.

Илегалните производители на марихуаната обично не ја купуваат опремата во нашата земја, затоа што на тој начин ја избегнуваат можноста за откривање врз основа на сметката. Од таа причина тие се одлучуваат за набавка на опремата од странство и таа опрема сега може да се набави ширум Европа. Криминалните групи во Србија апаратурата ја увезуваат или ја криумчарат во етапи, за да не им бидат сомнителни на царината и полицијата. При опремувањето на големи лаборатории во набавката на опремата се вклучени повеќе личности, па едни набавуваат халогени ламби, други прочистувачи на воздух, трети дробилки итн. Прочистувачите на воздух се составен дел од илегалните лаборатории, затоа што марихуаната има специфичен и јак мирис.

Резултатите од истражувањата покажуваат дека далеку почесто се пронаоѓа оружје во лабораториите кои се опремени со професионална опрема и кои имаат повисок степен на организираност и поголеми производни капацитети, во однос на лабораториите кои се опремени со импровизирана опрема. Тоа го потврдува криминалистичкото правило дека колку е повисок степенот на организираност на криминалитетот во врска со опојните дроги, поголема е и тенденцијата за ширење во други области (формирање на банди за контрола на пазарот, улично насилство, пресметки меѓу спротивставените наркогрупи, меѓусебни убиства на криминалци, убиства на потенцијални сведоци, закани, изнудувања, уцени). Производителите и трговците на наркотици, кога ќе се најдат во улога на жртва, се одлучуваат за неформално постапување и земање на законот во свои раце, сметајќи дека државните инструменти за заштита и постигнување на правдата не можат да им бидат од корист, па можат да бидат казнети за своите незаконски постапки, без оглед на улогата на жртва во конкретниот случај (Маринковиќ Милиќ, 2019: 105). Од друга страна, и самите полициски службеници сметаат дека жртвите кои потекнуваат од криминално милје не заслужуваат нивна помош (Jacques & Wright, 2013: 549).

ЗАКЛУЧОК

Резултатите од спроведеното истражување ги потврдиле поставените хипотези. Инаку порастот на бројот на илегални производители и бројот на откриените лаборатории влијае на тоа дека марихуаната била присутна на локалниот пазар во доволна количина, по ниска цена и лесно достапна на младата популација, како најризична категорија за конзумирање на овој вид на дрога. Со анализата на добиените резултати може да се заклучи дека најголема

е веројатност лабораториите да бидат откриени во градските средини, во куќите или становите кои се во сопственост на илегалните производители, со садници од различна висина (во различни фази на раст), што допринесува до тоа производителите во секој момент да имаат спремна дрога за комерцијалниот пазар. Лесно достапната опрема за одгледување на марихуана, едноставната постапка на производство, деталните упатства кои можат да се најдат на интернет покрај можноста за стекнување на висок профит во иднина секако ќе влијае на порастот на бројот на илегалните производители и развој на многу софистицирани лаборатории завнатрешно одгледување и производство на сè поголеми количини марихуана, несамо за потребите на наркопазарот во Србија, туку и пошироко. Резултатите исто така ни укажуваат и на тоа дека можно е да се очекува производителите во иднина да организираат илегално производство на канабис на повеќе различни локации, во согласност со тенденциите кои постојат во Европа, а сè со цел за намалување на ризикот од откривање.

Во 136 откриени лаборатории од слобода се лишени 196 лица, со просечна старост 38 (+/- 10) години. Податокот дека во 93 (68,4%) откриени лаборатории уапсено е по едно лице, укажува на неспремноста на полицијата да се снајде во новонастанатите околности и да ја докаже врската меѓу производителите со другите делови на организацијата. Општо е познато дека илегалното производство и промет на дрога подразбира организација и строга поделба на работата, каде точно се знае кој за што е задолжен во ланецот на илегалното производство и промет на овие супстанции. Исто така, кога полицијата доаѓа до сознанија за постоењето на илегални лаборатории за производство на марихуана, тогаш нејзината работа одреден период треба тајно да се надгледува и детално да се испланира упадот и апсењето на лицата кои се вклучени во различни фази на процесот на производство.

Големите количини на нелегално оружје кое е пронајдено во сопственост на илегалните произведувачи, посебно во лабораториите со професионална опрема, ни говорат за степенот на организација и култура на насилството кое го негуваат овие криминални групи. Меѓутоа, не треба да се занемари фактот дека и во најмалку опремените и импровизирани лаборатории извршителите можат да поседуваат огнено оружје и експлозивни направи соодветни за давање отпор на припадниците на полицијата. Криминалистичката пракса покажува дека како резултат на таквото однесување, престапниците, поврзани со различните видови на наркокриминалот, честопати прибегнуваат кон спроведување на неформална правда, вклучувајќи насилни конфликти, одмазда, одмазди и убиства, а сето тоа најчесто поради приматот на илегалниот пазар на дрога.

ЛИТЕРАТУРА

1. Gazdek, D. (2014). Marihuana u medicinskesvrhe – javnozdravstveniaspekt, *Liječničkimjesnik* 136 (7-8): 192-199.
2. EMCDDA Insights. (2012). *Canabis Production and Markets in Europe*, European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Lisabon. https://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/683/web_INSIGHTS_CANNABIS_350894.pdf 15.04.2020.
3. Zakon o psiho aktivnim kontrolisanim supstancama. *Službeniglasnik RS*, 99/2010, 57/2018.
4. Jacques, S., Wright, R. (2013). How victimized drug traders mobilize police. *Journal of Contemporary Ethnography*, 42: 545–575.
5. Koturović, V. и Branković, A. (2014). Metoda za brzu ekstrakciju kanabinoida mikrotalasnim zagrevanjem, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 18 (3): 109-123.
6. Leggett, T. & Pietschmann, T. (2008). Global cannabis cultivation and trafficking, in *A cannabis reader: global issues and local experiences*, EMCDDA Monographs No 8, Vol. 1, EMCDDA, Lisbon, doi 10.281052426.
7. Маринковић, Д. и Миљић, Н. (2019). Структура и динамика илегалних тржишта у спектру организованог криминала, *Безбедност*, 61(2): 89-110.
8. Оташевић, В. & Atanasov, S. (2018). Sources of Danger at the Site of Discovery of Secret Labs for Drugs Production. *Thematic Conference Proceedings of International Significance, Academy of criminalistic and police studies, „Archibald Reiss Days“* Belgrade, Volume II, str. 330-337.
9. Оташевић, Б. (2018). Процедуре на месту откривања тајних лабораторија за производњу дрога, *Безбедност, полиција, грађани*, БањаЛука, 14(1): 3-20.
10. Оташевић, В., Коларевић, Д. & Radovanović, I. (2019). Clandestine Drug Production Laboratories in Србија, *Теме*, 53(4): 1125-1140.
11. *Стратешка процена јавне безбедности*. (2017). Република Србија, Министарство унутрашњих послова, Београд. <http://www.mup.gov.rs/wps/wcm/connect/98632591-2b0d-4cба-9cd1-e7ff993705a6/Strateska+procena+javne+bezbednosti+konacno+za+internet+%282%29.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IThnbP0> 15.04.2020.
12. Toonen, M., Ribot, S. & Thissen, J. (2006), Yield of Illicit Indoor Cannabis Cultivation in the Netherlands, *Journal of Forensic Science* 51, pp. 1050–1054.
13. UNODC (2009), *Recommended methods for the identification and analysis of cannabis and cannabis products. Manual for use by national drug analysis laboratories*, Laboratory and Scientific Section, UNODC Vienna, United Nations, New York.
14. UNODC (2016, April, 13). World Drug Report 2016. https://www.unodc.org/doc/wdr2016/WORLD_DRUG_REPORT_2016_web.pdf. 15.04. 2018.

THE ROLE OF EXPERT WITNESSES IN COMPENSATION OF NON – PECUNIARY DAMAGE PROCEEDINGS IN THE LEGAL SISTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Danijela Petrović,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Priština,

Kosovska Mitrovica

E-mail: danijela.petrovic@pr.ac.rs

Abstract

Protection of violated or endangered rights and determination of facts in court proceedings often go beyond the field of law and require the involvement of experts in other fields. In dealing with technical, medical, economic, and other issues, expert witnesses are hired whose findings and opinions can be crucial and influence the final court decision. For this reason, it is important that the expert witness has human and professional qualities that qualify him for the expert witnessing job. The existing legal solutions do not envisage training or the obligation of continuous professional development of expert witnesses, which may adversely affect the quality of expertise and the efficiency of court proceedings. In this respect, it is necessary to improve the existing legal framework and to categorize and license the expert witnesses in order for their engagement to be in accordance with court requirements. In addition to the training of expert witnesses, it is necessary to improve the training of judges. For the purposes of deciding in intangible damage compensation proceedings, judges must be aware of medical law, as lack or insufficient knowledge of medical law can be the reason for accepting expert witness findings without objection.

Keywords: *court proceedings, expert witness, expert witnessing, expertise, non-pecuniary damage*

1. Criteria and conditions for performing expertise work

Engagement of judicial expert witnesses in the legal system of the Republic of Serbia, as well as in most modern legal systems, is common practice. The fact that numerous questions in conducting procedures of protection of endangered and damaged rights can't be solved without an expert witness, indicates their importance and role in resolving disputes.

Expert witness work in the Republic of Serbia can be performed by a qualified person who fulfills terms and conditions predicted by the Law on Court Expert Witnesses (hereinafter LFEW).¹ Observed in a broader sense expert witness can be

¹ Law on Forensic Expert Witnesses „Official gazette RS“, No. 44/ 2010.

anybody who has professional knowledge in certain areas, while in a narrower sense, an expert witness is a person who submits his/her expert knowledge in the form of expertise to the court, administrative bodies, private individuals, companies and institutions.² The expertise of expert witnesses can be announced in both written and oral form.³

Performing the work of an expert witness may be performed as a primary or secondary occupation. Ususally there is need for one expert witness for performing expertise work, but if the complexity of the dispute so requires, there can be hired two or more expert witnesses. In article 22. of the LFEW it is predicted that expertise work can perform also legal entities (expertise work is entrusted to faculties, laboratories, institutes, hospitals, etc.).

An expert witness is engaged by the court, state prosecutor's office, or a body that conducts the procedure. The role of the expert witness is to use his/her knowledge and to assist the judge in resolving the disputed issue based on the documents and evidence. The role of an expert witness is often overestimated, so an impression can be made that expert witness makes decisions about the dispute. Although the expert witness helps the judge and can significantly influence the outcome of a dispute through expertise, doesn't mean that the expert witness is the judge. An expert witness is invited to give an expert opinion on the issues because of which they are engaged and they should not judge or adjudicate, nor discuss legal matters for which they are not qualified. Since the judge decides on the basis of expertise, that is, the conclusions of the expert witness (and not themselves), the judge must be convinced that the expertise is reliable and accurate.⁴ In order to obtain reliable and accurate answers and conclusions from expert witnesses, it is necessary that the asked questions are specific, clear, and understandable.

The duty of an expert witness, which is also the duty of all other witnesses, is, to tell the truth. Giving a false statement implies criminal responsibility. If a false statement has caused any damage to someone, civil liability will also be determined. In the article 119. Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia it is foreseen that expert witness has to take an oath before expertise work. Criminal liability of medical expert witness is also foreseen in the case of unauthorized disclosure of knowledge or secrets acquired through performing expertise.⁵

² G. H. Shlund, „Der Arzt als Sachverständiger und Gutacher“, y: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3, Auflage, Munchen, 2002, page 1032.

³ Expertise originates from french language which means assessment, expert witness testimony, record of the performed expertise, M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, Prosveta, 2006, page 259.

⁴ More about this: J. Radišić, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008, page 319.

⁵ Art 141. Kriminal Code „Official gazette RS“, No. 85/2005 – corr., 107/2005 – corr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 and 94/2016.

An expert witness is called in a court hearing on the main dispute. For unjustified absence at the scheduled hearing, fines are envisaged for both natural and legal persons who perform expertise work.⁶ The obligation of the expert witness is to deliver written findings and opinions to the court no later than 15 days before the court hearing. The court will submit the delivered report to the parties in the dispute not later than eight days before the court hearing.⁷ The Law on Civil Procedure provides a possibility for the parties to object to the opinion and findings of the expert witness, and disagreements in this regard may lead to the hiring of another expert witness and scheduling new expertise.⁸ Possibility for the parties to conduct admonition to the findings and opinion of the expert witness encourages the court to control the work of the expert witness by considering the objections of the parties. The law provides the possibility of scheduling new expertise, in the case when a larger number of expert witnesses who are hired are representing statements and opinions that differ from each other and cannot be reconciled.⁹ In the article 265. Low on Civil Procedure, the possibility for the expert witness to be relieved of his duties as an expert witness is provided, if there are justified reasons for that (illness, closeness with the parties, etc.), as well as the fact that they can be excluded or exempted which is the court's decision.

In regard to conducting expertise work, an expert witness has the right to a reward, which they may request immediately after the court hearing. If they do not demand the reward immediately after the court hearing, they lose the right to it. The reward can be paid by the parties in advance, and if the advance is not paid, the party is ordered to pay the expert witness within eight days.¹⁰

The selection of expert witness (of any profession) besides professional knowledge and necessary experience, implies that the expert witness has human qualities that qualify them for professional expertise work. The expert witness has to be objective, impartial, and also aware of their abilities. If they do not have the knowledge, or for any other reason, are not capable to objectively and reliably establish the facts which they are engaged for and thus perform the set task, it is

⁶ Art 267. Law on Litigation procedure „Official gazette RS“ No. 72/2011, 49/2013 – des. US 74/2013 – des. US 55/2014 and 87/2018.

⁷ Art 269. page 2. Law on Litigation procedure provides a deadline for submission of opinions and findings, which may not be longer than 60 days. By setting deadlines, the procedure is accelerated and the efficiency of the procedures and the work of the courts is increased.

⁸ Art 271. Law on Litigation procedure.

⁹ Art 273. Law on Litigation procedure.

¹⁰ V. Petrović-Škero: Expertise in civil proceedings in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *Foresnic medical expertise of non-pecuniary damage*, second edited and revised edition, “Službeni glasnik RS”, 2015, page 708.

their duty to inform the contracting authority of the expertise.¹¹ Impartiality and objectivity of the expert witness imply that the findings and opinion they give will be in accordance with the code and rules of the profession they represent. This implies that the expert witness must not favor either party in the dispute, nor can they condemn their actions. With their findings and opinion, the expert witness assists in reaching a verdict, which one of the parties is usually not satisfied with. Therefore, the expert witness may be exposed to the inconvenience, pressure, or aggression of the dissatisfied party. Besides pressure, in procedures of indemnity of non-pecuniary damage expert witness, if doctor, can favorize the injured, which may result in them being more emotional towards the party whose rights have been damaged or violated. Likewise, if one of the parties in court proceedings is in a position or function, the expert witness would for the benefit or earnings they expect, to adapt the opinion and findings to the interests of that party, which would lead both to a deviation from the rules and from the truth.¹² All of the above indicates that being an expert witness is not easy, but also that the expert witness must have the characteristics that allow them to stay objective and impartial in addition to the stated difficulties that they face in the expertise so that the decision made on the basis of their findings would be fair.

Given the importance and role that expert witnesses have in the process of determining injuries and providing findings that are the basis for determining compensation, adequate regulation of this area is necessary. As a proposal for adequate regulation, and in order to apply the principle of efficiency, limited expertise, and licensing of expert witnesses are listed.¹³ Limited expertise would imply that the expertise work the expert witness may deal with a certain period of time (four up to five years), after which they would submit a new request or their expert witness status would be automatically extended. Licensing of expert witnesses and their categorization would enable efficient hiring of expert witnesses in order not to hire expert witnesses with a higher level of knowledge and special qualifications in simpler cases. Also, in complex cases (if the categorization of the expert witness is not performed), an expert witness whose knowledge and experience are not sufficient to perform the tasks for which they are engaged may be hired, therefore they cannot adequately and precisely give an opinion and findings on the case for which they have been invited to perform expertise.¹⁴

In addition to licensing and categorizing expert witnesses, it is necessary to make changes and amendments to the existing regulations (primarily the Law on Court

¹¹ Art 5. Code of Ethics for Court Experts, on website: www.sudski-vestaci.org.rs/kodeks.php

¹² J. Marić, Ethical problems of forensic expertise of non-pecuniary damage in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, pages 202-203.

¹³ N. Šarkić, M. Nikolić, Expertise work as evidence in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 18.

¹⁴ *Ibid.*, *op. cit.*, page 727.

Expert Witnesses) in terms of determining the obligation of continuous professional development of expert witnesses and controlling the work of court expert witnesses in practice (dismissal of court expert witnesses due to improper, conscienceless or unprofessional expertise).¹⁵

The role and importance which expert witnesses have in procedures they have been engaged indicate their impact on the efficiency of the procedure. As it is about professional and educated people, a requirement to act in accordance with the rules of the profession and enable a faster and fairer resolution of the disputed issue is something that is expected and implied.

2. Medical expertise in criminal proceedings and proceedings of indemnity of non-pecuniary damage - similarities and differences

The presentation of evidence by an expert witness can be performed both in a criminal case and in civil proceedings. Injury and damage to health caused by an injury in criminal law represent the effect of an illegal act. The resulting damage in the civil law sense includes the consequences of the violation. So, while for criminal law, the act of injury due to committing an illegal act is important, for civil law, the consequences are important in terms of the pain and suffering that the injured party suffers.¹⁶

Organizing expertise work is regulated by the law, while the expertise is conducted according to the rules of science and profession.¹⁷ In order to give adequate testimony and expertise in criminal proceedings, but also in litigation procedure, it is necessary that expert witness – doctor knows laws and principles according to which court proceedings and expertise proceedings in criminal and civil proceedings are conducted, in order to give an expert opinion, without disturbing the establishment of the truth. Often, due to ignorance of the law, even good connoisseurs of medical matters can make a mistake during the expertise work and influence the outcome of the court process. If there is a situation where the damaged party, injured by a sharp object in the abdomen, when there was a puncture of the abdominal tissue, suffered serious bodily injuries and the surgeon, due to the fact that the wound was healed and that the injured person has no consequences after the medical intervention, present it

¹⁵ Amendments are provided in the National Judicial Reform Strategy for the Chapter 23 (available on: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>, 24. 5. 2020 and the Action Plan for the Implementation of the National Judicial Reform Strategy for the Chapter 23, available: <tps://www.mpravde.gov.rs/tekst/2963/akcioni-plan-zasprovodjenje-strategije.php>, 24.5. 2020.

¹⁶ More about this in: D. Čukić, Specifics and differences in the approach in performing medical forensics in criminal proceedings and in proceedings of indemnity of non-pecuniary damage in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 30.

¹⁷ N. Mrvić-Petrović, J. Ćirić, M. Počuča, Medicinska veštačenja u krivičnom i parničnom postupku, *Vojnosanitetski Pregled*, 2015, Vol. 72, no. 8, pages 729–735.

as a minor bodily injury, it is clear that they are helping the defendant and reduces the possibility of adequate compensation to the damaged party.¹⁸ This example indicates that a doctor-expert witness must not, due to advances in medicine and the possibility of repairing a large number of injuries that go in favor of the defendant, facilitate their position. This is especially important in the case when the injured person is in endangered health therefore new injuries can be life-threatening. Namely, if the person who experienced some form of injury is healthy, their recovery can take place in such a way that there are no consequences that would affect their life and the performance of normal life activities. However, if the person is in endangered health, new injuries could be life-threatening even have a lethal outcome. Therefore, it is necessary for the doctor-expert witness to determine the type and severity of the injury in the expertise procedure, as well as whether and how much the injury at the time of application endangered the life of the injured. The primary question is what would have happened to the injured person if they had not been given medical help, what would be the consequences and complications of the injury in that case for their health and life.¹⁹ Therefore, the essence of expertise in criminal proceedings is that the expert witness examines the injury at the time of occurrence and assesses the threat to the life of the injured.

Forensic expertise in litigation proceedings should determine the consequences of the injury. Expertise in litigation proceedings may be performed for the purpose of determining material or non-pecuniary damage. The specifics of the expertise of non-pecuniary damage refer to the fact that it is about the expertise of the pain, fear, and suffering which occurred as a result of an injury. Due to the fact that these are categories that each person subjectively experiences differently, but also due to the lack of a clear criterion on the basis of which the intensity of pain and suffering could be measured, non-pecuniary damage expertise is the most complex expertise. The role of the expert witness is to assess the cause-and-effect relationship between the injuries and the pain suffered by the injured party. To determine the consequences of injuries on the health and life of the injured, it is necessary to determine the previous health condition of the injured. Namely, at the moment of the injury, each of the injured parties is in a certain health condition, which could more or less have an influence on the consequences of the injury being more or less severe. Therefore, the expert witness should determine the condition before the injury and point out the connection between the injury and its consequences. In addition to determining the intensity of pain suffered after the injury, it is necessary (if it is certain that the pain will last in the future) to determine future suffering and mental pain, but also future damage.

¹⁸ *Ibid.*, page 28.

¹⁹ The consequence of the injury arises from the injury itself, while the cause of the complication may or may not be the injury. More about this on: Z. Stanković, G. Šćepanović, Forensic significance of the relationship between injuries and diseases, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 55.

Determining future pain should include the existence of future grounds for damage, but also the intensity with which it will be manifested. In the expertise procedure, the possibility of transferring one basis of non-pecuniary damage to another should be pointed out, in order for the expert witness's findings to be adequately interpreted and accepted both by the parties and the court.²⁰

3. Specifics of expert witness testimony in certain forms of non-pecuniary damage

For an expert witness, testimonies in the field of medical doctors are appointed among permanent court experts, but physicians who don't have that status can be appointed if they have the necessary knowledge and experience and they meet legal criteria.²¹

In litigations for indemnity of non-pecuniary damage, a physician is a medical expert (*expertus medicoforensis*) witness who performs medical forensics. A medical expert can be a general practitioner, a specialist doctor specializing in various areas of medicine among which are forensic medicine physicians.²² Conclusion of expertise and performing forensics are elements of forensic medical expertise (*expertisis medicoforensis*) which is applied when it is necessary to establish or clarify medical facts that couldn't be established without medical knowledge and experience.²³ Considering that performing forensics is one form of medical activity, an expert is obliged to abide by the code of ethics for physicians.²⁴

By the Law of Contract and Torts of the Republic of Serbia, Article 200 regulates cases in which it can be ruled that the damaged party receives financial compensation for non - pecuniary damage and the goal of that compensation. As

²⁰ Severe bodily injuries result in physical pain which is the basis for compensation for non-pecuniary damage. If the pain becomes permanent, it affects the reduction of life activity, and the compensation for non-material damage from the form of compensation for physical pain grows into compensation for the reduction of life activity. More about this in: Z. Ćirić, *Forensic psychiatry*, Faculty of Law, University of Niš, 2013, pages 34-35.

²¹ Expert witness registry is in the jurisdiction of the Ministry of Justice. Based on the notification about the need for expert witnesses, that presidents of first - instance courts send to the Minister of Justice, Public Call for Expert Witnesses is published.

²² Medical forensics is the only area, i.e. specialty that incorporates forensics in criminal and civil proceedings into their curriculum, which shows that only medical forensic physicians are the only ones with training in medical forensics. For further reading: D. Ćukić, Specifics and differences in the approach medical expertise in criminal proceedings and non-pecuniary damage proceedings, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 18.

²³ Z. Stanković, Expertise and expert witnesses in civil proceedings in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 18.

²⁴ The Medical Chamber of Serbia has adopted the Code of Professional Ethics of the Medical Chamber of Serbia on 28.09.2006. ("Official gazette RS", No. 121/07).

a special form of material satisfaction, fair financial compensation can be ruled in cases of 1) physical pain suffered; 2) mental anguish suffered; 3) loss of amenity as a consequence of physical injury or health impairment; 4) disfigurement (aesthetic damage); 5) violation of honor, reputation, freedom or personality rights; 6) death of a close person; 7) gear suffered. The basis for ruling fair financial compensation is the intensity of fear and pain and their duration.

Analysis in this paper will point to the specifics of performing forensics in every one of them.

Physical pain forensic expertise. Rights violation as well as the damage that occurs, causing the reaction of damaged or injured parties which represents the subjective attitude towards the event by which those rights are violated and is most often manifested in feelings of discomfort, fear, grief, anger as well as concrete physical pain.

Physical pain represents a subjective reaction to the objective injury to a body.²⁵ Law of Contract and Torts of the Republic of Serbia predicts indemnity for the damage for suffered physical pain if the pain intensity and its duration justify it.²⁶ The question is raised of reliable determination of physical pain suffered by the damaged party considering that the characteristic of pain is a feeling of subjective nature that is distinctive of every individual. Data about the pain that the damaged party suffers can be acquired directly from the damaged party (data acquired in such manner could be unreliable), based on the analysis of the damaged party behavior (which could provide more reliable data on the pain suffered), and based on the character of analyzed injuries (which can provide an objective determination of pain). Objective symptoms such as shivering, elevated temperature, perspiration, etc.²⁷ that can be seen by others, may facilitate pain determination. If the pain intensity is stronger it is often followed by a moan, cry, or other visible manifestations.²⁸

Determining damage and compensation quantification for suffered physical pain implies that all pain, from the damaging event occurring up until the treatment ending, is included. All the pain that the damaged party suffered during the treatment must be taken into consideration, and if the damaged party suffered pain after the treatment has ended, it must be included in indemnity for the loss of amenity. The task of a forensic medical expert is to determine all the hardships that the damaged party

²⁵ Z. Petrović, N. Mrvić - Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, 2012, page 98.

²⁶ Law of Contract and Torts of the Republic of Serbia, Article 200.

²⁷ Pain determination and pain assessment are simplified by the pain division. Character of pain, its duration and intensity, as well as its consequences, conditioned the division of pain on multiple types, so we differentiate between acute and chronic pain, pulsating pain, diffused pain, somatic pain, psychogenic pain, etc. For further reading: G. Šćepanović, *Suffered pain and future physical pain*, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 87. et seq.

²⁸ *Ibid.*, page 92.

suffered due to the injury.²⁹ Inadequately determined hardships can lead to indemnity that is not in accordance with the pain suffered, i.e. denial of the part of the indemnity to which the damaged party is entitled.

The fact that the pain is a category for which measurement unit nor measuring instrument do not exist, aggravates determination and assessment of its intensity. In an attempt to objectify pain intensity, one - dimensional and multidimensional scales are established.³⁰

One - dimensional scales, which include Visual - Analog Scale, Numeric Rating Scale, Verbal Scale with four and five points, strive to determine damaged party pain intensity with relative ease (by marking the pain by the damaged party). Visual - Analog Scale (VAS) is a scale with numbers from 0 to 10, where 0 indicates that there is no pain and 10 indicates the maximum amount of pain. The damaged party is expected to point to a number on the scale according to the pain that they feel. With the Numerical Rating Scale (NRS) pain is represented with numbers from 0 to 100 where 0 indicates that there is no pain and 100 indicates the maximum amount of pain. With this scale, the intensity of pain is expressed as a percentage. Verbal Pain Scale with four points offers four pain levels, 1 - no pain, 2 - mild pain, 3 - strong pain, 4 - excruciating pain. Five points scale represents pain in the following levels: 1 - mild pain, 2 - uncomfortable pain, 3 - pain is present, 4 - strong pain, 5 - excruciating pain. In both types of Verbal Pain Scale, the damaged party is expected to describe and mark the pain level they are experiencing.³¹

Multidimensional scales are questionnaires consisting of multiple question groups to which the damaged party provides answers. The questionnaire in use is The McGill - Melzack Pain Questionnaire (MPQ) that assesses the degree of disability, cognitive and affective disorders caused by pain, and their effect on daily functioning, etc.³²

During pain intensity determination it is necessary to take into account fatigue of the damaged party, their mood at the moment of establishing, i.e. expressing the pain, as well as checking whether they are under the influence of any drugs, etc. For adequate pain determination, it is necessary to take into account the personality traits of the damaged party, individual pain threshold, the level of tolerance of every individual patient, etc.³³

²⁹ *Ibid.*, page 93.

³⁰ About the numerical scales and pain measurement methods, as well as problems of their implementation: G. Šćepanović, *op. cit.*, pages 98 - 99; Ž. Karan, Review of the practice of applying numerical scales in expertise of non-pecuniary damage; G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 87 et seq.

³¹ G. Šćepanović, Suffered pain and future physical pain in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 99.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, page 100.

There are different views among medical forensic experts³⁴ on the use of numerical scales for determining pain intensity that a damaged party suffers. While a certain number of medical forensics experts accepts expressing pain numerically, following the example of neighboring countries, others consider such a way of determining pain intensity unacceptable and that it is more appropriate to express pain based on intensity manifestation as high, medium or low intensity than to do so by using numerical values. By quantifying pain by numbers, the judge who gives the final ruling and who determines the amount of compensation for the pain suffered is put in an unenviable position. If the pain intensity is expressed with a 7 on a pain scale, the question then has to rise - 7 of which unit of measurement, because such a unit does not exist. From all of the above as well as other reasons that make pain measurement difficult, numerical scales are used less today.³⁵

Forensic fear evaluation. Fear can occur as an accompanying uncomfortable feeling of injuries, but it can occur when an injury is absent. If it's manifested as short-lived and intensive experience, this is primary fear. If the fear lasts longer or it has become the permanent state of uneasiness, anxiety, or apprehension, it is a secondary fear.³⁶

For determining and evaluating fear it is important to know what kind of person is dealt with because fear is experienced differently by different vulnerable groups (children, women who are pregnant, sick people) in comparison to an average healthy person. What also has to be considered is a fact that fear is experienced more intensely in the cases of the inevitability of unfortunate events than when they happen suddenly.³⁷

During the process of determination of indemnity for non-pecuniary damage for the fear suffered, a medical forensic expert has to consider duration and intensity of fear, fear of medical procedures that a damaged party undergoes, fear of uncertainty of the medical treatment success, as well as other circumstances that can affect fear intensity.³⁸

When exercising the right to indemnity of non-pecuniary damage, fear duration and level of intensity are important questions. It is considered that there is no basis for indemnity if the fear was intensive but its duration was short (one to two hours). If the

³⁴ According to the opinion of the majority of expert witnesses, scales deficiency along with difficulties in their use when determining pain intensity, are such that the practice of their application should be stopped. For further reading: *Ibid.*, page 101; Ž. Karan, *op. cit.*, pages 168 – 169.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Z. Đurić, Neuropsychiatric view of non-pecuniary damage in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, pages 72 – 75.

³⁷ A. Jovanović, Suffered fear and future fear, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 136.

³⁸ G. Šćepanović, Suffered pain and future physical pain, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 95.

fear is of medium intensity but it lasted for a day or two, or the fear is of low intensity, but it lasted longer than two days and it has not caused mental anguish suffering, there is no basis for indemnity.³⁹

Loss of amenity forensics. The damaged party has the right to indemnity of non-pecuniary damage because of loss of amenity if difficulties in performing daily activities occur which are the cause of mental anguish suffering, and the duration and intensity of pain and suffering justify it. Loss of amenity can be temporary or permanent which will have an effect on the level of ruled compensation.⁴⁰ When determining indemnity for non-pecuniary damage it is not crucial whether the injury that caused the loss of amenity is light or severe. Often, an injury that is more severe leaves no consequences that lead to the loss of amenity, or those consequences are temporary, while the injury that is classified as a light one could lead to greater amenity loss.

Loss of amenity in the case of damaging event is not a form of non-material damage, but the basis for the indemnity. The legal basis for ruling fair indemnity is the mental anguish that the damaged party suffers because of the injuries that led to the loss of amenity. The task of an expert witness is to quantify the level of decreased activity in terms of limitations, disablement, or difficulties in performing regular activities and provide information to the court based on which the judge decides about indemnity. For the purpose of performing the given task, it is necessary that a medical expert witness examines the damaged party and establish whether the injury has occurred, what was their medical condition before the injury, and whether that concrete injury or general medical condition has led to the loss of amenity.⁴¹

Evaluation and determination of loss of amenity are based on an evaluation scale where 1 - 24% decrease is defined as light loss of amenity, 25 - 49% is medium-heavy, 50 - 74% is heavy, 75 - 94% is very heavy and 95 - 100% is defined as complete loss of ability to perform any life activity.⁴²

For the purpose of simpler and more efficient determination of loss of amenity, the World Health Organization established the International Classification of

³⁹ This point of view is accepted in legislations of former republics of Yugoslavia. For further reading: D. Čukić, *op. cit.*, page 38.

⁴⁰ V. Govedarica, G. Šćepanović, A. Jovanović, Mental anguish due to loss of amenity, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 117.

⁴¹ The examination is necessary to determine whether the injury occurred at all, because in order to benefit, the injured or damaged are able to simulate pain and show them greater than they really are. The role of the expert is to recognize the simulation (pretense), dissimulation (concealment) or aggravation (exaggeration), in order to determine as realistically as possible the degree of injuries and pain suffered. More about this: G. Šćepanović, Expertise of extremities injuries consequences in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 527.

⁴² V. Govedarica, G. Šćepanović, A. Jovanović, *op. cit.*, page 124.

Functioning, Disability, and Health (ICF).⁴³ This classification that consists of two parts, encompasses functioning and disability (in the first part) and contextual factors (in the second part).⁴⁴ Significant contribution in evaluating loss of amenity is one hundred degrees Social and Occupational Functioning Assessment Scale (SOFAS) which is published by the American Psychiatric Association published within the Fourth Revision of Diagnostic and Statistical Manual and Mental Disorders (DSM - IV).⁴⁵ European Confederation of Specialized in the Assessment and Compensation of Physical Injuries (Confederation Europeenne d' Experts en Réparation et Évaluation du Dommage Coprorel – CEREDOC) established European Indicative Scale for the assessment of physical and psychiatric damage (EIT).⁴⁶ In addition to the all listed scales, Sheehan Disability Scale (SDS) for assessment of disability in professional, family, and social life caused by consequences of injuries and illnesses, Global Assessment of Functioning Scale (GAF) that shows an overall grade of individuals' functioning, as well as other scales, are in use as well.⁴⁷

Expertise work of mental anguish suffered due to the severe disability of a close person. An insufficiently precise definition of severe disability complicates the work of expert witnesses and courts. Severe disability most often implies multiplied organ damage or body parts which are not necessarily followed by nervous system damage, damage of other senses, etc.⁴⁸ Severe disability of a person implies that they are unable to perform basic life functions, that the personal appearance of a person is impaired which causes the feeling of grief, pain, and pity to the family, but that can also cause discomfort in other people, avoiding encounters and contacts with a severely disabled person, etc. Within a family, there are different reactions to the disability of its members. While some families are ready to accept the disability of their members, help them and strive to have a normal life (to the degree that is possible), disability in other families leads to tension and problems that cause an

⁴³ *International Classification of Functioning, Disability and Health*, World Health Organization, Geneva, 2011.

⁴⁴ Contextual factors are factors that come from the environment, apropos the environment (external) and personal (internal) factors that affect the functioning and disability in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 121.

⁴⁵ American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, ed. 4. American Psychiatric Association, Washington DC, 1994.

⁴⁶ The application of European tables does not imply the determination of compensation on the basis of a simple insight into the table, but only provides a basis for experts when determining the amount of compensation. It is not intended for the laity and it is not possible to determine the level of damage to the health of the injured party on the basis of insight into the value given in the table. More about this in: Ž. Karan, European tables for assessing impairment of physical and mental integrity, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 177.

⁴⁷ V. Govedarica, G. Šćepanović, A. Jovanović, *op cit.*, page 127.

⁴⁸ *Ibid.*, page 145.

increase in mental anguish of disabled person.⁴⁹

Expertise work of mental anguish suffered due to disfigurement. As well as the other forms of non - material damage, there is no established objective criteria for determining disfigurement degree. Disfigurement in itself does not entitle to indemnity for non - material damage. Entitlement to indemnity is based on mental anguish that the damaged party suffers because of disfigurement. If the damaged party is not aware of the significance of the disfigurement, there is no mental anguish suffered due to the disfigurement, i.e. there is no basis for ruling indemnity.⁵⁰

The role of an expert witness in the assessment of disfigurement is to determine the condition before the disfigurement occurred and the condition that occurred after the injuries. Due to the treatment options for the vast majority of the injuries and aesthetic corrections, forensics is performed after the treatment has finished. It is a separate question of whether the damaged party has the right to compensation for aesthetic procedures and interventions. The position of jurists is that the damaged party should be entitled to the compensation for aesthetic interventions if that is justified and for the purpose of injury repairment, as treatment costs (material damage), but they should also be entitled to indemnity for non - material damage because of the pain suffered.⁵¹ When determining indemnity for non - material damage, an expert witness has to take into account age of the damaged party, occupation or profession, the degree to which the injuries are visible, i.e. whether they are on body parts that are exposed and visible, or they can be hidden from other people.⁵² Also, the environment in which the damaged party lives should not be ignored because the intensity of mental anguish suffering can significantly be affected by the readiness of the environment to accept the damaged party, i.e. the fact that they can be rejected because of their disfigurement. If because of the disfigurement, the damaged party is prevented from performing activities which they would otherwise perform, and they refer to daily activities and activities that are in relation to the profession of the damaged party, next to the indemnity for impairment, they could claim indemnity on

⁴⁹ G. Šćepanović, Z. Đurić, Mental anguish due to severe disability of a close person in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 144. In addition to disability, relationships in the family are also affected by chronic pain of the injured. More about this in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 102.

⁵⁰ D. Medić, Importance of the expertise in civil proceedings for indemnity of non-pecuniary damage, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 695.

⁵¹ *Ibid.*, page 696.

⁵² Clinical examination of the way other people see people who have experienced some form of impairment uses the distance method, which observes at a distance of 50 cm, which involves observation by people in the immediate vicinity and from a distance of 3 m, which is “social distance”. More about this in: V. Š. Rakić: Model of forensic classification of disfigured disorders caused by operations, injuries, diseases and treatment, doctoral dissertation, Faculty of Medicine, University of Belgrade, 2016, page 22.

the basis of loss of amenity.⁵³

The expertise of mental anguish suffered due to a violation of honor, reputation, dignity, and freedom. In order to unify concepts that relate to violations of personality rights, the concept of personality integrity is used in literature. By the constitution of the Republic of Serbia, Article 18, the right to inviolability of human dignity and the right to private life are guaranteed. Violations of reputation, honor, and dignity are lately occurring through the media which causes an increase in the number of lawsuits for indemnity of non - material damage for such violations.⁵⁴ The basis for indemnity of non - material damage, as well as the right to their ruling, are mental anguish suffered, i.e. psychological suffering that the damaged party experiences due to violation of reputation, honor, and dignity.⁵⁵ Suffering that the damaged party whose rights are endangered or violated experiences, as well as the personality structure of the damaged party, are subjected to the expertise procedure for the violation of personality rights. Namely, expertise determines whether the damaged party caused the violation of their rights with their own behavior, which personality group they belong to, whether they have a hypersensitive or emotionally stable personality, etc.⁵⁶ Expertise in the cases of violation of personality rights is complex and delicate, so it is insisted on reconciliation, apology, or mediation whenever possible, and only in those situations where reconciliation is not possible procedure for indemnity is set in motion.

Conclusion

There are numerous causes of injuries that enable exercising rights for indemnity for non - material damage. Injuries that occur as a consequence of damaging events are also numerous. The complexity of the tasks that are given to the expert witness and the significance of their opinions and conclusions to the final ruling on indemnity requires a high level of knowledge, experience, and dedication. Next to knowledge and experience, an expert witness must be distinguished by traits that enable that despite difficulties that are encountered in expertise, they stay objective and unbiased so that decision that is being made based on their findings would be fair.

Considering that there are no simple and objective criteria that would be used to “measure” non –pecuniary damage, that is, physical and mental anguish that the damaged party suffered because of the violation of personality rights, the amount of indemnity of non-pecuniary damage, as well as the estimation of monetary compensation that is ruled in the name of indemnity, it is often difficult to determine. That is why the role of an expert witness in non-pecuniary damage proceedings is especially important.

⁵³ G. Šćepanović, Z. Đurić, *op. cit.*, page 114.

⁵⁴ M. D. Čabarkapa, Mental anguish due to violation of integrity, freedom and personality rights due to death of a close person in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 157.

⁵⁵ *Ibid.*, page 152-160.

⁵⁶ *Ibid.*, page 158.

In order to provide the most complete and high - quality expertise in civil proceedings, commissions consisting of a medical forensic expert, a psychiatrist and a doctor with specific specialty depending on the nature of the injuries, are often formed. The presence of a psychiatrist is necessary in order to adequately assess the intensity of the experienced fear, pain, and other forms of non-pecuniary damage. Because of the significance of expert witnesses in all judicial proceedings, and especially in non-pecuniary damage proceedings, improvement of the existing legal framework of this area is necessary. Adequate legislation can lead to increased efficiency of expert witness work, individuals whose rights are violated or endangered would be provided with adequate compensation, and conditions for an increase in efficiency in the Serbian judiciary would be created.

Literature

1. Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa za Poglavlje 23, dostupno na <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/2963/akcioni-plan-zasprovođenje-strategije.php>;
2. American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, ed. 4. American Psychiatric Association, Washington DC, 1994;
3. Ćirić Z., *Sudska psihijatrija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2013;
4. Etički kodeks sudskih veštaka, dostupno na: www.sudski-vestaci.org.rs/kodeks.php
5. International Classification of Functioning, Disability and Health, World Health Organization, Geneva, 2011;
6. Jelčić O., „Novčana naknada nematerijalne štete u slučaju telesne povrede”, *Naša zakonitost*, br. 10/82, Zagreb, 1982;
7. Krivični zakonik „*Službeni glasnik RS*” br. 85/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016;
8. Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3, Auflage, Munchen, 2002;
9. Law on Forensic Expert Witnesses „Official gazette RS“, No. 44/ 2010;
10. Nacionalna strategija reforme pravosuđa za Poglavlje 23, dostupna na: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.godine.pdf>;
11. Nataša Mrvić-Petrović, Jovan Ćirić, Milan Počuča, „Medicinska veštačenja u krivičnom i parničnom postupku”, *Vojnosanitetski Pregled*, 2015, Vol. 72, no. 8;
12. Radišić J., *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008;
13. Petrović Z., Mrvić-Petrović N., *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, 2012;
14. Rakić Š. V., Model sudsko - medicinske klasifikacije naruženja nastalih kao posledica operacija, povreda, oboljenja i lečenja, *doktorska disertacija*, Univerzitet u Beogradu, Medicinski fakultet 2016;

15. Šćepanović G., Stanković Z., Petrović Z., i saradnici, *Sudsko-medicinsko veštačenje nematerijalne štete*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, 2015;
16. Vujaklija M., *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, Prosveta, 2006.

К ПОНЯТИЮ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Ольга Поротикова

доцент Воронежского государственного университета, юридический факультет (Россия), кандидат юридических наук
E-mail: olga.porotikova@mail.ru

Аннотация

В статье анализируются соотношение категории «обязательство» с категориями «правоотношение», «обязанность» и «договор». Обсуждается проблема расширительного понимания обязательства, приводящего к применению норм об обязательствах не по назначению, не эффективно, вызывающего судебные ошибки. Автор предпринимает попытку понять, какова природа обязательств и в чем их основные отличия от иных гражданских правоотношений.

Ключевые слова: гражданское правоотношение, договор, обязанность, обязательство

THE CONCEPT OF OBLIGATION

Olga Porotikova

Professor of Voronezh State University, law faculty (Russia)
E-mail: olga.porotikova@mail.ru

Abstract

A ratio of category of “obligation” with categories of “legal relationship”, “duty” and “contract” is analyzed in the article. The problem of the broad understanding of the obligation leading to use of norms on obligations not to aims, not effectively, causing miscarriages of justice is discussed. The author makes an attempt to understand the nature of obligations and their difference from other civil legal relationship.

Keywords: *civil legal relationship, contract, duty, obligation*

Введение

Неспособность ученых договориться о содержании и применении термина «обязательство» влечет негативные последствия в состоявшейся

недавно реформе норм об обязательствах в Гражданском кодексе РФ¹. Многие уточнения и новеллы в общих положениях обязательственного права усиливают терминологическую путаницу и приводят к тому, что нормы об обязательствах распространяются на иные по своей природе отношения.

Понятие «обязательство» словно специально придумано, чтобы вводить в заблуждение о своем содержании не только обывателей, но и юристов.

О многозначности этого термина говорят уже более века. «Нередко обязательством называют лишь один из элементов обязательственного правоотношения, а именно — обязанность должника. ... Иногда словом «обязательство» обозначают также документ, в котором выражена обязанность совершить то или иное действие или воздержаться от определенного действия. В этом смысле заемным обязательством называют, например, заемную расписку»²

Родство и созвучие его корня с корнем «обязан», «обязанность» есть первая, хотя и не главная причина той традиционной путаницы, которая свойственна пониманию обязательств. Стоит немного поразмышлять и становится ясно, что между однокоренными словами в юриспруденции не всегда можно поставить знак равенства.

В любом правоотношении есть права и обязанности, обязательство — это правоотношение, значит в нем тоже есть как права, так и обязанности. Следовательно, обязанность есть часть содержания обязательственных правоотношений, как и всяких иных. При этом, поскольку в гражданском праве правоотношения не сводятся только к обязательствам, а есть еще вещные, корпоративные, личные неимущественные, и во всех них тоже есть обязанности, нужно заключить, что в любом обязательстве будут обязанности, но не всякая обязанность является обязательством.

Юриспруденция одна из самых практика ориентированных наук, ее стремление к установлению сущности и назначения тех или иных конструкций объясняется тем, чтобы найти эффективные по сути и точные по форме предписания для упорядочивания определенных общественных отношений. Думаю, именно поэтому цель разграничения видов правоотношений имеет не столько научную ценность, сколько практическую значимость.

На каждый вид правоотношений имеет смысл воздействовать сообразно их природе, а различия в природе закономерно сказываются на методе регулирования.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федер. Закон от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ.- 1994 -№ 32 – ст. 3301.

² Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву /Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Том 1. М., 2002. С. 179

1. Основные признаки обязательства

Рассуждая далее, неизбежен вопрос об отграничении обязательств от иных видов правовых отношений, регулируемых гражданским правом, в частности, вещных.

В чем же принципиальная (не детальная) разница между вещными и обязательственными отношениями? Наиболее структурировано о различиях признаков вещных и обязательственных прав написал Е.А. Суханов³. В связи с этим, остановимся в данном случае лишь на признаках обязательств принципиальных для правового регулирования, по нашему мнению, не претендуя на исчерпывающий анализ.

Представляется, что вещными следует называть такие отношения, где важно отразить и закрепить принадлежность материального объекта определенному лицу. Задача права выразить экономическую сущность присвоения своими средствами, создать правоотношение по принципу «мое — значит не ваше». Добиться такого эффекта можно посредством распределения возможностей и обязанностей между контрагентами. В частности, для чего я присваиваю вещь? Чтобы иметь возможность беспрепятственного извлечения из нее полезных свойств. Могу ли я извлекать их своими действиями? Да, только важно, чтобы мне не мешали. Поскольку помешать гипотетически может любое лицо, то моделируется правоотношение с открытым перечнем обязанных лиц, каждое из которых может быть первоначально неизвестно управомоченному субъекту, но каждое пассивно обязано по отношению к нему (не брать, не портить, не препятствовать).

Нормы вещного права (в объективном смысле) направлены на то, чтобы обязанных лиц склонить к бездействию, обеспечивая тем самым управомоченному лицу возможность свободных самостоятельных действий в своем интересе.

С обязательствами, все иначе.

Задача объективного обязательственного права заключается в том, чтобы заставить обязанное лицо (должника) действовать в интересах управомоченного субъекта (кредитора), поскольку предполагается, что последний своими самостоятельными действиями удовлетворить свой интерес не сможет. Самой главной чертой обязательства, присущей только данной правовой связи, нужно признать именно такую его характеристику — интерес кредитора может быть удовлетворен только за счет определенного поведения должника, а должник действует именно в пользу кредитора. Все иные признаки имеют важное

³ См.: Суханов Е.А. Еще раз о различиях вещных и обязательственных прав // Частное право. Преодолевая испытания. К 60-летию Б.М. Гонгалов / М.В. Бандо, Р.Б. Брюхов, Н.Г. Валеева и др. М.: Статут, 2016. 256 с. // СПС Консультант Плюс

значение для понимания обязательства, но только этот позволяет строго определить их место в системе гражданских правоотношений.

К числу других признаков обязательства можно отнести их имущественный (эквивалентный) и относительный характер, срочность, специфику защиты, но все эти черты являются производными от ранее упомянутой характеристики. Все они позволяют что-то уточнить в регулировании обязательств, но не всегда точно отграничивают их от смежных отношений.

Так, обязательственные правоотношения сопряжены с перераспределением материальных благ между субъектами, но помимо этого могут быть вообще не связаны непосредственно с вещами, а возникать в связи с выполнением работ, оказанием услуг, претерпеванием неблагоприятных последствий (ответственности). Это характеризует их как имущественные, конечно, по своей сути отношения. Долгое время это утверждение подвергалось критике лишь отдельными учеными, в целом же его разделяли и дореволюционные российские цивилисты⁴, и советские⁵, и современные⁶. Сторонники распространения модели обязательств на неимущественные отношения в большой мере подменяли понятия — отождествляя договор и обязательство⁷. Содержанием договора (и возникающих из него правоотношений) могут быть и неимущественные (личные) права и обязанности, однако договор не синоним категории обязательства, он есть одно из оснований возникновения обязательств, но не только их, о чем будет сказано далее.

Нормы об обязательствах имеют противоположный вещным правилам вектор направленности, они стремятся активно обязать должника, склонить и стимулировать его именно действовать, причем действовать «ради» кредитора. Поэтому центральное место в регулировании обязательств занимают нормы об исполнении и последствиях неисполнения (ненадлежащего исполнения) должником своих обязанностей перед кредитором.

Одно из коренных свойств обязательств — относительность правовой связи его субъектов. «Обязательство представляет собой взаимосвязь кредитора (управомоченного лица) и должника (обязанного лица). Если на стороне должника и (или) кредитора выступает несколько лиц (множественность лиц), то их состав всегда поименно определен. Так что обязательственное правоотношение является **относительным** и по этому признаку отличается от

⁴ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. С. 387 - 390

⁵ Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 53

⁶ Попондопуло В.Ф. Обязательство: логические пределы, понятие, признаки / Очерки по торговому праву. Ярославль, 2007. Вып. 14. С. 49 - 50.

⁷ См., напр.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. С. 243; Егоров Н.Д. К вопросу о понятии обязательства // Сб. ст. к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2006. С. 47

правоотношения собственности и иных абсолютных правоотношений»⁸.

Толкуя положение Гражданского кодекса РФ Верховный Суд Российской Федерации особенно акцентирует внимание на относительности обязательственной правовой связи, подчеркивая: «По общему правилу, предусмотренному пунктом 3 статьи 308 ГК РФ, обязательство не создает прав и обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц). Соответственно, стороны обязательства не могут выдвигать в отношении третьих лиц возражения, основанные на обязательстве между собой, равно как и третьи лица не могут выдвигать возражения, вытекающие из обязательства, в котором они не участвуют»⁹.

Следует сказать, что указанный признак является необходимым для обязательства, но он присущ не только им, юриспруденция знает значительное число относительных правоотношений не обязательственной природы, например, отношения по реализации исключительных прав на основе договора или отношения между сособственниками в праве общей собственности, где круг лиц заранее определен, субъектов связывают права и обязанности, но они регулируются нормами вещного или интеллектуального, а не обязательственного права.

При этом важно подчеркнуть, что в цивилистической доктрине есть несколько классификаций гражданских правоотношений, каждая из которых имеют самостоятельный критерий деления и юридическое (теоретическое и прикладное) значение. Самые актуальные из классификаций являются:

- деление правоотношений на имущественные и личные неимущественные (критерием является специфика объекта отношения, которая приводит к следующему значению — имущественные отношения восстановимы при помощи возмещения убытков или передачи имущества, а личные — предполагают невозможность их полностью восстановить, в принципе, а в особенности при помощи имущественного предоставления, при этом есть и иные последствия деления такого — делимость от субъекта, отчуждаемость);
- относительные и абсолютные (критерием служит определенность - конкретность или определимость - круга участников правоотношения, а результатом деления служит характер и способы защиты прав, которыми может воспользоваться лицо, в частности в относительных правоотношениях заранее известно к кому может быть заявлено искомое требование и никого иного привлечь в качестве ответчика будет нельзя, если иное не предусмотрено законом);

⁸ Грачев В.В. К понятию обязательства // Закон. 2015. N 6. С. 144

⁹ О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении: постановление Пленума Верховного Суда РФ №54 от 22.11.2016 // Российская Газета.- 2016.- № 275.

- вещные и обязательственные (в этой классификации критерий — способность удовлетворения интереса управомоченным лицом, так в вещных интерес может быть удовлетворен собственными действиями субъекта права, а в обязательствах кредитор не может удовлетворить свой интерес иначе как склонением к какому-то поведению должника).

Любое правоотношение в гражданском обороте с неизбежностью попадает во все указанные классификации, и одна классификация не исключает другую. Например, одно отношение может быть имущественным, относительным и обязательственным, а другое отношение вполне может быть относительным, но вещным, хотя это и не типичная ситуация, например, таковыми являются отношения сервитутария и собственника служащей вещи, отношения сособственник и т.п.

Необходимо еще сказать о срочности обязательства, поскольку это довольно важная его черта. В отличие, например, от вещных отношений, которые предполагается, что могут существовать сколько угодно долго, пока не утрачивается вещь, обязательства мыслятся как связи временные, конечные.

Это напрямую обусловлено все тем же первым и самым значительным, как представляется, признаком — удовлетворением интереса кредитора только поведением должника, отсюда такой значительный акцент на «праве требовать», принадлежащем кредитору, а не на обязанности, которая есть не только у должников в обязательствах, но и во всех иных правовых отношениях. Интерес кредитора в исполнении обязательства априори исключает бессрочный, бесконечный характер обязательственной связи. Даже если срок исполнения не определен законодатель позволяет считать его ограниченным сроком востребования и (или) разумным сроком (п. 2 ст.314 Гражданского кодекса Российской Федерации).

В практическом смысле все вышеизложенное означает, что если вы назовете обязательством то, что таковым не является, вы в лучшем случае ничего не добьетесь при помощи норм об исполнении обязательств, а в худшем — приведете субъектов к противоположным для их целей результатам.

Для иллюстрации сказанного, попробуем рассмотреть пограничные или максимально сближенные внешне жизненные ситуации, которые всех смущают, поскольку сразу сложно бывает определить, допустимо ли руководствоваться для их урегулирования обязательственными правилами.

2. Не все соглашения порождают обязательства.

Одним из камней преткновения при квалификации отношения в качестве обязательства служат договоры, поскольку они традиционно рассматриваются как основание возникновения большинства обязательств. Одним из самых распространенных мнений является такое: если был заключен гражданско-правовой договор, то из него точно появились обязательства.

Законодатель недвусмысленно указывает, что обязательства возникают из гражданско-правовых договоров (п. 2 ст. 307 ГК РФ). Любой договор это соглашение двух или более лиц, направленное на установление, изменение или прекращение правоотношений, иными словами на распределение между сторонами прав и обязанностей. Это две азбучные и законодательные истины.

Вместе с тем, означает ли сказанное, что из любого соглашения возникают отношения, подлежащие квалификации и регулированию именно в качестве обязательств? Иными словами, в любом ли соглашении обязанное лицо должно что-либо совершить в интересах именно другой стороны, которая, в противном случае, не в состоянии сама достичь желаемого результата?

Думается, что ответ на оба вопроса должен быть отрицательным.

Соглашения могут вызывать разного вида правоотношения, что означает применение к ним разных норм, не только обязательственных¹⁰.

2.1 Соглашения в вещном праве также не порождают обязательств.

В разделе «Вещное право» ГК РФ не используется термин «договор», а используется термин «соглашение», не уверена, что это осознанный шаг законодателя, но тем не менее он не должен быть случайным.

Те ситуации, когда в объективном вещном праве усматривается диспозитивность, когда появляется возможность о чем-либо договариваться, сразу же упоминается — соглашение собственников об определении порядка пользования общим имуществом, соглашение о сервитуте, соглашение об определении долей для супругов, желающих перейти от модели общей совместной к модели общей долевой собственности и т. п.

Думаю, в всех этих случаях нормы о договорах как основаниях возникновения обязательств неприменимы. Поскольку во всех этих случаях нет заинтересованности одной стороны в действиях другой, нет возможности утверждать, что кто-либо не исполняет и тем самым нарушает интерес другой стороны в отношении, поскольку прежде всего страдает его собственный интерес. Для всех этих соглашений, порождающих, конечно, вещные правоотношения, нужны специальные нормы, только они смогут помочь урегулировать и разрешить спорные ситуации.

Для наглядности давайте попробуем расторгнуть в одностороннем порядке или в судебном порядке по инициативе одной из сторон соглашение о порядке пользования общей вещью, опираясь на правила о расторжении гражданско-правовых договоров. Предусмотренным в законе основанием

¹⁰ Обоснованные сомнения в том, что из любых договоров возникают обязательства, уже высказывались в российской цивилистике. См., например: Белов В.А. Эволюция понятия обязательства в российском гражданском праве // Гражданско-правовые обязательства: вопросы теории и практики. Владивосток, 2001. С. 11.

будет — существенное нарушение договора контрагентом, под чем понимается неоднократное нарушение сроков исполнения, грубое неисполнение обязанностей.

Представьте, что два брата, каждому из которых принадлежит по $\frac{1}{2}$ в праве общей долевой собственности на дом, заключили соглашение, определяющее, что старший брат пользуется правым крылом дома, а младший левым. Если младшему понадобится расторгнуть данное соглашение, то ему надо будет доказать существенное нарушение со стороны старшего брата, а это невозможно, поскольку тот исправно пользуется той частью вещи, о которой он договорились. Этот пример лишь одно из многочисленных подтверждений неприменимости обязательственных правил к вещным соглашениям, как и правил о договорах, порождающих обязательства.

2.2 Из договоров о совместной деятельности не возникает обязательств.

Возьмем для примера соглашение о любой совместной деятельности по модели простого товарищества, где субъекты заинтересованы в достижении общей цели, определенным образом обязываются для этого, но действуют не в интересах других сторон, а в своих собственных интересах.

По такой модели, помимо собственно простого товарищества, построены договоры о создании (учреждении) юридических лиц. Во всех этих случаях из соглашения возникнут правовые относительные правоотношения, у субъектов будут обязанности, но применение к ним норм об обязательствах вряд ли разумно и эффективно.

В том, что модель простого товарищества не позволяет определить стороны в предполагаемом обязательстве, из него вытекающем, практически никто не сомневается.

«Поскольку особенностью договора простого товарищества является отсутствие в нем такой противоположности интересов сторон, как в иных двусторонних договорах, в договорах простого товарищества нет кредиторов и должников в том смысле, в котором эти категории обычно употребляется в литературе, а каждый участник одновременно является и должником, и кредитором по отношению к партнеру, следовательно, права и обязанности участников договора простого товарищества носят встречный, взаимный характер, права и обязанности каждого из участников тождественны правам и обязанностям других участников»¹¹.

Приведенное умозаключение представляется верным лишь в той части, что определить кто кредитор, а кто должник в договоре простого товарищества,

¹¹ Шукина Е.М. Содержание обязательства, возникающего из договора простого товарищества // Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. 348 с.

действительно невозможно. В то же время, совершенно нельзя согласиться с мыслью о том, что из-за этого каждый каждому должник и кредитор. В развитие этой точки зрения возможны два варианта рассуждений. С одной стороны, если в одном обязательстве все одновременно и кредиторы и должники, то обязательство должно быть прекращено в результате совпадения должника и кредитора в одном лице. С другой стороны, можно предположить, что возникло такое множество обязательств, которое определяется для каждого из участников изначально умножением на два (в одном он кредитор, а в другом должник), но этого мало, надо еще умножить на все возможные варианты прав и обязанностей.

Такой вывод девальвирует смысл обязательственных правил, поскольку неясно кто, кого и к чему может понуждать, кто считается исполнившим обязательство и как определить неисполнение. Применение норм об исполнении обязательств в ситуации, когда невозможно установить должника, было бы верхом бессмысленности, как и утверждение, что все они кредиторы и должники одновременно друг по отношению к другу. Из этого можно заключить, что главная цель применения обязательственных правил — исполнимость — в данном случае достигнута быть не может.

Помимо сложностей в проецировании сторон простого товарищества на стороны в конструкции обязательства, есть еще одна проблема - каждый из товарищей действует в прежде всего собственных интересах, а не в интересах контрагентов.

В этой связи не результативными будут и попытки, используя обязательственные механизмы, понудить к желаемому действию либо заменить его на денежное возмещение (ответственность). Причина кроется в том, что обязательственные отношения мыслятся как срочные, они должны рано или поздно закончиться и желательны исполнением, а иные правовые отношения, например, вещные, моделируются как потенциально бессрочные, то есть интереса в их «конечности» ни у сторон, ни у законодателя нет.

Государственное понуждение в длящихся и повторяющихся отношениях (предположим, в отношениях сособственников) проявляет свое полное бессилие — нельзя ведь, например, поселить пристава в многоквартирном доме, чтобы он все время понукал нерадивых сособственников к исполнению их соглашений!

Если это корпоративные договоры или договоры о совместной деятельности по созданию юридических лиц (учредительный договор, например), то тут имеет место аналогичная ситуация: из договоров возникнет относительная связь лиц, будут определены права и обязанности, но при их неисполнении субъекты должны будут прибегнуть не к обязательственным правилам, а к специальным нормам.

Так, если не был одним из учредителей полностью оплачен уставный капитал, то это не повод понуждать его заплатить или просто взыскать убытки. В этом случае к нему будут применены корпоративные последствия – невозможность принимать участие в управлении юридическим лицом, получать дивиденды, а, в конечном итоге, исключение из юридического лица.

Современная идея о применении к корпоративным отношениям обязательственных правил по аналогии закона, которая нашла отражение в ст. ГК РФ (статья 307.1 п. 3) и может быть призвана удачной со многими оговорками, которые сводятся к отсутствию специальных правил и не противоречию природе отношений. А вот последнему критерию обязательственные правила часто не соответствуют. Помимо сказанного такая аналогия закона возможно решает некоторые сиюминутные практические проблемы, например, возможность применить нормы об ответственности на неисполнения денежного обязательства (ст. 395 Гражданского кодекса Российской Федерации РФ) к различным неуплатам в корпоративных отношениях¹², но не дает развития доктринальным изысканиям, связанным с природой данных отношений.

По этому вопросу много сегодня пишут специалисты в области корпоративного права. «Однако распространение на корпоративные отношения общих положений об обязательствах нельзя признать успешным решением. Вместо цельного развития системы правил о корпоративном праве мы законодательно застолбили корпоративные правоотношения в предмете гражданского права, оставив их без должного внимания на страницах самого Кодекса. Вслед за законодателем происходит замораживание доктрины корпоративного права, которая сводится либо к поиску учеными в нормах ГК РФ положений, оправдывающих те или иные изложенные ими ранее тезисы, либо к попыткам обнаружения истины в определении абсолютной или относительной природы корпоративных отношений, преобладающей имущественной или неимущественной составляющей в них и пр. Тем самым абстрагируясь от самостоятельного исследования содержания корпоративного права»¹³.

2.3 Организационные договоры не порождают обязательств.

Еще более странно нормы об обязательствах применять к так называемым организационным договорам — предварительному, рамочному, соглашению о переговорах.

¹² См.: Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2018.

¹³ Оборов А.С. Защита прав и законных интересов участников корпорации: теоретические и прикладные особенности // Предпринимательское право. 2020. N 1. С. 19.

Попытки такого рода продолжаются много лет и, увы, безуспешно. Яркой победой всеобъемлемости обязательств над здравым смыслом можно считать легализованную в 2015 году возможность обеспечивать предварительный договор задатком.

Задаток — один из поименованных способов обеспечения исполнения обязательств, следовательно, его применение к предварительному договору означает, что последний порождает ничто иное как обязательственные отношения между сторонами.

В этом конкретном случае можно даже обойтись без цепи логических умозаключений, чтобы констатировать, что применение задатка приводит к неизбежному признанию того, что им обеспечено обязательство, поскольку сама норма о задатке (п. 4 ст. 380 ГК РФ) прямо указывает на признание законодателем обязательства по заключению основного договора в качестве юридического результата предварительного договора.

Попробуем проверить логику данной законодательной новеллы известным математическим методом «от противного».

Допустим, что заключив предварительный договор, стороны инициировали обязательство. Каково в этом случае его содержание - заключить основной договор? Но кто в этом случае кредитор, а кто должник? Оба? Это то самое сложное обязательство, смысл которого малопонятен. Однако даже если допустить существование сложных обязательств, невозможно поверить в существование между сторонами с противоположными ролями одного и того же предмета в рамках сложного обязательства. Это нонсенс! Стороны предварительного договора имеют не корреспондирующие друг другу права и обязанности и даже не одинаковые, а одни и те же.

Рассуждая далее тем же методом, исходя из допущения, что заключить основной договор есть содержание обязательства, неизбежен вывод о том, что стороны обречены на его заключение. Однако законодатель оставляет сторонам возможность вовсе не заключать основной договор, если ни одна из сторон предварительного договора не направит другой стороне оферту в установленный соглашением или законом срок. В таком случае нам придется признать существование столь странных обязательств, которые нет необходимости исполнять ни одной из сторон.

Между тем легализация возможности обеспечить задатком то, что обязательством не является, дает замечательную иллюстрацию бесполезности применения норм об обязательствах к иным по природе отношениям.

Представьте себе, что ни одна из сторон предварительного договора так и не направила оферту в срок, договор прекратился, но одна из его сторон ранее передала другой денежную сумму в качестве задатка. В этом случае у нас не будет стороны, которая не исполнила «обязательство», как же определить

судьбу такого задатка? Оставить у получившей стороны, значит обогатить ее, следовательно, нужно истребовать сумму назад, но нормы о задатке такого сценария не предполагают. Видимо придется требовать через правила о неосновательном обогащении, справедливо отмечая безосновательность приобретения этих средств, поскольку сразу становится ясно, что наличие соглашения о задатке в этой ситуации — иллюзия.

Рамочный договор (договор с открытыми условиями) еще один пример того, что соглашение есть, но оно не может породить обязательство.

Рамочным договором признается как известно, договор, определяющий общие условия обязательственных взаимоотношений сторон, которые могут быть конкретизированы и уточнены сторонами путем заключения отдельных договоров, подачи заявок одной из сторон или иным образом на основании либо во исполнение рамочного договора. Положения рамочного соглашения должны быть имплементированы в заключаемые впоследствии этими же сторонами конкретные договоры, то есть рамочный договор может вызывать правоотношения и влиять на них только в рамках сложного юридического состава, не сам по себе.

Нужно учитывать, что в отличие от предварительного договора, рамочный не обеспечивает даже необходимости заключить в будущем конкретный договор. Данная модель соглашения имеет целью облегчить для контрагентов порядок согласования однотипных, повторяющихся условий постоянно заключаемых между ними договоров, например, поставки горюче-смазочных материалов, сырья и т. п. Повторяющиеся условия этих регулярно заключаемых, иногда ежедневных, поставок можно «вынести за скобку», как говорят математики, изложив в рамочном соглашении. Каждый конкретный договор поставки будет тогда содержать лишь условия изменяющиеся — количество товара, иногда цену или сроки, а ссылка на рамочный договор присоединит все остальные единожды обсужденные условия — о таре, упаковке, порядке оплаты и т. п.

Из сказанного следует, что сам по себе рамочный договор не является достаточным юридическим фактом для установления правоотношения и из него само не может возникнуть обязательственная связь сторон. Когда же условия рамочного соглашения присоединяются к условиям конкретного договора, то обязательства возникнут уже из последнего, и то при условии, что он относится к договорам порождающим именно обязательства, а не иные правовые отношения.

Появившиеся в ГК РФ правила о ведении переговоров по заключению гражданско-правовых договоров, а также возможность заключить самостоятельное соглашение о ведении таких переговоров, довольно быстро привели к тому, что ряд специалистов поспешили констатировать наличие обязательств по ведению переговоров.

«Предметом обязательства, возникающего в ходе преддоговорных контактов, будут действия, направленные на ведение переговоров и заключение договора. Содержанием обязательства, возникающего в ходе преддоговорных контактов, исходя из ст. 434.1 ГК РФ будет обязанность по добросовестному ведению переговоров (п. 2 указанной нормы). Согласно п. 7 ст. 434.1 ГК РФ правила этой статьи применяются независимо от того, был ли заключен сторонами договор по результатам переговоров»¹⁴.

Подобный скорополительный вывод А.В.Демкиной, основывается в частности, на том, что отношения носят относительный характер и соглашением или законом предусмотрены обязанности переговорщиков, например, обязанность действовать добросовестно. Снова поставлен, к сожалению, знак равенства между обязанностью и обязательством.

Представляется, что преддоговорное правоотношение, очевидно снабженное правами и обязанностями, не может рассматриваться как обязательство, по тем же причинам, что и отношения из предварительного договора — из-за отсутствия определенной и узкой связи «кредитор — должник», а также того, что каждая сторона действует в своих, а не партнерских интересах. Обязательство между переговорщиками может возникнуть из причинения вреда, если такой вред будет причинен, но в этом случае для квалификации не будет принципиальным, что он причинен в ходе переговоров.

Заключение

При формировании российских норм гражданского права об обязательствах и в дальнейшем при их применении в рамках юридической квалификации спорного случая нужно определенно понимать какие экономические, культурные и иные цели мы преследуем. В еще более конъюнктурном смысле, понимая, что перед тобой за отношение, следует подбирать нормы из соответствующей системы — подотрасли, института. Ошибка в квалификации отношения с необходимостью приведет к неверному совету или к выбору неэффективного средства защиты.

Следует помнить, что не всякий договор (соглашение) порождает обязательственные связи субъектов, многим будет присущ специальный (вещный, корпоративный и иной) характер, что делает нормы об обязательствах не применимыми к таким отношениям и требует разработки отдельных правил в других подотраслях гражданского права.

¹⁴ Демкина А.В. Теория преддоговорного обязательства /Юрист. 2017. N 11 //СПС «Консультант плюс»

БИБЛИОГРАФИЯ

Литература

1. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / Избранные труды по гражданскому праву. В 2-х т. Том 1. М., 2002. 489 с.
2. Белов В.А. Эволюция понятия обязательства в российском гражданском праве // Гражданско-правовые обязательства: вопросы теории и практики. Владивосток, 2001. С. 10-15.
3. Витрянский В.В. Реформа российского гражданского законодательства: промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М.: Статут, 2018.
4. Демкина А.В. Теория преддоговорного обязательства /Юрист. 2017. N 11 //СПС «Консультант плюс»
5. Грачев В.В. К понятию обязательства // Закон. 2015. N 6. С. 141 -150.
6. Егоров Н.Д. К вопросу о понятии обязательства // Сб. ст. к 55-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2006. С. 36 - 49
7. Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. 872 с.
8. Оборов А.С. Защита прав и законных интересов участников корпорации: теоретические и прикладные особенности // Предпринимательское право. 2020. N 1. С. 18 - 29.
9. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1998. с. 353.
10. Попондопуло В.Ф. Обязательство: логические пределы, понятие, признаки / Очерки по торговому праву. Ярославль, 2007. Вып. 14. С. 37 - 50.
11. Суханов Е.А. Еще раз о различиях вещных и обязательственных прав // Частное право. Преодолевая испытания. К 60-летию Б.М. Гонгало / М.В. Бандо, Р.Б. Брюхов, Н.Г. Валеева и др. М.: Статут, 2016. 256 с. // СПС Консультант Плюс
12. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1911. 858 с.
13. Щукина Е.М. Содержание обязательства, возникающего из договора простого товарищества // Проблемы современной цивилистики: Сборник статей, посвященных памяти профессора С.М. Корнеева / Отв. ред. Е.А. Суханов, М.В. Телюкина. М.: Статут, 2013. 348 с.

Правовые акты

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федер. Закон от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ.1994. № 32. ст. 3301.
2. О некоторых вопросах применения общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации об обязательствах и их исполнении: постановление Пленума Верховного Суда РФ №54 от 22.11.2016 // Российская Газета. 2016. № 275.

БЛАГОДАРНОСТА БРГУ СТАРЕЕ (OB INGRATITUDINEM)

Ангел Ристов

Вонреден професор, Правен факултет „Јустинијан Први“
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје
Е-маил: angelristov@yahoo.com

Дејан Мицковиќ

Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје
Е-маил: dejanmickovik@yahoo.com

Апстракт

Во последните децении пред македонските судови зачестија спорите за отповикување на договорот за дар поради крајна неблагодарност на даропримачот. Овој правен стандард, кој треба да биде утврден во секој конкретен случај, различно се толкува од страна на домашните судови, што доведува до неусогласеност на судската пракса и правна несигурност. За ваквата состојба придонесе и законодавецот кој во општите одредби на ЗОО го избриша општествениот морал како извор на облигационите односи, заменувајќи го со добрите обичаи кои произлегуваат од него и со јавниот поредок. Сепак, законодавецот не го избриша во целост моралот оставајќи го во уредувањето на одредени начела и прашања. Поради ова, како и фактот што законодавецот не појаснува изречно што се подразбира под крајна, односно голема неблагодарност, во домашната судска пракса превагнува становиштето според кое под крајна неблагодарност се подразбира сторено кривично дело против здравјето, имотот, слободата, честа и угледот на дарувачот или негово блиско лице. Од друга страна, во последните години значително се променија општествените и семејните односи, поради кои моралните вредности и обврски се помалку се почитуваат. Во трудот авторите ги анализираат законските решенија со кои се уредува отповикувањето на дарот поради крајна неблагодарност на даропримачот и решенијата на судската пракса, со цел да се надминат постојните проблеми поврзани со моралот како извор на облигационото право, за секој да си го добие заслуженото право - *ius suum quique tribuere*.

Клучни зборови: *договор за дар, крајна неблагодарност, морал, добри обичаи*

GRATITUDE GROWS OLD VERY QUICKLY (OB INGRATITUDINEM)

Angel Ristov

Associate professor, Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

E-mail: angelristov@yahoo.com

Dejan Mickovik

Full time professor, Faculty of Law Iustinianus Primus Skopje

E-mail: dejanmickovik@yahoo.com

Abstract

In recent decades, disputes over the revocation of the gift agreement have become more frequent in Macedonian courts due to the gross ingratitude of the recipient. This legal standard, which needs to be determined in each case, is interpreted differently by domestic courts, leading to inconsistencies in case law and legal uncertainty. The legislator also contributed to this situation by deleting the social morality as a source of obligatory relations in the general provisions of the Law, replacing it with the good customs that arise from it and with the public order. However, the legislator did not completely erase the morality, leaving it in the regulation of certain principles and issues. Due to this, as well as the fact that the legislator does not explicitly explain what is meant by extreme or great ingratitude, in domestic court practice prevails the view according to which extreme ingratitude means a crime committed against the health, property, freedom, honor and reputation of the donor or his close relative. On the other hand, social and family relationships have changed significantly in recent years, making moral values and responsibilities less respected. In the paper, the authors analyze the legal solutions that regulate the revocation of the gift due to the extreme ingratitude of the recipient and the solutions of the case law, in order to overcome the existing problems related to morality as a source of obligation, for everyone to get the deserved right - *ius suum quique tribuere*.

Keywords: *gift agreement, extreme ingratitude, morality, good customs*

Вовед

Човекот од своето постоење па до денес, отсекогаш имал потреба да подари нешто на друг.¹ Тоа го правел од различни мотиви: внимание, благодарност, љубов, лојалност, хуманост, солидарност, сожалување и др. И покрај различните мотиви, крајната цел секогаш била дарувачот да му помогне на даруваниот да ја

¹ * Вонреден професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирили Методиј“ Скопје, angelristov@yahoo.com

** Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирили Методиј“ Скопје, dejanmickovik@yahoo.com

Повеќе за ова да се види кај: А. Huseinspahić, Ѓ. Kurbegović-Huseinspahić, *Historijski i pozitivno-pravni aspekti pravnih dejstava ugovora o ustupanju I raspodjeli imovine za života*, стр. 199.

подобри својата имотна положба „без какво и да е надоместување“.² За возврат на тоа, дарувачот од даруваниот очекувал да му биде благодарен, добро да се однесува кон него и да не ја заборава направената добрина. Но, во стварноста не секогаш е така. Народната мудрост вели „благодарноста бргу старее“. Даруваниот заборава на добрината на дарувачот, кој разочаран од таквото однесување се соочува со тешкотии во отповикувањето на дарот, а понекогаш и сиромаштија. Разочарувањето е уште поголемо кога тоа произлегува од своите најблиски, од децата, браќата и сестрите, саканите и пријателите.

Во текстот кој што следи, со оглед на ограничениот простор, ќе се задржиме само на одредбите со кои е уредена можноста за отповикување на дар во случај на крајна неблагодарност од даропримачот, со цел да укажеме на потребата од надополнување на овие одредби за да се избегнат дилемите и погрешната примена на правото во практиката.

Општо за договорот за дар

Договорот за дар има долга правна традиција во европско-континенталното право.³ Корените на денешниот договор за дар (*donatio*) потекнуваат од римското право, од вербалните контракти кои се склучувале со изговарање на свечени зборови.⁴ Најважен меѓу нив бил *stipulatio* кој се користел во правниот живот низ целата римска историја.⁵ *Stipulatio*⁶ бил вербален договор кој настанувал со свечено прашање на доверителот (*reus stipulandi*) и согласност и непосреден одговор на должникот (*reus promitendi*), врз основа на што настанувала обврска за должникот да ја изврши ветената престаџија.⁷ Свечените зборови однапред биле утврдени. Доверителот бил должен да праша: *Spondesne mixi*

² Д. Поп Георгиев, *Облигационо право*, Универзитет Кирил и Методиј, Скопје, 199, стр. 281.

³ Види кај: R. David, *Les grands systemes de Droit Contemporains (Droit comparé)*, Dalloz, Paris, 1964; P. Цимерман, *Облигационо право, Римски основи на граѓанската традиција*, Просветно дело, Скопје, 2009; Николиќ Д., *Увод у систем граѓанског права*, Пето изменено и допуњено издање, Универзитете у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад, 2004.

⁴ Повеќе за ова види кај: И. Пухан, *Римско право*, Универзитет Кирил и Методиј-Скопје, Скопје, 1973, I. Puhán, *Rimsko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1969; A. Romac, *Rimsko pravo*, Sveučilište u Zagrebu-Pravni fakultet, Zagreb, 1998; М.Н.Андреев, *Римско часто право*, Наука изкуство, Софија, 1958, D. Stojčević, *Rimsko pravo*, desetto izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1978; Б. Николас, *Вовед во Римското право*, Просветно дело, Скопје, 2009; Е. Мецгер, *Вовед во Римско право*, Просветно дело, Скопје, 2009; Е. Борковски, П.Д. Плесис, *Римско право*, Просветно дело, Скопје, 2009.

⁵ Така D. Stojčević, *op. cit.*, стр. 241.

⁶ *Stipulatio est verborum conception quibus is qui interrogator, datarum factirumque se, quod interrogates est, responderit (D. 45,1,5,1)*

⁷ И. Пухан, М. Поленак Аќимовска, В. Бучковски, Г. Наумовски, *Римско право*, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2014, стр. 281.

centum dare?⁸ Одговорот на должникот гласел – *Spondeo*,⁹ со што ступулацијата била склучена.¹⁰ Дарувањето можело да биде остварено со пренесување на сопственост по пат на манципација, традиција или *in iure cesio*, со отстапување на побарување (*cedendo*) или простување на долгот (*liberando*) и ветување на дар, односно преземање обврска за дарување (*obligando*).¹¹ И во подоцнежните периоди од историјата договорот за дар останува да биде застапен, во зависност од степенот на развојот на стоково-паричните односи, поради што станува неизоставен дел од граѓанските кодификации.¹²

Во македонското законодавство договорот за дар за прв пат беше уреден со Законот за облигациони односи¹³ од 2001 година.¹⁴ Поранешниот сојузен Закон за облигациони односи од 1978 година не го уредуваше овој вид на договор,¹⁵ поради тоа, се применуваа старите правни правила на граѓанското право кои не беа во спротивност со тогашното уредување.¹⁶ Во теоријата, според професорот Поп Георгиев, договорот за дар „обично се дефинира како договор со кој едната страна се обврзува бесплатно да и пренесе во сопственост на другата страна некоја ствар или некое имотно право.“¹⁷ Професорите Галев

⁸ „Ветуваш ли да ми се дадат 100?“

⁹ „Ветувам“.

¹⁰ Повеќе за формата, последиците и причините на за склучување на стипулацијата види кај М.Н. Андреев, *op. cit.*, стр. 253-256.

¹¹ Види повеќе кај: А. Huseinspahić, Ѓ. Kurbegović-Huseinspahić, *op.cit.*, стр. 199.

¹² Повеќе за граѓанските кодификации види кај Д. Поп Георгиев, *Граѓанско право*, Универзитет Кирил и Методиј, Скопје, 1966.

¹³ „Службен весник на Република Македонија“ бр. бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013). Одлуки на Уставниот суд на Република Македонија: У. бр. 121/2001 од 12 септември 2001 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 78/2001 и У. бр. 67/2002 од 23 јули 2002 година, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 59/2002.

¹⁴ Г.Галев, Ј. Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2008; К. Чавдар, Ким. Чавдар, *Закон за облигационите односи*, Академик, Скопје, 2008; Г. Галев, Ј. Дабовиќ-Анастасовска, „Ново облигационо право“, *Зборник во чест на Асен Грунче*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет-Скопје, 2001.

¹⁵ Во Скицата за Законикот за облигации и договори, изготвена од истакнатиот проф. Константиновиќ, која беше основа на Законот за облигациони односи, договорот за дар беше уреден во чл. 509-522. Овие одредби се преземени во важечкиот ЗОО. Повеќе види кај М. Konstantinović, *Obligacije i ugovori*, Beograd, Pravni fakultet u Beogradu, 1969.

¹⁶ Види §§ 561-567 од *Српскиот граѓански законик*, §§ 938-956 од *Австрискиот граѓански законик* чл.480-483 од *Општиот имотен законик на Црна Гора*. За ова види кај М. Stupar, *Zbornik građanskih zakonika Stare Jugoslavije*, Titograd, 1960.

¹⁷ Д. Поп Георгиев, *Облигационо право, Посебен дел*, Култура, 1978, стр.11.

и Дабовиќ Анастасовска уште поконкретно определуваат дека „со договорот за дар дарувачот се обврзува да му пренесе или да му предаде на даропримачот во сопственост определен предмет, или да му отстапи некое право, или да му отпусти долг, или да му преземе долг без надомест.“¹⁸ Оваа дефиниција е прифатена и во законскиот текст на ЗОО (чл. 555).¹⁹

По своите карактеристики²⁰ договорот за дар претставува консензуален, еднострано-обврзувачки, формален, добротин и каузален договор.²¹²² Договорни страни се дарувачот и даруваниот, кои можат да бидат физички и правни лица²³ во рамките на својата граѓанско правна способност. Предмет на договорот за дар може да биде ствар или имотно право кое е преносливо и во правен промет (*res in commercium*). Согласно старото правило на граѓанското право, дарувачот не може да пренесе ствар или право кое не му припаѓа (*nemo dat quod not habet, nemo plus iuris altius transfere potest quem ipse habet*).

За да настане договорот за дар, *conditio sine qua non* е постоење на волја на дарувачот (*animus donandi*) стварта, односно правото да се пренесе или да се прости или преземе долгот. Во спротивно, нема да настане договор за дар, туку некој друг договор (заем без камата, послуга). Во зависност од волјата на дарувачот и даруваниот договорот за дар може да се јави како: договор за дар со товар или налог, договор за дар за заемно дарување, мешовит (комбиниран) договор за дар, награден договор за дар, дар за општо-корисни цели и договор за дар во случај на смрт (*mortis causa*).²⁴

¹⁸ Г. Галев, Ј. Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право*, Култура, Скопје, 2008, стр. 488.

¹⁹ Види кај К. Чавдар, Ким. Чавдар, *Закон за облигациони односи, коментари, објаснувања, практика и предметен регистар*, Академик, Скопје, 2008, стр. 786.

²⁰ Повеќе за карактеристиките на правните дела види кај А. Групче, *Имотно (Граѓанско) право, Општ дел*, Култура, Скопје, 1983, стр. 223-29.

²¹ Д. Поп Георгиев, *Облигационо право Посебен дел..*, стр. 13-14.

²² Договорот за дар е еднострано обврзувачки, добротин, лукративен, формален, доброволен, комутативен, едностран, главен, каузален, отповиклив, реален и *inter vivos/mortis causa* договор, кој најчесто се склучува со оглед на личноста (*intuitu personae*), бидејќи кај овој договор се битни својствата. Така А. Huseinspahić, Ѓ. Kurbegović-Huseinspahić, *op.cit.*, стр. 206.

²³ За правните лица како субјекти во имотно-правните односи поопширно види кај: А. Ристов, *Правните лица како субјект во имотно-правните односи*, магистерски труд, (необјавен), ментор проф. Владимир Петров, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2008; А. Ристов, *Настанување на правното лице*, *Правник*, Здружение на правниците на Република Македонија, бр. 215, 2010; А. Ристов, Поимот правно лице, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на Тодор Рушков*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2010; Ристов А., *Правни лица*, Стобитрејд, Скопје, 2015.

²⁴ Повеќе види кај Д. Поп Георгиев, *op.cit.*, стр. 17-18; К. Чавдар, Ким. Чавдар, *op.cit.*, стр. 787-788.

1. Значење на договорот за дар

Договорот за дар претставува правен инструмент кој во правниот живот се користи за материјално помагање на даруваниот.²⁵ Дарувачот тоа најчесто го прави од благородни и хумани побуди. Но, понекогаш овие побуди можат да бидат и противправни (мито, корупција и др.).²⁶ Во секојдневниот живот договорот за дар се користи да се подобри имотната положба на даруваниот со давање во сопственост на одредена ствар, право, простување долг или давање на било каква друга имотна корист.

За дарувачот дарувањето создава чувство на благопријатност за направеното добро дело. Поради тоа, тој очекува направената добрина даруваниот да ја памти, никогаш да не ја заборави, да се однесува добро со должно внимание и почит кон дарувачот. Сепак, искуството покажува дека во голем број случаи даруваниот мошне бргу ја заборавил добрината на дарувачот. Во таков случај дарувачот се чувствува разочаран, изигран и злоупотребен. Поради тоа, во голем број на законодавства е предвидена можноста за отповикување на дарот поради крајна неблагодарност од страна на дарувачот.²⁷ Во таа смисла, самото отповикување на дарот поради крајна неблагодарност претставува имотна санкција насочена кон даруваниот кој поради своето неблагодарно однесување треба да го врати подарокот или неговата вредност.

2. Отповикување на дарот поради крајна неблагодарност на даропримачот

Во граѓанското право важи начелото *pacta sunt servanda* според кое договорите треба да се почитуваат и исполнуваат така како што се предвидени. Кај двострано обврзувачките договори исклучок од ова е правилото *rebus sic stantibus*. Кога ќе настапат променети околности кои го прават исполнувањето на договорот неправедно за една од договорните страни, таа може да бара ревидирање на договорот.²⁸ Кај договорот за дар, отповикувањето претставува имотна санкција која е насочена кон неблагодарниот даропримач. Тој по добивањето на дарот заборавил на должното почитување на дародавачот и со своето некоректно однесување повредил одредени законски и морални норми изразувајќи голема, односно крајна неблагодарност.²⁹

²⁵ Д. Поп Георгиев, *op.cit.*, стр. 14.

²⁶ За кривично-правните аспекти повеќе види кај: Н. Тупанчески Н., *Кривичен законик*, Печатница 2-ри Август С, Штип, Скопје, 2014; Ѓ. Марјановиќ, *Македонско кривично право, Општ дел*, Просветно дело, Скопје, 1998.

²⁷ Повеќе за ова види кај: Т. Баговиќ, *op.cit.*, стр. 399-418; М. Цветковиќ, *Закључење и престанак уговора о дару*, Докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, 2015.

²⁸ Види повеќе кај S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1962.

²⁹ За отповикувањето на тестаментот во наследното право повеќе види кај: Д. Мицковиќ, А.

Отповикувањето на дарот е последица на добротниот карактер на договорот за дар, кој самиот по себе претпоставува постоење на благодарност на даропримачот кон направената добрина од страна на дародавачот. Затоа речиси во сите граѓански законодавства е предвидена можноста за отповикување на дарот поради крајна неблагодарност на даропримачот³⁰ Ваква одредба е предвидена и во нашето законодавство. Согласно одредбите на чл. 563 од Законот за облигационите односи:

1. Дарувачот може да го раскине договорот и да го отповика направениот дар, во случај кога даропримачот со своето однесување кон дарувачот или негово блиско лице покаже *крајна неблагодарност* тогаш тој може да го отповика договорот за дар.
2. Ова право преминува на наследниците на дарувачот.
3. Ова право престанува со истекот најмногу на една година сметајќи од денот кога дарувачот дознал за неблагодарноста на даропримачот, а најмногу по истек на пет години од покажаната неблагодарност.
4. Во случај на отповикување заради неблагодарност, даропримачот е должен да врати се што примил на име на дар.“³¹

Поаѓајќи од наведената одредба, на законодавецот може да му се забележи дека пропуштил да дефинира што се подразбира под крајна или голема неблагодарност или да определи со неколку примери што се подразбира под овој правен стандард! Со тоа, на судот од една страна му оставил широки овластувања, но од друга страна и тешка задача самиот во конкретниот случај дискреционо да оценува дали постои или не крајна неблагодарност во однесувањето на даропримачот кон дарувачот.³² Законодавецот, исто така,

Ристов, *Граѓанско применето право Наследно право*, Блесок, Скопје, 2011; Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Закон за наследувањето*, Стоби трејд, Скопје, 2015; Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследно право*, Стоби трејд, Скопје, 2019.

³⁰ За отповикувањето на дарот во споредбеното право повеќе види кај: М. Цветковиќ, *Незахвалност поклонопримца – како је судска пракса надопунила законодавца*, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 72, 2016.

³¹ Законодавецот во целост ја презел одредбата предвидена во Скицата Облигации и договори изготвена од страна на проф. Константиновиќ, во која во чл. 517 е предвидено дека:

1. Дарувачот може да го раскине договорот и да го отповика направениот дар ако даруваниот со своето однесување спрема него или некое нему блиско лице, покаже голема неблагодарност.
2. Ова право преминува на наследниците.
3. Тоа престанува по истекот на една година сметајќи од денот кога дарувачот дознал за неблагодарноста на даруваниот, а намногу по истекот на десет години од покажаната неблагодарност.
4. Во случај на отповикување на дарот поради неблагодарност даруваниот е должен да врати се што примил на име на дар. М. Konstantinović, *op.cit.* стр. 155.

³² Повеќе за ова види кај: М. Ђурђевиќ, *Уговор о поклону*, Правни факултет, Београд, 2012; Д. Лазаревиќ, *Уговор о поклону*, Пословни биро, Београд, 2010; Б. Лоза, *Опозив поклона због неблагодарности поклонопримца*, Београд, 1969.

пропуштил да предвиди упатувачка норма со која на судот ќе му посочи на што треба да води сметка при утврдувањето на крајната неблагодарност. Особено на кои субјективни и објективни околности, сфаќањата на даропримачот, сфаќањата на општествената средина, законските, како и моралните и етичките норми.³³ Како резултат на ова, во домашната судска пракса постои неусогласеност по однос на прашањето што претставува, односно што се подразбира под голема, крајна неблагодарност.

3. Повредата на моралот како основ за крајна неблагодарност

Во современите законодавства и судската пракса одамна е напуштено становиштето според кое дарот може да биде отповикан поради крајна неблагодарност само во случај на сторено кривично дело против животот, здравјето, честа, имотот и угледот на дарувачот или негово блиско лице од страна на даропримачот.³⁴ Ова од причина што ваквото становиште премногу

³³ „Сфаќањето за неблагодарноста е динамично, тоа се менува во зависност од низа услови и општиот развој. При оценувањето на чинот на неблагодарност се земаат во предвид и постабилни етички критериуми. Големата, груба неблагодарност се одредува спрема „аршин и сфаќање на општествената средина на договарачите“. Се ценат следните околности: однесувањето на даропримачот и неговото влијание на подоцнежните односи со дарувачот; поранешното однесување на двајцата договарачи и нивното вообичаено однесување; дали се работи за осамен случај или хронично пореметување, дали е присутна желба односот да се поправи; дали дародавачот го испровоцирал даропримачот.“ Така М. Цветковиќ, *Незахвалност поклонопримца...*, стр. 267.

³⁴ Така во Швајцарското право е пропишано дека поклонодавачот може да го отповика дарот кога даропримачот извршил тешко кривично дело против дарувачот или против некое од неговите блиски роднини, кога тешко ќе се огреша во должноста која законот му ја одредил спрема дарувачот или неговото семејство, како и без законски основ не ги извршува товарите кои стојат на дарот. Во Австриското право е пропишано дека под груба неблагодарност се подразбира таква повреда на телото, честа, слободата или имотот, да против повредувачот може да се постапи службено, или на барање на повредениот според казниот законик. Притоа постои мислење дека како доказ за неблагодарноста врз основа на која договорот за дар може да се отповика мора да постои правосилна кривична пресуда за дело кое се гони по службена должност, што се оправдува со сигурноста во правните односи. Во ваков случај дарувачот може да го отповика дарот дури после завршувањето на кривичната постапка во која била утврдена одговорност на даруваниот во однос на дарувачот. Доколку даруваниот ја искаже неблагодарноста на друг начин тогаш тоа не претставува основ за отповикување на дарот. За ова повеќе да се види кај: Т. Баговиќ, *Разлози за опозив уговора о поклону према Нацрту Закона о облигационим односима Д БиХ/РС*, Правни факултет Универзитет у Источном Сарајеву, стр. 404. Ова становиште е прифатено и во Граѓанскиот законик на Украина. Така, според одредбите на чл. 727 ст. 1-3: „Дарувачот има право да го отповика дарот во случај кога даропримачот намерно сторил кривично дело против животот на дарувачот, неговото здравје, имот, родители, сопруга (сопруг) или дете. Ако даропримачот извршил намерно убиство на доверителот, наследниците на дарувачот имаат право да бараат отповикување на дарот. Во оваа насока е и решението од Шпанскиот граѓански законик предвидено во чл. 648.

2. Дарувачот има право да го отповика дарот доколку даропримачот создаде закана за непоправлива загуба на дарот што е од голема нематеријална вредност за дарувачот.

ја ограничува можноста за отповикување на дарот само во случај на сторување на кривично дело.³⁵ Во таа смисла, прифатено е становиштето дека голема, односно крајна неблагодарност постои во секој конкретен случај кога даропримачот со своето однесување кон дарувачот ќе изрази голема, односно крајна неблагодарност.³⁶ Оттука, не само однесувањето со кое се повредуваат законските норми, туку и повредата на моралните и етичките норми на однесување кои се познати уште како добри обичаи (*bona mores*), според општо прифатеното мислење во општеството, се основа за отповикување на дарот.³⁷

Ова се однесува и за нашето прво кое како дополнителен извор на правото го предвидува моралот,³⁸ како и добрите обичаи кои се засновани на моралот во општеството.³⁹ Во нашето граѓанско законодавство, вклучувајќи го и ЗОО, извор на правото не претставуваат само правните норми, туку добрите обичаи (*bona mores*), односно моралот кој упатува на она што е добро, а што е лошо однесување во општеството.⁴⁰ Законодавецот во општите одредби на ЗОО од 2001 година, го избриша „моралот на социјалистичкото општество“ како извор на облигационите односи, заменувајќи го со добрите обичаи, кои произлегуваат од моралот, и со јавниот поредок.

Но, сепак, законодавецот не го избриша во целост општествениот морал⁴¹

3. Дарувачот има право да бара отповикување на дарот ако ствартата е уништена или сериозно оштетена како резултат на небрежност на доверителот ако тој е од историска научна и културба вредност.

³⁵ Види кај Т. Баховиќ, *op.cit.*, стр. 404.

³⁶ Ова становиште е прифатено во Германското право. Според чл. 530 ст. 1 од Германскиот граѓански законик, дарот може да биде отповикан ако даропримачот изрази голема неблагодарност со сторување на сериозно злодело на дарувачот или негово блиско лице. Под негово влијание, тоа е прифатено и во други права, како што е тоа случај со правото во државите од поранешните ЈУ простори (Словенија, Хрватска, Србија, Црна Гора, БиХ). Ова становиште е прифатено и во нашето законодавство.

³⁷ Поради тоа во поголем број на закони се користи општата формулацију „груба неблагодарност“, без поблиску прецизирање на случаите под кои таа се подразбира, додека пак други експлицитно ги наведуваат однесувањата на даропримачот кои можат да се подведат под формулацијата голема, груба неблагодарност на пример кога на него рака кренал или тешко го навредил или му предизвикал поголема штета на имотот. Види повеќе кај Т. Баховиќ, *op.cit.*, стр. 406.

³⁸ Во Скицата на проф. Константиновиќ во чл. 1 ст. е предвидено дека: „Договорните страни се слободни, во границите на принудните прописи, јавниот поредок и моралот, своите односи да ги уредат по своја волја.“ М.Константиновиќ, *op.cit.*, стр. 15.

³⁹ За ова види повеќе кај М. Rodin, *Protivnost moralu (contra bonos mores) kao razlog nevaljanosti ugovora, Zbornik Pravnog fakultetu Sveučilišta u Rijeci*, v. 34, br. 2, 2013.

⁴⁰ Повеќе за моралот како извор на граѓанското право види кај: Ангел Ристов, „Извори на граѓанското право во Република Македонија“, *Зборник во чест на Миле Хаџи Василев*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2004.

⁴¹ „Моралот потекнува од латинскиот збор *mos*, што значи обичај, однесување, понашање, а

оставајќи го како основа во уредувањето на одредени начела и прашања во текстот на законот. Во спротивно, неморалните договори кои содржат предмет или услов кој е спротивен на моралот би биле дозволени во нашето право!⁴² Што не е случај. Во таа насока, говори и одредбата од Законот за наследување⁴³ од 1996 година, според која *неморалните услови се сметаат за ништовни*.⁴⁴ И Законот за сопственост и други стварни права⁴⁵ од 2001 година, пропишува дека е забрането вршење на правото на сопственост спротивно на целта заради која е со закон признато и востановено, или спротивно на *моралот на општеството*.⁴⁶ На ова становиште е и домашната правна наука според која моралот и обичаите се посебни извори на правото.⁴⁷ Во таа смисла, проф. Галев и проф. Дабовиќ Анастасовска истакнуваат дека: „Автономијата на волјата ја има својата граница, освен во јавниот поредок и во останатите *етички и морални начела*, а најмногу до границата на совесното и чесното постапување на страните во облигацијата.“^{48,49}

Во практиката чести се случаите кога работодавачот, почитувајќи ги месните обичаи во средината во која живее, го подарил целиот имот без да задржи за себе никакво право за обезбедување (плодоуживање, доживотна издршка, доживотна рента и др.). Понекогаш, работодавачот даровите ги прави и под притисок и инсистирање од страна на своите деца, под изговор дека имотот им е потребен клаузулата *contra bonos mores* (спротивно на добрите обичаи, моралот) како причина за неважност на договорот настаната уште од римското право. Во националните законодавства за клаузулата *contra bonos mores* се користат различни концепти и изрази како што се доби обичаи (*buenas costumbres, bonos mores, bonnes moeurs, gute Sitten*), јавен поредок (*l'ordre public*), јавен интерес (*public policy*) и др.“*M. Rodin, op.cit., стр. 1110.*

⁴² Ќе се смета како *недопуштен и неморален*, а со тоа и непостоечки оној услов во тестаментот, со кој се предвидува наследникот да не може да се ожени со вдовица или распуштеница, а да мора да се ожени со честита девојка и да не смее да склучи брак со ниту една жена која би била во било какво сродство со лице со кое завештателот не се трпел. (*Одлука на Врховниот суд на Србија, Гзз. 112/50*).

⁴³ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

⁴⁴ „Невозможни, недозволени и *неморални услови* и оптоварувања како и оние што се неразбирливи или противречни, се сметаат како да не постојат.“ чл. 100 ст. 3 од Законот за наследувањето.

⁴⁵ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13.

⁴⁶ Чл. 9 ст. 1 од ЗСДСП.

⁴⁷ Повеќе за ова да се види кај Г. Галев, Ј. Дабовиќ Анастасовска, Начело на совесност и чесност – фундаментално начело на облигационото право, *Годишник во чест на проф. д-р Миодраг Мицајков*, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2018, стр. 212-214.

⁴⁸ *Ibid*, стр. 212.

⁴⁹ За ова види исто кај Г. Галев, Местото, улогата и значењето на справедливоста во правото, *Зборник на трудови од Меѓународниот симпозиум Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација*, Том 2, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, 2004.

заради решавање на станбеното прашање, враќање на долгови и сл. Добрите зборови, внимание и угодувања кон потенцијалниот дарувач, како во „старите македонски народни приказни“, траат се додека не биде склучен договорот за дар. По реализацијата на дарот, во голем број на случаи, даруваниот заборавна на ветувањата што ги дал претходно, на должното внимание и почит, оставајќи го дарувачот самиот да се грижи за себе и без имот.

Во услови на глобална сиромаштија, кога се поголем број на млади луѓе ја напуштаат својата „родна грутка“, во потрага по среќа и подобар живот, оставајќи ги своите стари родители, оваа појава се повеќе е присутна во нашето општество. Грижата, негата на старите родители, наместо децата е заменета од старечките домови, кои бележат постојан пораст во последните децении. Во голем број на случаи децата не ја возвраќаат љубовта кон своите стари и изнемоштени родители!

Значењето на моралот и добрите обичаи особено е изразено во рамките на определувањето на правниот стандард „крајна неблагодарност“.⁵⁰ Законодавецот таксативно не набројува кои се тие случаи, туку остава на Судот тоа да го утврди во секој конкретен случај, според субјективното сфаќање на дарувачот и општо прифатеното мислење на општествената средина за не/моралното однесувањето на даропримачот и почитувањето на добрите обичаи.⁵¹ Во одредени судски случаи повредата на моралните обврски од страна на даропримачот е непознаница за првостепениот суд, а понекогаш и за апелационите судови!

За дарувачот, како и секој нормален, совесен и грижлив човек,⁵² недолично е и неморално однесувањето на даропримачот кога тој го условува со неморални

⁵⁰ „Моралните норми се предмет на проучување на моралната филозофија, етиката, според која моралот се дефинира како збир на општествени норми кои е во согласност со општото сфаќање во дадено време во општеството на одреден степен на развој које е во одреден однос со правниот поредок. Врз основа на тоа, што е спротивно на моралот ќе зависи од социолошката, економската, моралната, етиката, правната и верската средина во која се живее, како и временскиот период во кој се живее како и традиционалните вредности на општеството. Можеме да кажеме дека моралот, како и чесноста и правичноста се израз на општите сфаќања и гледања на конкретната средина во одредено време, па затоа е тешко да се даде глобално и трајно одредување на овој термин.“ М. Rodin, *op. cit.*, стр. 1110.

⁵¹ За разлика од нашето право во одредени законодавства од споредбеното право изрично се определува што се подразбира под голема неблагодарност. Така, во чл. 1919 од Граѓанскиот законик на Латвија е пропишано дека: Дарот може да биде отповикан како резултат на крајна неблагодарност. За неблагодарност на даропримачот ќе се смета груби навреди со погрдни зборови или дејствија против дарувачот, значителна финансиска загуба намерно нанасена на дарувачот, загрозување на животот на дарувачот и напуштање на дарувачот во беспомошна состојба ако е возможно да се обезбеди помош.

⁵² За начелото совесноста повеќе види кај: Г.Галев, Ј. Дабовиќ Анастасовска, *op. cit.*, 211-246; Адам Лазаревиќ, *Судскиот систем на СФРЈ со осврт на некои основни начела и установи на граѓанската судска постапка*, Постдипломски студии по граѓанско право, Универзитет „Кирил и Методиј“ во Скопје, Правен факултет, Скопје, 1970, стр. 15.

услови, со навредливо однесување, кое предизвикува засраменост, особено кога погрдни и навредливи зборови се упатени кон родителот. Како резултат на тоа, неблагодарноста се продлабочува и со трајно прекинување на односите помеѓу дарувачот и даруваниот. Уште поголема отежнувачка околност на ваквите односи е кога дарувачот и даруваниот се во блиска роднинска врска, родител и дете, кога даруваниот не направил ниту никаков обид да побара прошка или извинување за своето однесување кон крајно навредениот родител или на друг начин да изрази чувство на морална одговорност и каење.

Со таквото однесување даропримачот ја повредил и уставната должност и законска обврска за грижа на децата кон своите родители,⁵³ но и морална обврска добро да се однесува кон родителот, да се грижи за неговото здравје и потреби во животот. Ваквото однесување, кое се повеќе зачестува, укажува на падот на моралните вредности во нашето општество и дека децата не ја возвраќаат во иста мера љубовта кон своите родители. Освен според сфаќањето на дарувачот, ваквите неморални и нечовечни однесувања на даропримачот се спротивни и на добрите обичаи во општествената средина во која живееме.

4. Ставовите на судската пракса по однос на крајната неблагодарност

Правото ги уредува општествените односи кои се сложени и динамични, а понекогаш и комплицирани. Во услови кога законодавецот не може да ги следи во од и уреди сите промени, тогаш останува на судската пракса да ги надополни правните празнини. Поради тоа, во судската пракса постои шареноликост и неусогласеност на одлуките по однос на прашањето што се подразбира под крајна неблагодарност. Така според една одлука на апелациониот суд во Гостивар под крајна неблагодарност би се „подразбирало повреда на животот, телото и честа на дарувачот, нарушувајќи ја неговата слобода и мир“ алудирајќи само на сторено кривично дело од страна на даропримачот! Судот не ги признава повредата на моралот и добрите обичаи како основ за крајна неблагодарност, поради што констатира дека повредата на моралните правила за однесување „не влијае на отповикувањето на договорите“!

Ваквото становиште на Апелациониот суд е погрешно и напуштено во современите законодавства, правната наука и судската пракса. Тоа го потврдуваат законските норми од ЗОО според кои извор на облигационите односи се моралот (чл.187, чл. 202, чл. 215 ст. 3) и добрите обичаи (чл. 3, чл. 41, чл. 43, чл. 67, чл. 95). Моралот како општествено правило на однесување покажува што е добро, а што е лошо во однесувањето на човекот кое создава свест за одредено однесување. Добрите обичаи, пак, се правила на однесување кои произлегуваат од моралот.

Поради тоа, кривичната пресуда изречена спрема даропримачот кој сторил

⁵³ За ова повеќе види кај Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Семејно право*, Стоби трејд, Скопје, 2015.

кривично дело против дарувачот не претставува единствен основ за утврдување на постоење на крајна неблагодарност нашето право. Дека повредата на моралот и повредата на добрите обичаи, кои произлегуваат од моралот и етичките вредности во општеството, се причина за крајна неблагодарност говори и домашната судска пракса, како и судската пракса на државите од регионот со кои во минатото имавме исти правни прописи и заедничка правна традиција. Во таа смисла, прифатено е становиштето според кое крајна неблагодарност постои кога даропримачот се огрешил кон дарувачот со повреда на некоја морална обврска, како што се навредливите зборови, повреда на должноста за помагање и грижа на старите родители.

Ова становиште е прифатено и во нашата судска пракса. Во една своја одлука Основниот суд го усвоил тужбеното барање да се отповика направениот дар, поради крајна неблагодарност, „со појаснување дека иако тужителката го подарила имотот на тужениот, од членовите на неговото семејство не и е пружена помош, затоа што истите ја оставиле сама, заминале на временна работа во И., нејзините секојдневни потреби за лекување, хранење, чистење ги вршеле други особи... За време додека се најдувала во болница во К., *не пошол да ја посети нити Н., нити Н., во еден момент кога му се дала прилика на Н., и се обратил со погрдни зборови*, му кажав дека ќе барам други лица да ме догледаат, затоа што имам имот, поради тоа што нема родени деца. Само овој податок за судот е од битно значење и дека тужениот не го почитувал договореното, *не останал да живее со нејзе заедно со неговата куќа, не живеел ни во неговата куќа во П., не и давал нега и помош на тужителката која е во години и изнемоштена*. Судот го усвои тужбеното барање...затоа што *стварно има неблагодарност на страната на тужениот, на неговиот однос према тужителката, дозволи да прими дар, а за тоа не покажал никаква благодарност*, што за судот е доволен факт да се раскине овој договор, само со тоа што тој ја напуштил, заминал во И. со неговата сопруга и мајка.“(Основен суд во Кичево П.бр.34/09 П.34/09 15.09.2009).

За разлика од домашната судска пракса во праксата на поранешните југословенски републики ова прашање почесто се среќава. Според становиштето на Врховниот суд на Србија: „Голема и груба неблагодарност, која материјалното право ја предвидува како услов за отповикување на дарот, е правен стандард за чие постоење судот заклучува на основа на сите околности во конкретниот случај, ценејќи го со вредносните мерила засновани на *правилата на моралот и добрите обичаи*, како и сфаќањата на одредена средина.“ (Врховен суд на Србија Рев бр 4686/98 од 27.01.1999).

Според становиштето на Врховниот суд на Словенија „под груба неблагодарност, како една од причините за раскинување на договорот за дар, според сфаќањата на современата судска пракса, се подразбира *секое однесување на даропримачот* кој според околностите во конкретниот случај може да се подведе под овој поим, а не само однесување какво е предвидено

во правното правило од параграф 948 од поранешниот Австриски граѓански законик (таква повреда на телото или навреда во поглед на слободата или имотот на повредениот дарувач на барање по кривичниот закон), кое во овој дел е напуштено, како надминато и застарено според современите сфаќања за моралот и правичноста.“ (VS009748 од 07.11.1974).

Во оваа смисла говорат и следниве одлуки на судската пракса според кои: „Дарувачот може да го раскине (отповика) договорот за дар поради *неблагодарност која не мора да има обележја на кривично дело*.“ (VS028853 од 15.06.1989) Во таа смисла говори и следнава одлука според која: „Дарувачот може да бара раскинување на договорот за дар поради груба неблагодарност, а однесувањето на даропримачот се оценува според *сфаќањето на конкретната општествена средина*.“ (VS029912 од 24.04.1990) Дека повредата на моралот е основа за постоење на крајна неблагодарност изрично се предвидува во следнава одлука на судот, според која: „Дарувачот може да го отповика дарот поради неблагодарност и во случај кога однесувањето на даропримачот нема обележје на кривично дело, *ако од морално становиште може да се квалификува како груба неблагодарност*.“ (VS026386 од 13.08.1987)

Основа за постоење на крајна неблагодарност постои и кога даропримачот ќе ја повреди законската и моралната обврска за давање на издршка на родителите. Така во една одлука судот утврдил дека: „Постои груба неблагодарност како причина за раскинување на договорот за дар ако даропримачот *престанал да се грижи за дарувачот и да му дава нужна помош* која во такви околности се очекува од децата спрема родителите.“ (VS029908 од 19.04.1990) Согласно законските одредби ништовна е одредбата со која дарувачот се откажува од правото на отповикување на дарот. Во таа смисла според становиштето на судот: „Изјавата на дарувачот со која се одрекува од правото да бара раскин на договорот нема правна важност, а прашањето на неблагодарноста се цени спрема *конкретните околности на секој поединечен случај*.“ (VS019598 од 01.01.1983) Најпосле, од големо значење за разјаснување на дилемите поврзани со крајната неблагодарност е и следната судска одлука според која: „Грубата неблагодарност, како претпоставка за отповикување на дарот, се просудува по етичките критериуми.“ (VS031024 од 23.05.1991)

Во услови на современо живеење во кои доминира индивидуализмот и остварување на личната среќа и задоволство, во центарот на вниманието на општествените односи не е повеќе семејството и неговите членови, туку човекот како индивидуа, неговите лични интереси и очекување.⁵⁴ Добрите семејни односи се повеќе се нарушуваат поради имотните интереси и егоизмот. Децата

⁵⁴ За ова повеќе види кај: Д. Мицковиќ, Семејството во Европа XVI-XX век, Блесок, Скопје, 2009; Д. Мицковиќ, А. 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.

ги забораваат родителите што ги одгледале и воспитале, браќата и сестрите трајно ги нарушуваат своите семејни односи, заради желбата за добивање поголем дел од имотот. Тоа е причината поради која неблагодарноста на луѓето се повеќе е застапена во општествените односи.

Неблагодарноста е психолошка категорија која најдобро му е позната на работодавачот. Таа се манифестира во субјективна и во објективна смисла. Во субјективна смисла таа се изразува како разочарување од неочекуваното, несовесното и неморалното однесување на даропримачот по примањето на подарокот, кој многу бргу ја заборавил благодарноста кон даропримачот. Во објективна смисла неблагодарноста се манифестира како повреда на законските норми, моралните и етичките правила на однесување кои се општо прифатени во пошироката средина, која таквото однесувања го оценува како нечовечно, неморално и негрижливо однесување на даропримачот кон дарувачот.

Должното почитување секој нормален, совесен и грижлив човек би требало да го има во знак на благодарност кон дарувачот. Дотолку повеќе, тоа се очекува од даропримачот кој е дете на дарувачот. Тоа треба да се однесува со должно почитување, внимание и грижа за животот и здравјето на дарувачот, со оглед дека му го поклонил дел или целиот имот, без да задржи на него никакво право со кое ќе си ја обезбеди животната егзистенција и спокојната старост. Поради ова, очекувањата на дарувачот се оправдано поголеми, должното внимание, почитување и грижа да бидат возвратени од даропримачот. Но, големите очекувања, често доведуваат до големи разочарувања.

Поради тоа, во отповикувањето на дарот најголемо значење има чувството и мислењето на дарувачот, кој се јавува како жртва на неблагодарноста. Неговото разочарување од крајната неблагодарност на даропримачот предизвикува и чувство на срам во средината во која живее и потсмев за наивноста во верувањето кон даропримачот. Во практиката, тоа се изразува поради објективно нарушените односи, непостоење на никаква комуникација и отсуство на било каква грижа од страна на даруваниот кон даропримачот, особено кога се во блиска роднинска врска.

Според судската пракса од особена важност е прашањето за односот помеѓу договорните страни; дали станува збор за родители и деца, други роднини или лица кои не се роднински поврзани. Во таа смисла во судската пракса се остакнува дека: „Треба да се има во предвид дека се посложени односите помеѓу родителите и децата, кои освен со правни се регулирани и со морални норми и обичаи“ (Врховен суд на Србија 235/02 од 3.9.2003). Во вакви случаи според судската пракса прагот за постоење на крајна неблагодарност се снижува, затоа што се очекува децата да се однесуваат со должно внимание и почит кон старите родители кон кои имаат законски и морални обврски.

5. Сличности на отповикувањето на дарот поради крајна

неблагодарност со исклучувањето и лишувањето од наследство

По својата суштина, *raison d'être*, отповикувањето на дарот поради крајна неблагодарност е многу слично со исклучувањето од наследство, кое претставува имотна санкција во сферата на наследувањето.⁵⁵ Исклучувањето е насочено кон законскиот наследник, кој со своето однесување се огрешил спрема оставителот и неговите блиски роднини. Во таа смисла, завештателот може да исклучи од наследство наследник кој има право на нужен дел ако: 1) потешко се огрешил спрема оставителот со повреда на некоја законска или *морална обврска* и 2) со смисленост сторил некое потешко злодело спрема него или неговиот брачен другар, дете или родител (чл. 46 ст. 1 ЗН). Притоа, исклучувањето од наследство може да биде целосно или делумно.⁵⁶

За разлика од одредбите на ЗОО, со кои се уредува можноста за отповикување на дарот, овие одредби се многу појасни и попрецизни. Во таа смисла, оправдано е становиштето на поранешниот сојузен највисок суд според кое на отповикувањето на дарот поради крајна неблагодарност по аналогија се применуваат одредбите за исклучување од наследство. Разликата е во тоа што неблагодарноста со своето однесување потенцијалниот законски наследник ја манифестира пред да го стекне правото на наследство, додека кај ревокацијата на дарот таа се изразува *post festum*. Дека повредата на моралните обврски се основа за исклучување од наследство потврдува и судската пракса.⁵⁷

Извршувањето на казниво дело спрема оставителот и спрема неговите

⁵⁵ Повеќе за ова види кај: Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Наследно право...*, стр.165-167.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Оправдана причина за исклучување од наследство постои кога нужниот наследник *го исфрлил од својата кука стариот и изнемоштен оставител*, кој останал без средства за издржување, задржувајќи ги неговите ствари од поголема вредност, заради компензирање на трошоците од дотогашниот престој на оставителот, при што спрема оставителот имал некоректен однос кога во неговиот стан престојувал, а подоцна за време на лечењето во болница не го ни посетувал (*Одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. I-1071/81*). Ако таткото ја занемарил грижата за детето или се оддал на *нечесен живот* и детето може да го исклучи својот татко од наследство. При оцена на прашањата дали оставителот со тестамент основано го исклучил од наследство нужниот наследник, судот може да се впушти во утврдување само на оние факти и во оцена само на оние основи, кои се наведени во тестаментот како причина за исклучување од наследство (*Одлука Сојузниот Врховен суд, Гз-54/55*). Уште појасна и прецизна е следнава судска одлука според која: Потомците, покрај права, спрема своите родители имаат и законски и *морални обврски*. Ако некои од тие обврски грубо се повредат, тогаш тоа може да биде причина за исклучување од наследство. Причина за исклучување од наследство може да биде и *груба постапка, занемарување на должноста за почитување, помош при болест и старост и тежокоти*, и занемарување на посетување на стар и болен родител. Причина за исклучување може да биде и *повреда на моралните обврски*, доколку таквите повреди за таткото, особено според неговите сфаќања и воспитување, претставуваат *тешко огрешување* на обврските, како во смисла на општествено-правните норми, така и во смисла на обичаите (*Одлука на Врховниот суд на Србија, Гж. 644/80*). Причината за исклучување од наследство е остварена кога синот *потешко се огрешил во својата морална обврска спрема мајка си, скратувајќи и го на груб и навредлив начин должното почитување* (*Одлука на Врховниот суд на Хрватска, Гж. Бр. 1280/59*).

блиски роднини претставува, исто така, причина за исклучување, бидејќи со неа се штити не само интегритетот на оставителот, туку и на неговите најблиски, неговото дете, брачен партнер и родители. Законодавецот не наведува кои кривични дела ги смета потешки „злодела“. Во таа смисла судот, при оцената за тежината на кривичното дело, ќе треба да води сметка за последиците што настанале од кривичното дело, за висината на казната за тој вид на кривично дело, како и за висината на изречената казна во конкретниот случај. Кривичното дело треба да биде сторено со умисла, а не во небрежност или нужна одбрана.

6. Отповикување на дарот крајната неблагодарност *de lege ferenda*

Вонашето право ЗОО не дефинира што претставува крајната неблагодарност, ниту дава набројувања на случаи кои би претставувале неблагодарно однесување.⁵⁸ Ваквата правна празнина, како резултат на правниот стандард, бланкетна правна норма, ја надополнува судската пракса. Судот е тој кој што треба да процени според правилата и основните начела на моралот во секој подинечен случај дали одредено однесување се смета за крајна неблагодарност на даропримачот кон дарувачот. Сепак, сметаме дека, по примерот на наследното право, во уредувањето на институтот исклучување од наследство, законодавецот треба изречно да предвиди дека крајна неблагодарност постои кога даропримачот се огрешил кон дарувачот со повреда на некоја законска или морална обврска.⁵⁹

Неблагодарноста е неприфатлива општествена појава, која според општото мислење во општеството создава презир и анимозитет кон неблагодарникот, како од страна на дарувачот, така и од општествената средина. *Argumentum a fortiori*, доколку се дозволи децата да ги навредуваат своите родители, да се однесуваат спротивно на добрите обичаи и моралот, да не се грижат за нив и нивното здравје, во случај кога со подарок го добиле дел или целиот нивен имот, и судот таквите постапки и однесувања не ги санкционира како крајна неблагодарност, тогаш судот ќе поддржи и стимулира едно асоцијално и неморално однесување кое ќе остави далекусежни последици на идните генерации што доаѓаат.

Доколку судот преминува и замижува преку изразената крајна

⁵⁸ Во Францускиот граѓански законик во чл. 955 таксативно се наведени случаите врз основа на кои може да биде отповикан дарот поради неблагодарност: 1. Кога даропримачот се обидел да посегне по животот на дарувачот; 2. Кога е виновен за суровост, сериозни престапи или тешки навреди против нег; 3. Кога одбива да му дава издршка на дарувачот. Истата одредба е предвидена и во Граѓанскиот законик на Луксембург (чл. 955).

⁵⁹ Во чл. 2072 од Чешкиот граѓански законик е предвидено дека ако даропримачот намерно или со небрежност го повредил дарувачот на начин спротивен на добриот морал, дарувачот може да го отповика дарот врз основа на неблагодарност, освен ако не му простил на даропримачот. Во оправдани околности и одделен конфликт со добриот морал против блиско лице на дарувачот се смета за основа за неблагодарност.

неблагодарност на дарувачот, со тоа ќе упати лоша порака до децата, кои родителите со години ги одгледувале, се грижеле за нивното здравје, воспитување и образование дека е дозволено да ги навредуваат затоа што тоа е „обична неблагодарност која спаѓа во доменот на моралните, а не правните норми што ги регулираат условите за отповикување на договорот за дар“, според едно становиште на Апелациониот суд! Дека е дозволено да ги условуваат своите родители со најразлични услови и договори спротивни на моралот и добрите обичаи кои сеуште постојат во нашето општество и на крајот да ги забораат и остават сами откако ќе им подарат целиот имот!

Поради погоре наведеното, сметаме дека законодавецот треба повторно во општите одредби да го предвиди општествениот морал како извор на облигационите односи, како и да ги надополни одредбите за отповикување на дарот поради крајна неблагодарност со појаснување на овој институт, како и со упатувачки норми врз основа на кои судот ќе се раководи при утврдувањето на крајната неблагодарност. Со тоа сметаме дека законодавецот ќе придонесе кон постигнување на усогласеност на судската пракса и поголема правна сигурност во имотноправните односи, но и кон враќање на традиционалните вредности во општеството.

СПРЕЧУВАЊЕ НА КОРУПЦИЈА ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ ВО ДОМАШНИОТ ПРАВЕН СИСТЕМ

Александра Роглева

Асс. д-р, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип
aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk

Апстракт

Корупцијата во јавниот сектор како облик на злоупотреба на законските овластувања на поединци, е несомнено една од најсериозните општествени малформации што ги поткопува темелите на националните економии, ја нарушува социјалната сигурност и како резултат на тоа значително ја намалува довербата на граѓаните во стабилноста на системот. Ниту едно современо државно уредување, независно од тоа колку е моќно, финансиски стабилно и демократски ориентирано, не е имуно на феноменот на корупцијата. Сепак, ова особено доаѓа до израз во земјите во транзиција (во кои е и Р. Северна Македонија) кои сè уште поминуваат низ процесот на креирање и унапредување на пазарната економија и втемелување на концептот на владеење на правото што треба да придонесе за поголема контрола и соодветно казнување на овие противправни поведенија на штета на државниот буџет.

Јавните набавки како инструмент со кој институциите на централната и локалната власт купуваат производи, услуги или работи, според својата природа се едни од најсериозните (квантитативно и квалитативно) финансиски интеракции во јавниот сектор и поради тоа неминовно се проследени со најразлични облици на коруптивни поведенија. Во услови на широко распространета корупција во јавните набавки, сосема природно се наметнува прашањето како да се обезбеди рационално, наменско и транспарентно трошење на државните пари, што впрочем е и основната цел на Законот за јавните набавки. Следствено, основната идеја на трудот е да ги проследи најчестите противзаконити поведенија кои го зголемуваат ризикот од злоупотреба на јавните финансии, институционалната рамка за контрола во јавните набавки и актуелната регулатива и политики за идентификување на разните форми на корупција во домашниот правен систем заради нивно соодветно санкционирање.

Клучни зборови: *јавни набавки, корупција, злоупотреба, јавни финансии, казнена регулатива, превенција*

PREVENTING CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENTS IN DOMESTIC LEGAL SYSTEM

Aleksandra Rogleva

Ass, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip
aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk

Abstract

Public sector corruption as a form of abuse of the legal powers of individuals, undoubtedly is one of the most serious social malformations that undermines the national economies groundworks, breaches the social security and, as a result significantly reduces citizens' confidence in the system stability. No modern state system, no matter how powerful, financially stable and democratically oriented is, is immune to the corruption phenomenon. However, this is particularly evident in transition countries (including North Macedonia) which are still going through the process of creating and promoting the market economy and establishing the concept of the „rule of law“ that should contribute to greater control and appropriate punishment of these illegal actions to the detriment of the state budget.

Public procurements as an instrument which the central government and local authorities use to buy goods, services or constructions, naturally are one of the most serious (quantitative and qualitative) financial interactions in the public sector, so therefore are inevitably followed by various forms of corrupt behavior. In times of widespread public procurements corruption, the question that naturally imposes, is how to ensure rational, purposeful and transparent spending of state money, which is in fact the main goal of the Public Procurements Law. Consequently, the basic idea of this paper is to give an overview of the most common illegal behaviors that increase the risk of public finances abuse, the institutional framework for public procurements control and current regulations and policies to identify the different forms of corruption in the domestic legal system in order to secure their proper punishment.

Keywords: *public procurements, corruption, abuse, public finances, criminal regulation, prevention*

Вовед

Коруптивните поведенија како феномен се својствени за речиси сите современи држави, независно од системот на уредување и законските решенија со кои се регулира предметното прашање. Со право, корупцијата се смета за една од најсериозните општествени малформации, бидејќи систематски ги поткопува темелите на националните економии со што доведува до сериозни загуби на економските ресурси и целосно девалвирање на правната сигурност во државата. Доколку не се контролира, злоупотребата на јавните финансии може да стане системски проблем и сериозна закана за одржливиот економски развој, но и континуираниот општествен напредок. Дополнително, фаворизирањето на незаконските придобивки преку злоупотреба на службените овластувања, претставува флагрантно непочитување на демократските вредности и

загарантираните човекови права, што е во целосна спротивност со начелото на јавен интерес. Имајќи го предвид горенаведеното, борбата против корупцијата во јавниот сектор е поставена високо на агендата во демократско уредените општества, а прашањето за изнаоѓање на механизми со кои би се намалиле негативните ефекти кои ги предизвикува, се наметнува како своевиден императив во правно - политичкиот дискурс посветен на оваа проблематика.

Под корупција, во најширока смисла се подразбира злоупотреба на функцијата, јавното овластување, службената должност или положба за остварување на корист, директно или преку посредник, за себе или за друг.¹ Водечка институција надлежна за спречување на корупцијата во Р. Северна Македонија е Државната комисија за спречување на корупцијата.² *Lex generalis* во домашниот правен систем, кога станува збор за регулирање на општествените поведенија што се сметаат за коруптивни е Законот за спречување на корупцијата и судирот на интереси.³ На овој закон му претходеше Законот за спречување на корупцијата од 2002 година⁴ кој денес е ставен вон сила поради неколку клучни причини кои укажуваа на очигледен неуспех на државните власти во борбата против корупцијата. Имено, бројните експертски извештаи во врска со тогашните законски одредби кои се однесуваа на моделот, критериумите и постапката за избор и разрешување на членовите на комисијата, надлежностите, ефикасноста во работењето, транспарентноста, отчетноста и линиите на одговорност на ДКСК, како и механизмите за проверка и испитување на имотната состојба и интересите, укажуваа на потребата од донесување нов закон, а со цел зајакнување на независноста и ефикасноста во работењето на ДКСК и надминување на недостатоците во постојните Закон за спречување на корупцијата и Закон за спречување судир на интереси.⁵ Освен тоа, во извештаите на Европската комисија за напредокот на Република Македонија, меѓу другото беше укажано дека постојните санкции утврдени со Законот за спречување на корупцијата треба да се применуваат на посистематски и видлив начин, а за да се зајакне ефикасноста, неопходно е јасно да се утврдат соодветните контролни

¹ Член 2 став 1 од Законот за спречување на корупцијата и судирот на интереси.

² Државната комисија за спречување корупција е формирана во 2002 година. Има својство на правно лице и како самостојна и независна институција во вршење на работите определени со закон, ги остварува своите законски надлежности во спречувањето на корупцијата и судирот на интереси кај носителите на јавни овластувања. Државната комисија паралелно работи на полето на превенцијата и репресијата на општествено штетни поведенија кои според својата содржина се составен дел на корупцијата како општествен феномен.

³ Закон за спречување на корупцијата и судирот на интереси, Службен весник на РМ, бр.12/19.

⁴ Закон за спречување на корупцијата, Службен весник на РМ, бр.28/02.

⁵ Ова е наведено и во Предлог - законот за спречување на корупцијата во делот кој се однесува на оценка на состојбите во областа што треба да се уреди со Законот и причини и за донесување на Законот.

и истражни овластувања и одговорности на Државниот завод за ревизија, ДКСК и други државни тела кои во своето работење имаат обврска да го спроведуваат законот. Имајќи го предвид погоренаведеното, основната цел на новиот закон е зголемување на ефикасноста и независноста на Државната комисија за спречување на корупцијата и зајакнување на правната и институционална антикорупциска рамка во насока на постигнување поефикасна превенција и борба против корупцијата.

Корупција во јавните набавки – правна уреденост и ризик од злоупотреби

Јавните набавки како доминантен модел на распределба/трошење на државните ресурси, во денешно време се една од областите каде потенцијалните можности за коруптивни поведенија, се огромни. И покрај тоа што повеќе од две децении активно се применуваат како правно регулиран процес за транспарентно и објективно трошење на буџетските средства, тие континуирано се подложни на промени со цел да одговорат на современите услови на живеење и на потребите кои ги наметнуваат актуелните состојби. Почетоците на јавните набавки во Р. Северна Македонија датираат од 1996 година со донесувањето на Уредба за јавни набавки⁶ како подзаконски акт, додека законските основи на системот беа поставени во 1998 година кога за прв пат се воспостави систем на објективна законска процедура за спроведување на јавните набавки.⁷ Во 2004 година беше донесен нов закон,⁸ делумно усогласен со дотогашните директиви на ЕУ, па во 2007 повторно се донесе нов закон⁹ кој претрпе бројни измени и дополнувања во годините што следеа. Во 2019 година е донесен Закон за јавните набавки¹⁰ кој е на сила и денес. Менувањето на законските решенија за релативно кратко време, вклучително и донесувањето на нови закони е во насока на усогласување на домашната регулатива со меѓународните стандарди и нормативи, а е раководено од идејата за создавање контролни механизми за идентификација на злоупотребите како предуслов за развивање на форми на превенција и репресија во оваа област. Ова од една страна е позитивно, затоа што говори во прилог на фактот дека постои развиена свест за сериозноста на проблемот и потреба од негово соодветно регулирање, но од друга страна е обесхрабрувачки, бидејќи на некој начин е потврда дека досегашните законски решенија не дале задоволителен резултат во борбата против корупцијата, па поради тоа се наметнува потребата од промени.

Казнено - правната заштита на јавните набавки во домашниот правен

⁶ Уредба за јавни набавки, Службен весник на РМ, бр.64/96.

⁷ Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.26/98.

⁸ Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.19/04.

⁹ Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.136/07.

¹⁰ Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.24/19.

систем е уредена во Кривичниот законик¹¹ и истата се остварува преку инкриминациите „Злоупотреба на службената положба и овластување“ - член 353 и “Злоупотреба на постапката за јавен повик, доделување договор за јавна набавка или јавно приватно партнерство“ - член 275-в. Со основниот облик на кривичното дело „Злоупотреба на службената положба и овластување“ се инкриминира прибавувањето на корист или нанесувањето штета на друг од страна на службено лице кое го сторило делото со искористување на својата службена положба и овластување, со пречекорување на границите на службеното овластување или со неизвршување на службената должност. Сторувањето на делото при вршење на јавните набавки, на штета на средствата од државниот буџет, од јавните фондови или од други средства на државата, претставува квалифициран облик на основното дело на злоупотреба на службената положба и овластување и за истото е предвидена казна затвор од најмалку пет години.¹² Со ваквата легислативна поставеност, за коруптивни поведенија во јавните набавки одговорност можеше да се утврди само кај службените лица, а не и претставниците на понудувачите кои за волја на вистината имаат подеднаков криминален придонес во вршењето на делото како и оние првите. Како резултат на ова, а во насока на јакнење на системот на јавни набавки, постепено еволуираше и законската регулатива во врска со оваа проблематика, па во Кривичниот законик беше предвидена инкриминацијата - Злоупотреба на постапката за јавен повик, доделување договор за јавна набавка или јавно приватно партнерство. Од законскиот опис на делото видливо е дека како носители на казнено поведение се јавуваат претставниците од страната на економските оператори, односно понудувачите со што се воспостави правичен баланс во поглед на казнената одговорност на двете засегнати страни во системот на јавните набавки (договорните органи и понудувачите). Притоа со оваа инкриминација се санкционира свесното непочитување на прописите со кои се уредува постапката за јавен повик, доделување на договор за јавна набавка или јавно - приватно партнерство со поднесување неистинита документација, договарање со други можни учесници заради изигрување на постапката, неизвршување на обврските од договорот со намера тој да биде изигран или со други поведенија кои претставуваат директна повреда на правилата на таа постапка, а со цел остварување за себе или за друг поголема имотна корист или предизвикување поголема штета.

Ризикот од злоупотреби во јавните набавки е присутен во сите фази на постапката, од моментот на истражување на пазарот, планирање на предметната набавка, отпочнување на постапката¹³ и нејзиното спроведување, вклучувајќи ја

¹¹ Кривичен законик, Службен весник на РМ, бр.37/96.

¹² Член 353 став 5 од Кривичниот законик на РМ. Беше доле член 353

¹³ Постапката за јавна набавка согласно актуелните законски решенија се смета за започната со

овде евалуацијата на понудите како најзначајна фаза, па сè до донесувањето на одлуката за избор на најповолна понуда и крајната реализација на договорот со кој се уредува купувањето на стоки/услуги/работи. Перцепцијата дека најголема можност за злоупотреба постои при евалуирањето на понудите врз основа на востановените критериуми за утврдување способност, неоправдано го намалува значењето на другите стадиуми од постапката како основ за вршење на противправни, казниви поведенија. Ваквото видување е во извесна мера оправдано ако се земе предвид дека фазата на евалуација на понудите е една од најкомплексните фази во постапката каде постојат големи можности за незаконски дејствија, доколку истата се врши врз основа на субјективни критериуми со кои договорниот орган фаворизира одреден економски оператор. Сепак, при потемелно согледување на сите аспекти на постапката и нивната причинско - последишна поврзаност, во речиси сите случаи се согледува дека злоупотребата почнува многу порано и токму поради тоа при истражување на корупцијата во јавните набавки, треба да се земат предвид сите компоненти на постапката за јавна набавка како основ за вршење на противзаконити дејствија. Така, досегашното искуство покажува дека ризикот од коруптивни поведенија е многу поголем по формалното завршување на постапката¹⁴, односно за време на реализацијата на договорот кога постои можност за најголеми злоупотреби, далеку од очите на јавноста преку воспоставување на корупциска спрега помеѓу лицата задолжени за следење на реализација на договорот и носителот на набавката.¹⁵ Затоа, неопходно е воспоставување на јасни механизми за следење на реализацијата на договорот од страна на договорниот орган и негова контрола, во смисла кој е задолжен за следење на извршувањето на договорот, кој ги врши начрките, кој врши квалитативен и квантитативен прием и сл. Од друга страна можни се злоупотреби и од страна на носителот на набавката кои најчесто се состојат во доцнење со испораката, несоодветен квалитет или испорака на стоки/услуги/работи квантитативно или квалитативно различни од оние кои се предвидени со договорот и како такви биле предмет на јавна набавка). Имајќи го предвид претходно кажаното, особено важно во вакви случаи е јасно да се определи одговорноста на индивидуално ниво и да се утврди дали евентуалните

со објавувањето на огласот на ЕСЈН, односно со испраќањето на поканата за доставување понуда кај постапка со преговарање без објавување на оглас. Сите претходни дејствија формално - правно не се сметаат за дел од постапката, но сепак тоа не значи дека не се подложни на контрола на законитоста во однос на можноста за евентуални злоупотреби. Ова особено важи за фазата на планирање на набавката, како и воспоставувањето на неофицијални контакти со заинтересираните економски оператори во насока на истражување на условите на пазарот во дадениот момент.

¹⁴ Постапката се смета за завршена со конечност на одлуката за избор на најповолна понуда или со донесување на одлука за поништување на постапката.

¹⁵ *Брошура за спречување на корупцијата во јавните набавки*. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2016, стр.5.

противзаконити дејствија се вршат по налог на одговорното лице или без негово знаење.

Досегашната пракса во спроведувањето на постапките за јавни набавки покажува дека коруптивните поведенија многу често се практикуваат преку злоупотреба на законските можности и модели на работа кои ги предвидува Законот за јавните набавки. Со други зборови кај ваквите дејствија, под превезот на формално – правното запазување на условите од законот, се процесуираат содржини кои имаат елементи на злоупотреба на службените овластувања со цел стекнување на противправна корист. Така, најчесто констатираните состојби кои укажуваат на можност од евентуално коруптивно однесување, се оние каде е видливо фаворизирање на одреден економски оператор за еден ист вид набавка. Имено, склучувањето договори со ист добавувач повеќе години наназад, е еден од посериозните проблеми со кои нашиот систем за јавни набавки се соочува во континуитет веќе подолг временски период.¹⁶ Од мониторираните набавки, може да се утврди дека е навистина голем бројот на економски оператори кои постојано добиваат ист тендер кај определен договорен орган и тоа во услови кога не постои конкуренција или дури и кога постои, останатите се исклучени од понатамошното учество во постапката поради тоа што не ги исполнуваат предвидените критериуми за кои останува отворено прашањето дали биле објективно одредени. Затоа, во јавните набавки е особено важно да се утврди дали бараните критериуми за утврдување способност на економските оператори (познати како услови за квалитативен избор во новото законско решение) се пропорционални со предметот на набавката и дали навистина се потребни за да се добие квалитетен финален производ. Во спротивно нивното предвидување меѓу останатите барања во тендерската документација е беспредметно и непотребно води кон намалување на конкуренцијата. Покрај критериумите за утврдување способност, неретко и барањата во техничката спецификација може да се искористат како основ за фаворизирање на одреден економски оператор при доделувањето на договорот за јавна набавка. Имено, во вакви случаи изработувањето на техничката спецификација се прилагодува на можностите со кои располага, капацитетите или предностите на фирмата – претендент за добивање на тендерот во однос на останатите фирми кои може да бидат потенцијална конкуренција, а понекогаш се оди дури дотаму што целата техничката спецификација ја изработува фирмата која се фаворизира во постапката за јавна набавка. Ова е во целосна спротивност со член 82 од Законот за јавните набавки кој предвидува дека предметот на набавката треба да биде опишан на јасен, недвосмислен, целосен и неутрален начин кој ќе обезбеди спредливост на понудите во поглед на условите и барањата утврдени од

¹⁶ Така и: Факиќ, Сабина. *Намалување на корупцијата во јавните набавки преку засилена контрола*. Скопје: Македонски центар за меѓународна соработка (МЦМС) и Транспарентност Македонија (ТМ), 2015, стр.10.

договорниот орган. Во вакви услови, очекувано е поднесување на понуда само од страна на економскиот оператор кој се фаворизира во постапката или значително намалување на конкуренцијата, со што се доведува во прашање целисходноста на јавните набавки како процес на транспарентно и законито трошење на буџетските средства. Со оглед на фактот дека обезбедувањето на конкуренцијата и еднаквиот третман на понудувачите, се едни од главните принципи на јавните набавки, несомнена е потребата од контрола која ќе треба да открие дали доминацијата на еден понудувач во доделувањето на јавни набавки кај одредена државна институција е последица на реални пазарни услови или зад ваквите договори се крие негово фаворизирање заради остварување на противправна имотна корист кај двете страни.¹⁷ Имајќи ги предвид злоупотребите од ваков вид кои честопати се повторуваат и покрај бројните препораки и укажувања од стручната јавност и надлежните институции, актуелните законски решенија кои се однесуваат на услови за квалитативен избор на економските оператори се концизно и објективно поставени, а со нив се рedefинираат неопходните критериуми што би ја докажале способноста на операторот за извршување на договорот. Примената на законот во догледен период треба да покаже дали и во пракса овие решенија ќе го постигнат очекуваниот ефект.

Честите поништувања на тендерските постапки исто така може да бидат индикација за одредени недозволен поведенија. Имено, иако правото да се поништи постапката е сосема легитимно, понекогаш можностите кои ги нуди законот (основи за поништување на постапките) се злоупотребуваат од страна на договорните органи,¹⁸ па така јавните набавки се поништуваат без постоење на реални причини доколку крајниот исход не е најповолен за фаворизираниот економски оператор или доколку тој направи пропуст заради кој треба да се исфрли од понатамошната постапка. На овој начин (доколку не постојат реални основи за поништување на постапката) се загрозуваат интересите на останатите понудувачи кои учествувале во јавната набавка и се доведува во прашање законитото и ефективно водење на постапките. Оттука, спречувањето на коруптивни поведенија при спроведување на јавните набавки, подразбира и соодветна контрола на причините за честите поништувања на тендерите и санкционирање на евентуалните случаи кога мотивите за поништување биле коруптивни.

¹⁷ Ibid, стр.10.

¹⁸ На пример: Одредбата според која постапката за јавна набавка може да се поништи доколку поради непредвидени и објективни околности се промениле потребите на договорниот орган, како премногу воопштена и недоволно прецизна, порано се злоупотребуваше од страна на договорните органи, па во случај на исход од постапката кој поради одредени причини е неповолен за нив, често го користеа овој основ за поништување под изговор дека им се променети потребите. Со цел да се спречат понатамошните злоупотреби од ваков вид, примената на овој основ за поништување сега е ограничена со тоа што во ваков случај договорниот орган не смее да спроведе нова постапка во рок од една година од донесувањето на одлуката за поништување.

Уште еден сегмент од јавните набавки каде ризикот од корупција е голем, се анексите на договорите кои и покрај новите законски решенија, остануваат недоволно регулирани и опстојуваат како ризична точка во спроведувањето на набавките. Имено, анексите на договорите и нивната финансиска конструкција според својата природа не може да се предвидат на самиот почеток на планирање на набавката, па така речиси секогаш кога се јавува потреба од измени на основниот договор со склучување на анекс кон истиот, се доведува во прашање нивната транспарентност, оправданост и објективност. Кога зборуваме за евентуални коруптивни поведенија поврзани со анексите на основните договори, мора да прецизираме дека се работи за злоупотреби кои се вршат во фазата на реализација на договорите за набавка на стоки/услуги/работи, што значи дека формално – правно тие не се составен дел од постапката за јавна набавка, но сепак, бидејќи се причинско – последично поврзани, противправните поведенија од ваков вид се разгледуваат во рамки на истата проблематика. И покрај тоа што со новиот закон е предвидено ограничување на максимално дозволената вредност на анексите,¹⁹ сепак оваа материја треба да биде предмет на континуиран надзор од страна на надлежните институции и јавноста, бидејќи е најподложна на злоупотреби кои пак продуцираат неоправдано и противзаконито зголемување на буџетската рамка на стоките/услугите/работите што се предмет на набавка.

Модели на превенција – институционален одговор на проблемот

Сузбивањето на корупцијата во оваа област значи имплементирање на ефективни модели на контрола заради спречување злоупотреба на јавните набавки како механизам за прибавување противправна имотна корист за себе или за друг во текот на спроведувањето на постапката и/или при реализацијата на договорот за јавна набавка. Ако се вратиме наназад низ годините, ќе забележиме дека моделите за спречување на злоупотреба ја менуваат својата содржина во зависност од потребите што ги наметнуваат актуелните состојби. Без да навлегуваме во детален преглед на сите законски решенија од 1998 година, ќе се осврнеме само на главните модели на контрола и заштита во оваа област кои се познати на нашето законодавство до денес. Законското решение од 2007 година не предвидуваше посебна контрола на начинот на кој се спроведуваат постапките, па оттука Бирото за јавни набавки како централно тело одговорно за координација и следење на системот на јавни набавки во државата, немаше ингеренции да ги следи постапките поединечно и во случај на незаконски постапувања, да преземе одредени мерки или да санкционира одредено поведење. Свкупната

¹⁹ Вкупната вредност на измените на договорот за јавна набавка или на рамковната спогодба не смее да надмине 20% од вредноста на првичниот договор или на рамковната спогодба. Доколку се направени повеќе последователни измени, ова ограничување се применува на вредноста на сите промени заедно.

контрола во јавните набавки во тој период се сведуваше на Државниот завод за ревизија кој при вршење на контрола на законитоста на финансиското работење на државните институции, меѓу другото ги опфаќаше и јавните набавки. Овде мора да нагласиме дека се работи за делумна контрола на избрани примероци, што значи дека ниту ДЗР немаше целосен увид во неправилностите при спроведувањето на постапките, кои според содржината претставуваат или пак водат кон коруптивни поведенија. Освен тоа, ваквата контрола според својата природа е *post festum*, односно се спроведуваше за тендери кои веќе се завршени. Во праксата ова значеше дека ниту една институција немаше ингеренции директно да работи на идентификување на формите и ризиците од корупцијата во јавните набавки и да дава насоки и препораки кои ќе доведат до спречување или евентуално санкционирање на тековните злоупотреби на јавните финансии. Отсуството на *ex-ante* контрола во оваа смисла се покажа како проблематично, бидејќи утврдувањето на пропустите откако постапките се целосно завршени и реализирани, најчесто завршуваше со давање на препораки за идните постапки, а поретко со пријавување на потенцијалните носители на противправни поведенија пред органите на кривичниот прогон. Друг орган кој исто така според природата на надлежностите врши контрола на постапките откако ќе биде донесена одлуката за избор на најповолна понуда или во текот на спроведувањето на постапката е Државната комисија за жалби по јавни набавки како самостоен државен орган со својство на правно лице. Државната комисија одлучува за законитоста на преземаните дејствија во постапката, но само по иницијатива (поднесена жалба) од страна на економски оператор кој има правен интерес за добивање на договорот за јавна набавка и кој претрпел или би можел да претрпи штета од евентуално прекршување на одредбите од законот. Ова значи дека и ДКЖЈН вршеше (исто е и денес) само делумна контрола, односно нејзините овластувања се активираат само доколку економскиот оператор смета дека е оштетен на било кој начин и како резултат на тоа вложува жалба до ДКЖЈН како второстепен орган во постапката. Сепак и со оваа контрола не може во целост да се детектираат реалните противзаконити дејствија кои се случуваат при водењето на постапката, бидејќи економските оператори честопати или воопшто не знаат за одреден момент од постапката кој е незаконски и штетен за нивните интереси или пак, се свесни за тоа, но не се одлучуваат да вложат жалба од разни причини. Со неподнесувањето на жалба, ДКЖЈН практично не може да добие сознанија за неправилностите при водењето на постапката и следствено на тоа да постапува во рамки на своите овластувања. Следејќи ги слабостите кои се покажаа во пракса како резултат на вршењето на контролата откако противправните поведенија се веќе сторени (независно дали по донесување на одлука за избор или во текот на постапката), експертската јавност беше целосно фокусирана на изнаоѓање решение кое ќе понуди можност за вршење на контрола однапред, односно ќе спречи вршење на противправни поведенија чија цел е злоупотреба на државните пари.

Имајќи го предвид сето погоренаведено со измените на тогашниот закон за јавните набавки се вовеле Советот за јавни набавки²⁰, на почетокот како организациски дел во составот на Бирото за јавни набавки,²¹ а подоцна како самостоен државен орган со својство на правно лице.²² Советот за јавни набавки отпочна со работа во Мај 2014 година и неговите главни надлежности, меѓу другото, беа да ги одобрува барањата во техничката спецификација или критериумите за оценување на способноста на економските оператори, оневозможувајќи институциите преку нив да ги дискриминираат фирмите и да фаворизираат одреден понудувач. Со друг зборови, дејствувањето на Советот беше коректив во формирањето на барањата во техничките спецификации и критериумите за утврдување на способност на понудувачите и своевиден механизам на контрола и исправка на оние сегменти од набавката кои се најподложни на обиди за манипулации и злоупотреби на буџетските средства. Освен тоа со тогашната законска регулатива се предвидувааше договорните органи пред да го објават огласот за јавна набавка, да спроведат истражување на пазарот за да утврдат дали критериумите што ги поставиле ги исполнуваат доволен број економски оператори (бројот беше јасно дефиниран во ЗЈН зависно од видот на постапката) како би се создале предуслови за конкуренција во понатамошната постапка. Во случаите кога преку истражувањето на пазарот не успеаа да докажат дека одреден број фирми ги исполнуваат поставените критериумите, институциите имаа обврска да бараат од Советот за јавни набавки согласност за објавување на тендерот. Практично, идејата на Советот за јавни набавки беше да врши контрола пред објавувањето на огласите и со тоа да се спречи можноста за злоупотреба однапред, но сепак по функционирање од неполни две години, оваа институција беше укината. Како главни причини беа наведени бирократизацијата на постапките како резултат на честото поднесување барања до Советот, односно неможноста да се спроведат постапки за јавни набавки кои се нужни, поради недобивањето согласност од Советот и по неколку пати и незадоволителниот (или речиси непроменлив во однос на порано) раст на конкуренција и покрај интервенциите на Советот по однос на барањата за добивање согласност.²³ Освен тоа дополнителна причина беше и трошењето на огромни финансиски средства од буџетите на договорните

²⁰ Закон за измена и дополнување на Законот за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.130/14.

²¹ *Прирачник за јавни набавки – второ издание*. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2014, стр.16.

²² *Прирачник за јавни набавки – четврто издание*. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2017, стр.17.

²³ Од *Извештајот од мониторингот на јавните набавки во Република Македонија - Извештај бр.28 (јули-декември 2016)*. Скопје: Центар за граѓански комуникации, 2017, стр.4.

органи само за добивање на согласност од Советот, со што се доведуваше во прашање економичноста на постапките за јавни набавки во услови кога неговото работење не ги даде очекуваните резултати.²⁴

Во 2019 година беше донесен сосема нов Закон за јавните набавки во кој се предвидени одредени решенија квалитативно различни од претходните, во насока на транспарентно и рационално спроведување на постапките. Свкупната содржина на понудените законски решенија е во духот на борбата против корупцијата, што впрочем е видливо и од основните начела на кои се темели Законот за јавните набавки како што се еднаков третман и недискриминација, транспарентност, конкурентност и рационално и ефикасно искористување на буџетските средства, познато и како добивање најдобра вредност за потрошените пари (best value for the money). Во актуелната законска регулатива институциите задолжени за контрола на законитоста во водењето на постапките останаа исти (Државен завод за ревизија и Државна комисија за жалби по јавни набавки), а новина е зајакнувањето на инженерциите што ги има Бирото за јавни набавки, па така покрај досегашните овластувања, Бирото со новото законско решение има право да врши управна контрола на постапки над одредена вредност утврдена со Законот²⁵ или на која било постапка за јавна набавка врз основа на проценка на ризиците од кршење на одредбите од законот и по случаен избор. Основната идеја е преку контрола на законитоста на преземените дејства и утврдување на неправилностите во постапките, да се зајакне довербата во оваа институција, но и да се воспостави механизам за редовно контролирање на поголемите постапки, бидејќи ДЗР и ДКЖН контрола вршат само делумно, односно на избран примерок. Извештајот од мониторингот на јавните набавки во првата половина на минатата година покажува дека за жал имплементацијата на новиот закон во пракса се остварува навистина тешко, односно и покрај новата законска регулатива и можностите што ги нуди, сè уште се применуваат модели на работа кои се задржани во новите, а ги имаше и во старите законски решенија.²⁶ Ова покажува дека и покрај трендот на осовременување на законската регулатива со

²⁴ Само во 2016 година договорните органи до Советот за јавни набавки доставиле вкупно 16.067 барања за добивање согласност, што ги чинело вкупно 1,8 милиони евра.

²⁵ Согласно член 172, став 3 од Законот за јавните набавки предмет на управна контрола се постапките за јавни набавки чија проценета вредност е над 500.000 евра во денарска противвредност кај набавката на стоки или услуги и над 2.000.000 евра во денарска противвредност кај набавката на работи.

²⁶ Најниската цена и понатаму е најчесто применуван критериум за доделување на договорите за јавни набавки (во над 90 % од спроведените постапки), и покрај тоа што со новиот закон се вовеле можност да доделување на договорите врз основа на критериумот економски најповолна понуда. Електронската аукција исто така не е задолжителна согласно новите законски решенија, но повторно се применува во најголем дел од постапките (во над 80 % од спроведените постапки). Бројот на постапки во кои не е користена е-аукција како начин за негативно надавање на привично понудените цени, е значително помал.

цел надминување на претходно констатираните недоследности во примената на законот преку воведување на комплетно нови законски решенија, навиките на договорните органи стекнати од претходно, тешко се менуваат.

Критички осврт на состојбите

Досегашните сознанија од праксата во спроведувањето на јавните набавки говорат дека системот за спречување на корупцијата во оваа област сè уште не е детално разработен и функционален. Државниот завод за ревизија во континуитет спроведува контрола согласно годишната програма за работа, а потоа ги сублимира заклучоците од констатираната состојба и востановените неправилности при спроведувањето на тендерите. Ревизорските извештаи во кои се констатирани пропусти и неправилности што во себе содржат елементи на кривични дело, се проследуваат до државното јавно обвинителство за понатамошно постапување, но нивното процесуирање понекогаш трае неоправдано долго, со што се губи смислата на репресивното дејствување во борбата против корупцијата. Што се однесува до институционалниот одговор на проблемот, значајно е да споменеме дека одредени институции и покрај тоа што имаат обемни законски овластувања и капацитет според системот на надлежности да работат на спречување на корупцијата во јавните набавки, сепак во пракса покажуваат многу оскудни или речиси никакви резултати на овој план. Овде би ги споменале системот на внатрешна ревизија во државните институции, Комисијата за заштита на конкуренцијата, Државниот правобранител итн. Во овој контекст особено е значајно да се спомене дека ниту Државната комисија за спречување корупција не ги даде очекуваните резултати од работењето на полето на спречување корупција во јавните набавки. Се разбира, имаме предвид дека комисијата е со широк спектар на овластувања кои покриваат повеќе области, а не само доменот на јавните набавки, но сепак поразителен е податокот дека истата години наназад нема проследено ниту една постапка од ваков вид до обвинителството заради натамошно постапување.²⁷

Во услови на широко распространета корупција во областа на јавните набавки, покрај законската регулатива, промени мора да трпи и постојната институционална рамка и политиките што се имплементираат за заштита од злоупотреби од ваков вид. Ова подразбира засилување на одговорноста на државните институции во насока на наменско и рационално трошење на јавните пари низ еден транспарентен и отчетен процес. Дополнително, особено значаен сегмент од управувањето со процесот е меѓуинституционалната соработка и проактивниот пристап на секоја од институциите кои се инволвирани во спроведувањето или контролирањето на јавните набавки.

²⁷ Податоците се земени од публикацијата „Главни карактеристики на јавните набавки во Македонија 2018/2019“. Скопје: Центар за граѓански комуникации во соработка со Balkan Tender Watch, 2018.

Ценејќи ја посебната важност на меѓуинституционалната соработка како услов за ефикасна борба против корупцијата, Државната комисија за спречување на корупцијата има потпишано и Протокол за соработка меѓу 17 институции во државата кои имаат надлежности на полето на спречувањето на корупцијата и судирот на интереси. Овој документ се покажа како корисна алатка за брза размена на потребни информации и документи со што придонесе за ажурирање на постапувањето на вклучените институции, а овозможува и јакнење на непосредната соработка преку заедничка работа врз специфични и посложени случаи на корупција, меѓусебна стручна помош и заеднички настап во измената на регулативата од надлежност на соодветните институции.²⁸

Сосема за крај, покрај сите досега наведени мерки за справување со проблемот, сериозно треба да се сфати и обврската за репресивно дејствување во случај на констатирани коруптивни поведенија во јавните набавки, бидејќи само на тој начин може да се создаде јасна слика за подготвеноста на државните институции ревностно да се борат со проблемот. Во оваа насока, важно е да се спомене дека законските решенија кои беа на сила пред донесувањето на новиот закон за јавни набавки, содржеа посебни казнени одредби за злоупотреби на јавните набавки надвор од оние предвидени со кривичното законодавство.²⁹ Интенцијата на законодавецот за строго казнување на сите незаконити поведенија во јавните набавки беше толку силно изразена, што практично се вовеле кривична одговорност за сите пропусти кои може да настанат при водењето на постапката, а за кои постои сомневање дека се сторени од коруптивни побуди. Сепак, за кратко време се покажа дека воспоставувањето на крајно репресивни механизми делува дестимулативно кај лицата кои се активно вклучени во спроведувањето на јавните набавки, бидејќи претставуваа директна закана за нивната сигурност со оглед на тоа што не можеа да си дозволат ниту ненамерна грешка во работењето. Покрај тоа стана сосема јасно дека за спречување на коруптивните поведенија во јавните набавки доволни се и одредбите од Кривичниот законик кои се однесуваат на предметната материја, доколку постои изразена политичка волја за справување со проблемот и доследност кон определбата за строго казнување на сите кои ги злоупотребиле своите овластувања на штета на државниот буџет. Во оваа насока, посебно е важно да се работи на интензивирање на соработката помеѓу институциите надлежни за надзор и контрола над спроведувањето на јавните набавки и органите на кривичниот прогон, но и ефективно процесуирање на кривичните предмети без непотребни одолговлекувања како би се постигнале

²⁸ *Прирачник за јавни набавки – трето издание*. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2015, стр.199.

²⁹ Повеќе за ова: Шаклева, Виолета. *Казнено-правни аспекти на злоупотребата на јавните набавки во Р. Македонија*. Штип: 2-ри Август, 2014.

целите на правдата и казнувањето. Ова е особено значајно, бидејќи во отсуство на независни, функционални институции кои доследно ќе го санкционираат незаконското трошење на државни средства, ризикот од натамошно зголемување на корупцијата во јавните набавки и понатаму ќе расте.

Новото законско решение се очекува да го намали просторот за субјективно однесување на договорните органи, а со цел злоупотреби во трошењето на јавните средства кои им се доверени заради остварување на јавен, а не личен интерес. Напорите за превентивно делување заради спречување на корупцијата во јавните набавки се видливи во повеќе делови од законот. Најзначајно, во оваа насока е воведувањето на управната контрола што ја врши Бирото за јавни набавки, за која веќе елабориравме погоре. Дополнителен значаен исчекор напред е воведувањето на нови антикорупциски одредби во Законот кои делумно би требало да придонесат во надминување на предизвиците за кои искуството до сега покажало дека се јавуваат од процесот на планирање и спроведување на постапката, па сè до реализацијата на договорот. Таквите се општите антикорупциски мерки содржани во член 33, обврската за пријавување корупција содржана во член 34, забрана за ангажман кај носителот на набавката содржана во член 35, заштита на интегритетот на постапката од член 36 и обврската за примена на Законот за спречување на корупција и судирот на интереси за спречување на судирот на интереси во постапките за јавни набавки содржана во член 37 од законот. Од содржината на понудените законски решенија може да се увиди тенденцијата за поголема независност во работењето на одговорните институции, но ова пак, имплицира потреба од зајакнување на надзорот и контролата врз постапувањето на сите учесници во процесот кои според надлежностите и овластувањата се повикани да го применуваат законот.

Заклучни согледувања

Борбата против корупцијата во јавните набавки е сеопфатен, сложен и долготраен процес што бара заеднички ангажман на засегнатите општествени структури и иницијативност на сите нивоа на одлучување и постапување. Државните стратегии и активности за спречување на противправни поведенија од ваков вид, не може да вродат со значаен успех ако се единствено изолирани во рамките на органите надлежни за борба против корупцијата, ниту пак со префрлување на одговорностите од една институција на друга. Затоа, во справувањето со проблемот особено значење има меѓуинституционалната соработка и проактивниот пристап на секоја од институциите која според законските надлежности е повикана да дејствува во доменот на јавните набавки. Покрај тоа, евидентна е потребата од понатамошно унапредување на контролните механизми за следење на реализацијата на склучените договори за јавни набавки за кои праксата покажува дека се едни од најкритичните точки во ланецот на коруптивни поведенија. Неопходно е да се работи и на зајакнување

на капацитетите на Државната комисија за спречување корупција, Државниот завод за ревизија, Државната комисија за жалби по јавни набавки и Бирото за јавни набавки кои според актуелната законска регулатива се клучни компоненти во институционалниот одговор на проблемот. Се разбира, подеднакво внимание треба да се посвети и на останатите модели на мониторинг во спроведувањето на постапките, како што е граѓанскиот сектор кој во периодот што измина се покажа како исклучително значаен коректив на владините политики поврзани со справувањето со корупцијата во јавните набавки. Во оваа смисла, невладините организации се наметнаа како докажани општествени чинители во демократизацијата на управувачките процеси, преку вложување напори за транспарентно и одговорно спроведување на јавните набавки и намалување на просторот за корупција во нив.

Донесувањето на новиот закон како најзначаен чекор во создавањето на конзистентна и сеопфатна правна рамка, во голема мера ги сублимираше сите недоследности и пропусти во јавните набавки со кои се соочуваше нашиот систем во минатото, па се понудија решенија за кои се очекува дека значително ќе придонесат во креирање на системски одговор на проблемот со корупцијата. Заради ефектуирање на придобивките од новата законска регулатива, неопходно е во континуитет да се прават напори за нејзина доследна имплементација преку унапредување на системот за јавни набавки врз основа на принципите на транспарентност, конкурентност и отчетност, а сè со цел зголемување на ефикасноста во превенцијата на корупцијата и судирот на интереси. Се разбира, новиот закон за јавните набавки се применува релативно кратко, па останува на времето да покаже дали ќе ги даде очекуваните резултати во пракса. Притоа не треба да заборавиме дека и покрај континуираното унапредување на Законот за јавни набавки, останува потребата од подигање на интегритетот во јавните набавки.³⁰ Овде првенствено се мисли на моралните вредности и професионални компетенции на лицата кои според своите задолженија се директно вклучени во процесот на спроведување на јавните набавки (одговорните лица, комисиите за јавни набавки, лицата или организациските облици за спроведување на јавните набавки, лицата задолжени за изработка на техничките спецификации и дефинирање на критериумите за утврдување способност и слично).

Сосема за крај може да се изведе заклучок дека само ефикасно воспоставени механизми за распределување на буџетските средства преку доделување на договори за јавни набавки, ќе обезбедат законито и одговорно однесување од страна на сите субјекти кои партиципираат во процесот (од страната на договорните органи и од страната на комерцијалните понудувачи). Токму поради тоа од особено значење е поттикнувањето на јавни расправи во кои ќе бидат

³⁰ Државна програма за превенција и репресија на корупцијата и превенција и намалување на појавата на судир на интереси со Акционен план 2016-2019, 2015, стр.34.

инволвирани сите релевантни чинители од оваа област, како би се дефинирале идните чекори во насока на воведување, но и ефикасно имплементирање на системот на контрола во јавните набавки. Во спротивно, останува високиот ризик од различни коруптивни поведенија како најеклатантен пример на злоупотреба на власта кога станува збор за располагањето со буџетските средства што во крајна линија им припаѓаат на граѓаните.

Користена литература

1. Брошура за спречување на корупцијата во јавните набавки. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2016.
2. Главни карактеристики на јавните набавки во Македонија 2018/2019“. Скопје: Центар за граѓански комуникации во соработка со Balkan Tender Watch, 2018.
3. Државна програма за превенција и репресија на корупцијата и превенција и намалување на појавата на судир на интереси со Акционен план 2016-2019, 2015.
4. Извештај од мониторингот на јавните набавки во Република Македонија Извештај бр.28 (јули-декември 2016). Скопје: Центар за граѓански комуникации, 2017.
5. Прирачник за јавни набавки – второ издание. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2014.
6. Прирачник за јавни набавки – трето издание. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2015.
7. Прирачник за јавни набавки – четврто издание. Скопје: Биро за јавни набавки (Сектор за нормативна дејност, обуки и меѓународни односи), 2017.
8. Факиќ, Сабина. Намалување на корупцијата во јавните набавки преку засилена контрола. Скопје: Македонски центар за меѓународна соработка (МЦМС) и Транспарентност Македонија (ТМ), 2015.
9. Шаклева, Виолета. Казнено-правни аспекти на злоупотребата на јавните набавки во Р. Македонија. Штип: 2-ри Август, 2014.
10. Кривичен законик, Службен весник на РМ, бр.37/96.
11. Закон за спречување на корупцијата, Службен весник на РМ, бр.28/02.
12. Закон за спречување на корупцијата и судирот на интереси, Службен весник на РМ, бр.12/19.
13. Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.26/98.
14. Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.19/04.
15. Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.136/07.

16. Закон за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.24/19.
17. Закон за измена и дополнување на Законот за јавните набавки, Службен весник на РМ, бр.130/14.
18. Уредба за јавни набавки, Службен весник на РМ, бр.64/96.

УЛОГАТА НА СИСТЕМОТ НА СОЦИЈАЛНА ЗАШТИТА ВО ПОСТАПУВАЊЕ СО ДЕЦА – ЖРТВИ НА СЕКСУАЛНА ЗЛОУПОТРЕБА

Александра Роглева

Асистент на Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип

Е-маил: aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk

Елена Максимова

Доцент на Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип

Е-маил: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Апстракт

Системот на социјална заштита е динамична категорија која веќе подолг временски период во континуитет трпи промени со цел прилагодување на новиот општествен контекст и актуелните проблеми кои ги наметнува современото живеење. Брзата индустријализација, сиромаштијата и ограничениот пристап до социјалните услуги понекогаш ги лишува семејството и примарната мрежа на социјална заштита, од можноста да обезбедат квалитетна и навремена грижа кога станува збор за потребите на своите членови, а особено за децата. Токму поради тоа, центрите за социјална работа како старателски органи и основни служби за социјална заштита во локалната заедница, се најповикани да обезбедат помош и поддршка на деца на кои им е загрозен развојот како резултат на различни облици на злоупотреба, но и да преземаат превентивни активности со цел да се спречи настанување на виктимизација.

Оттука, основната идеја на трудот е да се направи детален преглед на овластувањата кои ги имаат центрите за социјална работа при постапување со деца - жртви на сексуално насилство и експлоатација и да се утврди каква е нивната улога и значење во остварување на концептот на детска благосостојба. Во оваа насока, подеднакво ќе бидат разгледани оние овластувања кои според својата содржина може да спречат настанување на кривични дела од ваков вид како би се овозможило рано откривање и третман на детето изложено на ризик од злоупотреба, како и интервентните мерки што центрите се овластени да ги преземаат со цел да обезбедат сеопфатност и континуитет во сите фази на заштита на децата од виктимизација.

Клучни зборови: *сексуална злоупотреба, деца, центри за социјална работа, социјална заштита, третман, рехабилитација*

THE ROLE OF SOCIAL PROTECTION SYSTEM IN DEALING WITH CHILDREN VICTIMS OF SEXUAL ABUSE

Aleksandra Rogleva

Asistant, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

E-mail: aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk

Elena Maksimova

Assistant professor, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

E-mail: elena.ivanova@ugd.edu.mk

Abstract

The social protection system is a dynamic category that has been continuously changing for a long time in order to adapt to the new social context and the current problems imposed by modern living. The rapid industrialization, the poverty, and the limited access to social services, sometimes deprive the family and the primary social security network of the opportunity to provide quality and timely care when it comes to the needs of their members, especially children. That is why Social work centers as guardianship authorities and basic social protection services in the local community are most called upon to provide assistance and support to children with endangered development as a result of various forms of abuse, but also to take actions in order to prevent the occurrence of victimization.

Hence, the basic idea of this paper is to provide a detailed overview of the Social work centers authorizations in dealing with children victims of sexual violence and exploitation and to determine their role and importance in realizing the concept of child welfare. In this regard, the authorizations that according to their content can prevent the occurrence of this type of crimes in order to enable early detection and treatment of the child exposed to risk of abuse, will be equally considered as well as the intervention measures that the centers are authorized to take on, in order to ensure comprehensiveness and continuity in all phases of child protection from victimization.

Keywords: *sexual abuse, children, social work centers, social protection, treatment, rehabilitation*

Вовед

Сексуалната злоупотреба на деца е исклучително комплексна и феноменолошки - специфична појава која според содржината на поведенијата што ја сочинуваат се смета за една од најтешките манифестни форми на насилство врз децата и злоупотреба на нивниот биолошки и општествен статус. Историската димензија на проблемот говори дека станува збор за крајно сериозен облик на криминалитет кој има свои корени многу одамна, но во изминатата деценија е особено актуелен, првенствено поради алармантното зголемување на бројот на пријавени случаи на деца - жртви на сексуално насилство, а потоа и заради готовноста на целокупната јавност отворено да зборува за реалните состојби во насока на нивно надминување. Злоупотребата и експлоатацијата на

деца за сексуални цели станува глобален феномен, а особено загрижувачки е фактот дека голем дел од ваквите случувања остануваат непознати за јавноста и институциите на системот надлежни за заштита на детските права. Токму поради тоа, на денешниот степен на научни сознанија, ваквиот облик на виктимизација останува една од најфлагрантните повреди на детските права што генерира растечка загриженост во современите, демократско уредени општества и неминовно наметнува потреба од вложување на сите општествени потенцијали во насока на изнаоѓање решение на проблемот. Клучно во напорите за обезбедување правовремена и ефективна заштита на најмладите е сервисирање на задоволителен број институционални услуги во интерес на нивната благосостојба, а кои ќе овозможат доследно имплементирање на законските обврски и универзалните меѓународни стандарди за детските права. Притоа, кога детето станува жртва на определен облик на неправо како што се сексуалната злоупотреба и експлоатација, потребно е ангажирање на дополнителни механизми на институционална заштита кои во рамки на своите овластувања треба да му обезбедат оптимално згрижување и остварување на правото на рехабилитација, третман и заштита. За жал, на денешниот степен на достигнувања, повеќе внимание се посветува на механизмите за репресивно дејствување врз сторителите и другите модалитети за сузбивање на сексуалното насилство врз деца, додека прашањето за помош на децата - жртви преку практикување на различни облици третман и рехабилитација непосредно по преживување на злоупотребата, е многу актуелно, но со незначителна имплементација во пракса. Сепак, мора да се признае дека од неодамна политичкиот притисок инициран од потребите што ги наметнува реалноста, во голема мера почнува да влијае на профилот на жртвата, овозможувајќи признавање на нејзините специфични потреби¹ и нагласувајќи ја важноста на институционалните услуги за самите жртви.

Во севкупната институционална рамка за одговор на проблемот, системот на социјална заштита е несомнено најзначаен, не само поради неговата улога во остварувањето на развојниот процес кај детето, туку и според изворноста на овластувањата што ги имаат центрите за социјална работа како основен облик на институционално згрижување и третман во оваа област. Социјалната заштита се остварува преку спроведување на мерки за превенција од настанување и намалување на последиците од социјалните ризици за граѓаните, обезбедување на парични права од доменот на социјалната заштита и воспоставување и развој на услугите од доменот на социјална заштита (услуги на стручна работа од страна на стручни лица и стручни тимови, сместување во установа за институционална или вонинституционална заштита и сл.² Во оваа насока,

¹ Повеќе за ова: Камбовски, Владо. et al. *Коментар на законот за правда за децата со практикум*. Скопје: Совет за превентива против малолетничка деликвенција - Кавадарци, 2018, стр.345-371.

² Спасовска, Софија. et al. *Прирачник за развој на социјални услуги за ранливите групи во*

мора да потенцираме дека станува збор за исклучително динамична категорија која веќе подолг временски период во континуитет трпи промени со цел прилагодување на новиот општествен контекст и актуелните социјални проблеми кои ги наметнува современото живеење.³ Имено, процесот на глобализација сè повеќе го зема својот замав, а семејството како основна општествена клетка значително губи од првобитното значење во поглед на можноста за остварување на заштитната функција. Ваквата состојба неминовно ја наметнува потребата за спроведување на низа реформски процеси во областа на социјалната заштита, како и усвојување на нови принципи и методи на работа кои се квалитативно различни во зависност од целните групи на кои се имплементираат и нивните потреби за помош, заштита и третман. Предлозите за реформа на системот на социјална и детска заштита беа изготвени како резултат на претходно спроведена компаративна анализа на релевантна правна регулација во повеќе развиени европски држави, како и длабинска квантитативно-квалитативна анализа на состојбите во нашата земја.⁴

Имајќи го предвид сето погоренаведено, теоретскиот преглед што следува треба да даде одговор на прашањето какви се значењето, улогата и овластувањата на современиот систем за социјална заштита во Р. Северна Македонија во делот на згрижување и третман на деца – жртви на сексуално насилство и експлоатација, но и заштита на деца кај кои поради различни околности постои зголемен ризик да станат жртви на злоупотреба од ваков вид. Основната цел е да се утврди каков е институционалниот одговор на проблемот во овој домен преку анализа на применливите механизми на заштита и постигнатите резултатите од нивната примена во пракса.

Надлежности на Центрите за социјална работа во постапување со деца – жртви на сексуална злоупотреба или деца кои се во ризик да станат жртви

Како старателски орган и основна служба за социјална заштита во локалната заедница, Центарот за социјална работа е овластен да обезбеди помош и поддршка на деца на кои им е загрозен развојот како резултат на преживеаната сексуална злоупотреба. Токму поради тоа секое сомневање дека детето е изложено на злоупотреба од ваков вид или е со зголемен ризик да биде сексуално злоставувано, треба да се пријави во месно надлежниот центар за

локалните заедници. Скопје: Министерство за труд и социјална политика, 2013, стр.9.

³ Повеќе за ова во: *Национална програма за развој на социјалната заштита 2011-2021.* Скопје: Министерство за труд и социјална политика, 2010, стр. 4-7.

⁴ Богоевска, Наташа, Сузана Борнарова и Маја Геровска-Митев. *Социјалната заштита во Македонија: Регулатива и практика.* Скопје: Министерство за труд и социјална политика, 2019, стр.9.

социјална работа.⁵ Се разбира, во вакви случаи подеднакво овластување за постапување имаат и органите на полицискиот прогон, така што пријавата може да се достави и до подрачното одделение на СВР кое понатаму во соработка со надлежниот центар ќе ги координира чекорите кои треба да се преземат со цел да се обезбеди навремена интервенција и заштита на детето - жртва.

Основните овластувања на центрите за социјална работа се состојат во пружање на стручно - советодавна, материјална и правна помош на деца - жртви и членовите на нивното потесно семејство, упатување на услуги кои ги пружаат други надлежни институции, помош во остварувањето на родителското право и надзор над вршењето на истото во случаи кога е утврдено дека тоа влијае на зголемување на ризикот од злоупотреба или се одразува на состојбата на детето - жртва на сексуална злоупотреба, издвојување на детето од семејната средина и негово згрижување во соодветни институции кога со оглед на околностите на случајот тоа е во прилог на најдобрите детски интереси, преземање на мерки и активности за зголемување на свесноста за сериозноста на проблемот и промовирање на мерки за постигнување на социјална благосостојба. Активностите што ги преземаат центрите во рамки на законските овластувања, а во насока на остварување секундарна заштита на деца од феноменот на сексуална злоупотреба, може да се поделат во две поголеми групи:

- Превентивни активности кои се преземаат *ex ante* и
- Интервентни активности кои се преземаат *post festum*.

Превентивна социјална работа на ЦСР - Законот за социјална заштита, покрај бројните мерки од интервентна природа, предвидува и преземање на мерки со кои се обезбедува превентивна социјална заштита. Овде првенствено се мисли на активности кои според својата содржина може да спречат настанување на кривични дела од областа на половиот морал и половата слобода на штета на децата, но и да придонесат за рано откривање и третман на детето изложено на злоупотреба со цел полесно надминување или ублажување на последиците од состојбата на виктимизација. Превентивното дејствување од ваков вид воглавно се сведува на едукативно - советуваљивна работа за тоа како да се препознае потенцијална опасност од злоупотреба, развивање на формите на самопомош, волонтерска работа со лично ангажирање и примена на други методи кои соодветствуваат со потребите на децата како најранлива категорија во рамки на корисниците на социјална заштита.⁶ Сепак, и покрај општата законска

⁵ Здравствените, социјалните, воспитно - образовните и сите други установи, организации и поединци имаат право и обврска да пријават во надлежните центри за социјална работа доколку имаат сознанија за определен случај на сексуално насилство или експлоатација на деца. Оваа обврска важи подеднакво и за полицијата, јавното обвинителство или судот во сите случаи кога први ќе осознаат за случаите на злоупотреба.

⁶ Социјална превенција. Пристапено на 09 Јуни 2020, <http://mtsp.gov.mk/uslugi-ns_article-socijalna-prevencija.nsp>.

тенденција за актуелизирање на превенцијата како посебно важен облик на социјална заштита, заради преоптовареност на центрите за социјална работа со нудењето на друг вид социјални услуги кои во најголем дел се од интервентна природа, превентивната работа неоправдано се запоставува, што на долг рок има исклучително штетни последици во системот на социјална заштита. Во досегашната пракса, најчесто надлежните во центрите само констатираат одредена повреда, без притоа самоиницијативно да поведат постапка или да делуваат превентивно таму каде што имало услови за тоа. Главната причина за ваквите состојби треба да се бара во континуираниот недостаток на материјални средства и човечки ресурси за превентивни активности и непостоење на подзаконски акти со кои на подетален начин центрите за социјална работа ќе се обврзат да реализираат превентивно ориентирани програми. Во смисла на погоре кажаното, а имајќи ја предвид ограниченоста на капацитетите со кои располагаат, во превентивното дејствување на центрите за социјална работа посебно значајно место има соработката со невладиниот сектор и користењето на ресурсите со кои располагаат овие организации, а во интерес на збогатување на содржините кои придонесуваат кон зголемување на детската благосостојба. Во услови кога државата со расположливите капацитети, не е во можност целосно да управува со состојбите предизвикани од криминалните поведенија, невладиниот сектор претставува значаен фактор во развојот, поддршката, унапредувањето и пружањето на услуги за заштита на посебно ранливи категории, како на локално, така и на национално ниво.⁷ Сепак, мора да констатираме дека и покрај тоа што невладините организации имаат неспорно значење во општествените ангажмани за подигање на свесноста за сериозноста на проблемот, сепак нивниот придонес е ограничен, поради неможноста за нудење на директни советувалишни услуги.⁸ Слабата развиеност на превентивната социјална работа меѓу другото се должи и на непостоењето на јасни протоколи за соработка меѓу релевантните институции на национално, а особено на локално ниво. Имено, Законот за социјална заштита предвидува дека превентивната работа се остварува во ЦСР во соработка со општините, предучилишните, училишните, здравствените установи и другите државни тела, правни и физички лица и здруженија на граѓани, што значи дека центрите

⁷ Повеќе за ова: Давитковски, Борче, Ана Павловска – Данева и Драган Гоцевски. „Перспективите на НВО секторот во вршењето на јавни услуги во Република Македонија“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (2011): 347-364.

⁸ Во пракса проблемот се појавува како резултат на обврската за регистрирање на установата и исполнување на одредени стандарди за упис во регистарот на МТСП и вршење на дејноста. Од друга страна, законот дозволува физички лица да вршат одредени советувалишни работи, но при имплементација на законските одредби се јавува проблем во однос на прашањето за утврдување на степенот на квалификации на стручните лица и начинот на лиценцирање, како и ширината на услугата која ќе се нуди и нејзината пазарна цена што повлекува одредени финансиски импликации.

како основни единици на социјална заштита треба да имаат водечка улога во остварувањето на превентивниот процес, а останатите институции и поединци се јавуваат како партнери со кои треба да остваруваат активна соработка при имплементирањето на законските одредби.⁹ Сепак, во пракса во најголем дел од Центрите за социјална работа, превентивната едукативно - советуваљшна работа е застапена релативно малку или воопшто не постои. Ова го потврдуваат и резултатите од спроведеното истражување во кое беа вклучени 25 Центри за социјална работа на територијата на Р. Северна Македонија. Според обработените податоци дури 60 % од анкетираниите центри вклучени во истражувањето одговориле дека воопшто не дејствуваат превентивно на полето на сексуалната злоупотреба на деца, а останатите кои спроведуваат превентивни активности во своето работење, не фигурираат како главни на носители на програмите, мерките и активностите од превентивна природа, туку своето учество во превентивниот процес најчесто го сведуваат на делумно партнерство со други институции кои се јавуваат како главни организатори. Досегашното искуство покажува дека центрите за социјална работа најчесто реализираат аналитичко - истражувачка дејност за следење на појавата, а делумно учествуваат во превентивните активности преку делегирање на свои претставници во настани организирани од други институции на локално ниво.¹⁰ Ова недвосмислено укажува на фактот дека и покрај тоа што со Законот за социјална заштита тие се предвидени како главни носители на превентивниот процес, во пракса се забележува сосема поинаква тенденција. Така, како главни носители на превентивни активности, мерки и програми се јавуваат воглавно образовните институции и невладиниот сектор, а центрите за социјална работа преку делегирање на свои учесници се вклучуваат како партнери во имплементацијата на целокупниот процес на едукативно - советуваљшна работа чија основна цел е превенција и заштита на децата од сексуално насилство и експлоатација. Според добиените резултати од истражувањето главни причини за минималното партиципирање на центрите во доменот на превенцијата од сексуална злоупотреба на деца е преоптовареноста со бројни други надлежности кои најчесто се поприоритетни со оглед на нивната интервентна природа, недостатокот на стручни кадри кои се специјализирани за предметната проблематика и непостоењето на механизми за остварување успешна соработка со останатите институции на локално и национално ниво.

Дополнително загрижувачки во врска со актуелните состојби во превентивното дејствување на системот за социјална заштита, е фактот дека определени центри за социјална работа воопшто не работат на полето на

⁹ Член од 25 став 2 од Законот за социјална заштита, „Службен весник на РМ“, бр. 79/09.

¹⁰ Повеќе за ова: *Стандарди и процедури за постапување на Центрите за социјална работа*. Скопје: ЈУ Завод за социјални дејности, УНИЦЕФ, 2014, стр. 26-27.

превенцијата на сексуалната злоупотреба на деца, затоа што до сега немаат регистрирано случаи на пријавени деца - жртви на ваков облик на криминалитет. Според наше видување, ова е сосема погрешна перцепција на работите, поради тоа што непријавувањето на случајот во ЦСР, не значи дека на територијата за која центарот е месно надлежен не постои сексуална злоупотреба на деца. Освен тоа, дури и во оние општини каде злоупотребата на деца за сексуални цели бележи мало учество во вкупниот криминалитет, потребно е континуирано да се делува на зајакнување на свеста за сериозноста на проблемот и модалитетите за препознавање и заштита на децата од сексуалните престапници. Ова особено, ако се земе предвид фактот дека сексуалното насилство врз деца е глобален феномен кој во голема мера ги уназадува општествените напори за унапредување на детскиот развој, така што сосема е неодговорно и неоправдано да се чека злоупотребата да се случи за да се отпочне со превентивно дејствување.

Интервентна социјална работа на ЦСР - Спектарот на интервентни мерки кои се применуваат на деца во социјален ризик, а кои се во надлежност на институциите за социјална заштита е навистина широк. Овде спаѓаат пружањето стручна помош на децата - жртви и на нивните родители, преземање на правно - општествени мерки против родителите во случаите кога ги занемаруваат или загрозуваат детските права, иницирање на судски постапки за заштита на правата на децата и застапување на нивните интереси во тие постапки, како и упатување на стручна помош која може да ја обезбедат други установи и поединци во рамки на законските овластувања. Центарот за социјална работа како основна служба за социјална заштита која истовремено има функција на старателски орган, треба да обезбеди сеопфатност и континуитет во сите фази на заштита на децата на кои поради злоставување и запоставување им е доведен во прашање нормалниот психофизички развој. Кога станува збор за сексуалната злоупотреба на деца, центрите имаат клучна улога во утврдувањето на статусот на жртвите и потребите кои произлегуваат од состојбата на виктимизација или како резултат на одредени ризични состојби во кои се наоѓаат децата во рамките на семејството или надвор од него.¹¹ Посебно е важен процесот на процена на ризикот кој првенствено опфаќа мерки за утврдување на обликот, интензитетот и последиците од злоставувањето, а потоа и определување на потребите и можностите за третман.¹² Процената секогаш се спроведува по пат на тимски интердисциплинарен пристап кој подразбира собирање и размена на податоци помеѓу сите надлежни институции, служби и органи. Сепак, досегашните сознанија укажуваат на тоа дека во пракса Центрите за социјална работа немаат

¹¹ Повеќе за ова: *Протокол за соработка меѓу надлежните институции во случаи на сексуална злоупотреба на деца и педофилија*. Скопје: Министерство за труд и социјална политика, стр.3-5.

¹² Повеќе за ова: *Стандарди и процедури за постапување на Центрите за социјална работа*. Скопје: ЈУ Завод за социјални дејности, УНИЦЕФ, 2014, стр. 32-34.

речиси никаква улога во идентификацијата на деца во ризик од сексуална злоупотреба преку нивно лично залагање и работа на терен, туку за ваквите случаи најчесто осознаваат по добивање на пријава од полициските органи.¹³

Како стручна служба и орган кој се грижи за заштита на детските права и интереси, центарот се социјална работа има значајна улога и во обезбедувањето на адекватен кривично - правен третман на децата - жртви на злоставување. Тоа подразбира соработка со органите на кривичниот прогон кои според своите надлежности имаат ингеренции во остварувањето на детската заштита, поднесување кривични пријави во подрачните единици на МВР и Јавното обвинителство, соработка со полицијата и јавното обвинителство во процесот на собирање податоци во врска со извршеното дело, давање на стручно мислење на јавното обвинителство и судот за кривичното дело, околностите под кои е извршено и последиците врз детето, како и за способноста на детето да сведочи и да се произнесе пред судот во врска со доживеаниот настан. Во оваа насока, една од најзначајните обврски на органите за социјална заштита по преживеаната злоупотреба е подготвување на детето за појавување пред органите на судството заради процесуирање на кривично - правниот настан.¹⁴ Ова од причина што појавувањето на жртвата пред судот претставува дополнителна траума која се зголемува како резултат на неизвесноста и долгото времетраење на судската постапка. Денес сè уште не постојат специјализирани програми за едукација и практична подготовка на детето - жртва за појавување пред суд и учество во кривичната постапка, а улогата на центрите во целокупниот процес најчесто завршува со доставување на потребните информации до полициските органи, надлежното обвинителство или судот. Така, речиси и да не се забележани случаи на активно учество на социјалните работници во постапките пред судот или во обезбедување помош, поддршка и социјална заштита по завршување на судењето.

Покрај тоа, центрите за социјална работа преку своето дејствување треба да ги зајакнуваат капацитетите на семејството во однос на грижата и заштитата на детето, да вршат стручен и континуиран надзор над родителското право и да практикуваат советодавна и интердисциплинарна тимска работа првенствено со детето - жртва, а потоа и со неговите родители/старатели доколку тоа е потребно со оглед на околностите на случајот. Поддршката за успешно остварување на процесот на ресоцијализација и социјална адаптација, најчесто се ефектуира преку изготвување на индивидуален план за работа со семејството и детето, со постојано следење и евалуација на планираните активности и постигнатите

¹³ Така и: Чачева, Виолета, Стојанка Мирчева. *Запоставени и жигосани - Анализа на состојбата: Сексуална злоупотреба на деца*. Скопје: Канцеларија на УНИЦЕФ, 2010, стр. 61-62.

¹⁴ Zegarac, Nevenka. et al. *Zastita deteta od zlostavljanja: Prirucnik za centre za socijalni radi druge sluzbe u lokalnoj zajednici*. Beograd: Jugoslovenski Centar za prava deteta, 2001, стр.153.

резултати.¹⁵

Целокупното постапување со детето додека трае постапката во Центарот за социјална работа¹⁶ се документира во писмена и електронска форма преку дополнување на првичните и внесување на нови информации во единствената електронска база на податоци за лица во ризик и корисници на социјални услуги - ЛИРИКУС.¹⁷ Врз основа на досега внесените податоци во неа, заклучно со 31.12.2019 година регистрирани се вкупно 136 активни досиеја на деца – жртви на сексуална злоупотреба на ниво на цела држава, од кои 111 девојчиња и 25 момчиња.

Актуелни состојби во работењето на Центрите за социјална работа

Истражувачките резултати базирани на добиените одговори од Центрите за социјална работа покажуваат дека при постапувањето со деца - жртви се имаат предвид обврските од корпусот на закони за детска заштита, но законските овластувањата се остваруваат во онаа мера колку што тоа го дозволуваат можностите и расположливите ресурси во пракса. Сите центри, без исклучок се имаат произнесено дека во работењето со дете - жртва на сексуална злоупотреба ги применуваат стандардите и процедурите за постапување на Центрите за социјална работа (Процедура за постапување со деца - жртви на сексуална злоупотреба и педофилија), што е впрочем и нивна законска обврска.

Во делот на дадените услуги од страна на стручните работници во центрите за социјална работа за оваа категорија на корисници, состојбата на најчесто применувани услуги е следната:

Во сите случаи задолжително се применува стручно - советодавна работа која најчесто опфаќа разговор, психосоцијална помош и поддршка од страна на вработени лица од ЦСР (психолози, педагози, правници и социјални работници);

Во најголем број од случаите каде постои основано сомнение дека се работи за дете - жртва на кривичното дело „родосквернавање“ или постојат индикации дека родителите/старателите или други блиски членови на семејството се

¹⁵ Повеќе за ова: *Стандарди и процедури за постапување на Центрите за социјална работа*. Скопје: ЈУ Завод за социјални дејности, УНИЦЕФ, 2014, стр. 39-43.

¹⁶ Процедурите за постапување на Центарот за социјална работа со деца - жртви на сексуална злоупотреба и педофилија се дел од Стандардите и процедурите за постапување на Центрите за социјална работа, објавени од ЈУ Завод за социјални дејности, стр.28-43.

¹⁷ Електронска база на податоци за лица во ризик и корисници на социјални услуги (ЛИРИКУС) значи воведување на изедначена електронска евиденција на корисниците на социјални услуги, евидентирани во сите центри за социјална работа на територијата на Р. Северна Македонија. Со неа се воспоставени 30 локални и 1 национална база за корисниците на социјалните услуги на национално ниво. Базата овозможува во секое време да се добие извештај за бројот на евидентирани лица во дефинирани социјални ризици, вклучително и за деца - жртви на сексуална злоупотреба кои се евидентирани во месно надлежните центри за социјална работа.

вклучени во злоупотребата, центрите за социјална работа покренале постапка за надзор над родителското право;

Во помалку од 10 % од евидентираните случаи применети се мерки на помош и заштита согласно регулативата која предвидува обврска за мултисекторска соработка, како и психо - социјална интервенција/третман од страна на специјализирани установи надвор од услугите кои ги дава центарот. Имено, центрите соработуваат со образовните и здравствените организации, како и со органите на кривичниот прогон, но во најголем дел од евидентираните случаи тоа е во насока на обезбедување на информации за комплетирање на досието и понатамошно пренесување на надлежностите на полицијата и јавното обвинителство;

Процентуално најмалку се застапени случаите кога центрите интервенираат во насока на обезбедување сместување на детето во згрижувачко семејство или институциите на системот, со цел да се изолира детето од средината во која било злоставувано;

Сосема е мала и процентуалната застапеност на случаи во кои центрите имаат преземено мерки за сместување на деца - жртви во Јавната установа за згрижување на деца со воспитно - социјални проблеми - Скопје и СОС Детско село - Скопје. Имено, вакви случаи се констатирани во пракса, но споредено со вкупниот број на деца - жртви кои биле третирани во рамки на надлежните центри за социјална работа, бројот на оние кои биле институционално згрижени е релативно мал.

Во пракса, регистрирани се и случаи каде непосредно по констатираната злоупотреба не се преземени никакви мерки на помош од страна на Центрите за социјална работа, бидејќи родителите одбивале соработка.

Во ниту еден центар за социјална работа на национално ниво не постои специјализирано одделение за работа со деца - жртви на сексуална злоупотреба, а предметите се распоредуваат по случаен избор кај стручен соработник од расположливиот стручен кадар. Во речиси сите центри еден ист стручен тим е задолжен за работа со сите ранливи категории, а само во мал дел постојат посебни служби за работа со деца и малолетници, независно дали се јавуваат во својство на носители или жртви на противправни поведенија. Ова се разбира, е чекор напред во напорите за специјализација на кадрите во ЦСР, бидејќи и покрај тоа што не постои посебно одделение кое ќе се бави исклучиво со проблематика поврзана со деца - жртви на сексуална злоупотреба, сепак предвидени се посебно остручени и специјализирани кадри за работа со децата воопшто, како посебна општествено - развојна категорија со потреби за интервенција, третман и заштита кои се квалитативно различни од оние на возрасните. Такви се Центрите за социјална работа во Скопје, Куманово и Гостивар.

По однос на прашањето за финансиските капацитети со кои располагаат и дали истите се доволни за извршување на сите надлежности предвидени со закон,

70% од анкетираниите Центри за социјална работа се произнесле дека во моментот државата не издвојува доволно средства кои им се потребни за остварување на континуитет во работењето и навремено и квалитетно опслужување на корисниците кои имаат потреба од определен облик социјална заштита. Во услови кога постојано се зголемуваат обврските за работа со социјално ранливи категории, а центрите располагаат со исти финансиски средства како и претходно, се доведуваат во состојба надлежностите кои ги имаат со закон, да ги остваруваат делумно, неквалитетно и без континуитет во работењето. Притоа, особено е важно да се нагласи дека недостигот од финансиски средства е проблем не само за спроведување на новите надлежности и обврски, туку и за оние постоечките, бидејќи моменталните технички, материјални и просторни ресурси на институциите не даваат гаранција за брзо, квалитетно и навремено решавање на проблемите. Кога станува збор за институционалните можности на центрите, анализата на моменталните состојби покажува дека е потребно долгорочно инвестирање во оспособување и специјализирање на стручните кадри за работа со деца - жртви на сексуална злоупотреба и опремување на посебни простории за оваа намена со визуелно - тонски и други технички средства за комуникација.

Особено важно во анализата на предметната проблематика е прашањето за времетраењето на активната постапка што ја водат центрите во насока на заштита на правата на детето - жртва, односно содржината на активностите кои ги преземаат во рамки на законските овластувања. Како што беше погоре наведено, активностите на ЦСР за конкретен случај на сексуална злоупотреба на деца најчесто завршуваат со доставување на документација до органите на МВР, судот или надлежното јавно обвинителство. Само во мал процент од анализираните случаи постапката за пружање заштита на детето е сè уште активна (т.е. детето е сместено во институција или во згрижувачко семејство) или правата од социјална заштита детето ги остварува преку друга служба на ЦСР.

Критички осврт на состојбите на национално ниво (искуства, ставови и мислења на кадрите од ЦСР)

Со цел утврдување на состојбите на национално ниво преку споделување на искуства, ставови и мислења на раководниот и стручниот кадар во ЦСР, беше спроведено истражување во кое беа вклучени сите 30 центри за социјална работа на територијата на Р. Северна Македонија. Од нив 25 одговорија на анкетниот прашалник и меѓу другото се произнесоа во врска со актуелните состојби во функционирањето на системот за социјална заштита, а дадоа и свои препораки, сугестии и забелешки кои се однесуваат на законските решенија и праксата за заштита на деца - жртви на сексуална злоупотреба.

Во однос на прашањето за институционалното прифаќање на овие деца, речиси сите се едногласни во сфаќањето дека со нив треба да работи специјализиран тим во рамките на посебно одделение за работа со деца - жртви на сексуална злоупотреба кој подолго време во континуитет ќе остварува средби и консултации со самите жртви, но и нивните родители. Според професионалците кои се директно вклучени во остварувањето на социјалната заштита на деца - жртви, особено е важно правилно да се проценува степенот на доживеаната траума и стрес, па како резултат на тоа соодветно да се третира детето кое има потреба од помош и заштита.

Меѓу другото, неопходно е зголемување како на специјализираните човечки ресурси, така и на финансиските капацитети со кои располагаат центрите, бидејќи во услови на мултиплицирање на надлежностите и работата со различни категории ранливи групи, расположливите ресурси ниту од далеку не ги задоволуваат основните стандарди на социјалната заштита. Професионалниот статус и идентитет на социјалните работници/психолози/педагози кои работат со деца - жртви на сексуално насилство и експлоатација исто така значително треба да се подобри, со цел сосема да се утврдат и искристализираат нивната улога и овластувања во обезбедување на севкупната благосостојба на детето. Генерално, недостасува специфична обука за препознавање на жртви на сексуална злоупотреба на деца, постапување со дете - жртва и взаемна соработка меѓу институциите на системот.¹⁸ Недостасуваат и материјални и технички капацитети, а особено е истакната потребата од посебно адаптирани простории за работа со деца - жртви, прилагодени на нивните потреби и се разбира, возраст. Покрај тоа во центрите за социјална работа отсутува јасна внатрешна организациона структура, со детално определени надлежности на стручниот кадар и механизми за доследно спроведување на процедурите за постапување со деца - жртви. Во насока на независно следење на состојбите во доменот на социјалната заштита на деца, допрва треба да се развиваат и соодветни стандарди и дисциплински постапки, како и други механизми за утврдување одговорност кои во моментот се многу слаби и неефикасни. Системите за следење на квалитетот на услугите кои ги нудат центрите во голема мера се неадекватни, па поради тоа потребно е воведување на механизми за обезбедување квалитет кои ќе овозможат навремено, ефикасно и недискриминирачко давање услуги за социјална заштита во рамките на месно надлежните центри.

Дополнително, еден од најсериозните пропусти кои се констатирани во моменталниот систем на социјална заштита на деца - жртви на сексуална злоупотреба, е непостоњето на прифатни центри за згрижување на децата во

¹⁸ Така и во: *Правата на децата и граѓаните низ призмата на економско социјалните права во Македонија – 20 годишнина на Конвенцијата за правата на детето (Мониторинг на центрите за социјална работа)*. Скопје: Хелсиншки комитет за човекови права во Република Македонија, 2019.

рок од 24 часа, непосредно по преживувањето на трауматското искуство од злоупотребата.

Заклучни согледувања

Досегашните сознанија за феноменот на сексуална злоупотреба на деца со сигурност потврдуваат дека за надминување на моменталните состојби не е доволна интервенција само во законските прописи, туку постоење на добра волја и подготвеност истите да се спроведуваат во пракса и креирање на мултисекторски општествен систем на заштита кој подеднакво ќе ги вклучи сите институции на системот што може да придонесат кон унапредување на детската благосостојба.

Улогата на центрите за социјална работа како старателски органи и основни служби за социјална заштита во локалната заедница е да го иницираат и координираат севкупниот процес на заштита на децата, што во суштина е еден, единствен процес, но во него партиципираат различни системи, од кои секој има свои особености, придонес и улога во неговото остварување. Притоа, распределбата на улогите на сите учесници во системот на детска заштита треба да претставува основа за навремена идентификација, проценка и собирање на податоци и обезбедување на соодветни социјални и семејно - правни мерки чија цел е спречување на злоупотребата или ублажување на трауматските последици од веќе преживеана злоупотреба. Податоците од спроведеното истражување на оваа тема, укажуваат на бројни недоследности во системот за социјална заштита кога станува збор за згрижување и третман на деца - жртви на сексуална злоупотреба. Имајќи ја предвид оваа состојба, неопходно е да се работи на унапредување и зацврстување на соработката меѓу сите институции кои според своите надлежности се засегнати со решавање на проблемот на сексуално насилство, како и подигање на јавната свест особено кај професионалците од оваа област за придобивките од функционалната и успешна соработка помеѓу надлежните институции. Притоа, државата треба да обезбеди соодветни ресурси (финансиски и човечки) за остварување на ваквиот концепт, а професионалците кои работат со децата жртви на злоупотреба и насилство да добијат соодветна обука за откривање, известување и постапување при случаи на злоупотреба на деца.¹⁹ За постигнување на оптимални резултати пожелно е да се работи на развивање механизми и концепти за примена на мултидисциплинарен специјализиран третман на деца - жртви што ќе се спроведува на локално ниво. Ова особено поради тоа што социјалните услуги според досегашните меѓународни искуства, се покажуваат како најефикасни, најекономични и најкорисни кога се дизајнираат и имплементираат согласно локалните потреби на граѓаните и со користење на локалните капацитети и ресурси.

¹⁹ Давитковски, Борче. *Компаративен преглед на домашното законодавство и Конвенцијата за правата на детето*. Скопје: Министерство за правда, 2010, стр. 43.

Сето погоренаведено недвосмислено го потврдува фактот дека непостоењето на ефикасен систем за социјална заштита ги оневозможува децата целосно да ги уживаат своите права на опстанок, развој и прераснување во успешни и корисни членови на општеството. На денешниот степен на достигнувања, учеството на центрите за социјална работа во справувањето со сексуалното насилство врз деца е сè уште во голема мера ограничено, па поради тоа и покрај нивното есенцијално значење во оваа област, тие не се препознатливи во пошироката општествена заедница како главни промотори на детската заштита кога станува збор за овој облик на криминалитет. Токму поради тоа неопходна е високоразвиена свест за значењето и улогата на социјалните установи во управувањето со процесот на заштита на деца од сексуално насилство и експлоатација, како би се дефинирале долгорочни и применливи стратегии за подобрување на институционалниот одговор на проблемот.

Користена литература:

1. Богоевска, Наташа, Сузана Борнарова и Маја Геровска-Митев. *Социјалната заштита во Македонија: Регулатива и практика*. Скопје: Министерство за труд и социјална политика, 2019.
2. Давитковски, Борче, Ана Павловска – Данева и Драган Гоцевски. „Перспективите на НВО секторот во вршењето на јавни услуги во Република Македонија“. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (2011): 347-364.
3. Давитковски, Борче. *Компаративен преглед на домашното законодавство и Конвенцијата за правата на детето*. Скопје: Министерство за правда, 2010.
4. Камбовски, Владо. et al. *Коментар на законот за правда за децата со практикум*. Скопје: Совет за превентива против малолетничка деликвенција - Кавадарци, 2018.
5. *Правата на децата и граѓаните низ призмата на економско социјалните права во Македонија – 20 годишнина на Конвенцијата за правата на детето (Мониторинг на центрите за социјална работа)*. Скопје: Хелсиншки комитет за човекови права во Република Македонија, 2019.
6. Спасовска, Софија. et al. *Прирачник за развој на социјални услуги за ранливите групи во локалните заедници*. Скопје: Министерство за труд и социјална политика, 2013.
7. Чачева, Виолета, Стојанка Мирчева. *Запоставени и жигосани - Анализа на состојбата: Сексуална злоупотреба на деца*. Скопје: Канцеларија на УНИЦЕФ, 2010.
8. Zegarac, Nevenka. et al. *Zastita deteta od zlostavljanja: Prirucnik za centre za socijalni radi druge sluzbe u lokalnoj zajednici*. Beograd: Jugoslovenski Centar za prava deteta, 2001.

9. Закон за социјална заштита, „Службен весник на РМ“, бр. 79/09.
10. *Стандарди и процедури за постапување на Центрите за социјална работа*. Скопје: ЈУ Завод за социјални дејности, УНИЦЕФ, 2014.
11. *Протокол за соработка меѓу надлежните институции во случаи на сексуална злоупотреба на деца и педофилија*. Скопје: Министерство за труд и социјална политика.
12. *Национална програма за развој на социјалната заштита 2011-2021*. Скопје: Министерство за труд и социјална политика, 2010.
13. Социјална превенција. Пристапено на 09 Јуни 2020, <http://mtsp.gov.mk/uslugi-ns_article-socijalna-prevencija.nspx>.

АКТУЕЛНАТА СОСТОЈБА ВО РЕГУЛИРАЊЕТО НА НАЦИОНАЛНИОТ ПАЗАР НА ПРИРОДЕН ГАС

Зорица Силјановска

Вонреден професор, ФОН Универзитет - Скопје

Е-маил: zorica.siljanovska@fon.edu.mk

М-р Круме Цикоски

Е-маил: dzikoskikrume@yahoo.com

Апстракт

Во последниве неколку децении, на глобален план, севкупниот развој наметна потреба од изнаоѓање и употреба на енергенци кои треба да бидат економични, при тоа, нивната употреба да резултира со зголемена продуктивност и да се води грижа истите да не се штетни за човекот и животната средина. Во таа смисла се смета дека природниот гас како енергенс во голема мера ги задоволува овие услови. Актуелизирањето на прашањата поврзани со природниот гас и согледувањето на бенефитот од него иницираше зголемување на потребите од страна на потрошувачите, а сето тоа заедно ја засили потребата од нормативно регулирање на оваа област кај националните законодавства во државите. Со самиот почеток на користење на природниот гас се појавува потребата од организирање на пазар на природен гас и негово регулирање, односно правно нормирање на условите и односите помеѓу субјектите инволвирани во овој пазар. Развојот на пазарот на природен гас е насочен кон унапредување на постоечките услови и веќе воспоставените правила. Развојот на пазарот на природен гас во секоја држава-членка и држава-кандидат за членство во Европската унија директно е условено со имплементација на директивите и регулативите на Европската унија кои се однесуваат на оваа област и чија крајна цел е создавање на отворен пазар.

Клучни зборови: *пазар на природен гас, регулирање, Закон за енергетика, директиви, регулативи*

THE ACTUAL STATE IN THE REGULATION OF THE NATIONAL NATURAL GAS MARKET

Zorica Siljanovska

Associate professor, FON University - Skopje

E-mail: zorica.siljanovska@fon.edu.mk

M.Sc. Krume Djikoski

E-mail: dzikoskikrume@yahoo.com

Abstract

In the last few decades, globally, the overall development has created the need of finding and using energy fuels that should be economical and their use to result in increased productivity, taking care they are not harmful to people and the environment. In this regard, it is considered that natural gas an an energy fuel greatly satisfies these conditions. The actualization of natural gas related issues and the perception of its benefits have initiated an increase in the consumers needs and all this together has strengthen the need of normative regulation of this field in the national legislations in the countries. With the very beginning of using natural gas, the need to organize and regulate the natural gas market arises, that is, normative regulation of the terms and relations between the entities involved in this market. The development of the natural gas market is aimed at improving the existing conditions and the already established rules. The development of the natural gas market in each member-state and candidate country for EU membership is directly conditioned by the implementation of the directives and regulations of the European Union relating to this field and whose ultimate goal is to create an open market.

Keywords: *natural gas market, regulation, Energy law, directives, regulations*

Дефинирање на природниот гас и пазарот на природен гас

Природниот гас денес е едно од најважните гасни горива и еден од најважните енергенси. Неговиот состав претставува смеса на јаглеворододи, од кои доминира метанот со количина од над 90% во споредба со другите составни гасови. Благодареејќи на фактот што главната состојка е метанот, во споредба со останатите фосилни горива има најмал коефициент на емисија на јаглерод диоксид по единица ослободена енергија и затоа се смета дека природниот гас е еколошко гориво. Според најзастапената дефиниција која се сретнува во приписите кои го регулираат пазарот на природен гас, природниот гас е смеса на јагленоворододи, во која главна состојка (компонента) е метан во гасна состојба, кој се добива од земјата во природна состојба или заедно со течни јагленоворододи.

Пазарот на природен гас се дефинира како организиран начин на купување и продавање на природен гас врз основа на понудата и побарувачката, со примена на услови и постапки пропишани со закон.

Со оглед на наведеното, природниот гас не треба да се сфати единствено како енергенс, туку како основа од која произлегува сложен пазар кој претставува област која во себе ги апсорбира производството, преносот, снабдувањето и потрошувачката.

Улогата на државата во регулирањето на пазарот на природен гас и создавањето на услови за негов развој

Улогата на државата во регулирањето на пазарот на природен гас е неопходна за да се воспостави и одржува систем на стандардни мерки од законодавна, извршна и контролна природа, кои ги спроведуваат надлежните државни институции и учесниците на пазарот со цел да може да се стабилизира и прилагоди постоечкиот систем на променливи услови. Потребата од регулација произлегува од текот на општествените процеси во една држава и од обврските од склучените меѓународни договори.

Објективна можност за да пристапи државата кон регулација се појавува кога се постигнува одредено ниво на развој и концентрација на производството и капиталот. Неопходноста која ја претвора оваа можност во реалност е растот на проблемите и тешкотиите кои треба да ги реши законодавството.¹

Државата, пред се, треба да биде независна од било какви влијанија во процесот на регулација. Во реалноста можат да се јават отстапувања бидејќи најчесто има борба за влијание меѓу различни групи на интерес, лобирањето може да биде широко распространето, може да има случаи на корупција и слично. Сепак, учеството на државата во регулирањето треба да функционира според правилата, а не според исклучоците.

Улогата на државата во регулирањето на пазарот на природен гас треба да постигне ефикасност на целите преку што значително влијае на создавањето на услови за негов развој. Законодавството треба да биде ефикасно средство за решавање на проблемите на различни нивоа и елиминирање на пречките за остварување на слободен пазар на природен гас. Најзначајното, како и за се друго, е обезбедување на поволна средина во која што владеењето на правото е загарантирано.

Државата преку законодавството треба да го олесни брзиот раст на гасниот сектор, кој вклучува обезбедување на основа за соработка во прекуграничната трговија, стабилна и предвидлива средина која ќе дава поттик за инвестирање во секторот, олеснување на бирократските процедури за започнување и водење на бизнис, да овозможи има конвертибилност на валутата при стабилен и предвидлив валутен курс и каматна стапка, како и пристап до локалното и меѓународно финансирање.

¹ Според: <https://www.ukessays.com/essays/economics/role-of-the-state-in-a-market-economy-economics-essay.php>

Во најдобар случај, треба да бидат јасно поставени и институционализирани следните прашања кои се сметаат како значајни за развој на пазарот на природен гас: сигурност во снабдувањето, отворање на конкурентен пазар, обврска за јавна услуга и заштита на потрошувачите, независен регулатор, транспарентни правила за тарифи, правила за пристап, оперативни правила за управување со системите за пренос и дистрибуција на природен гас, механизми за разрешување на спорови, техничка безбедност и друго.

Државите кога пристапуваат кон меѓународни договори или сојузи, или пак се членки, неминовно е да ја поминат фазата на прифаќање и имплементирање на обврските, пред се, во националните законодавства. Карактеристично за државите-членки на Европската унија и државите кандидати за членство е обврската за имплементација на актите донесени од институциите на Европската унија во сопствените национални законодавства.

Она што е важно во однос на државите апликанти за пристапување и државите кандидати за членство во Европската унија е напредокот во усвојувањето на *acquis communautaire*.² Во случајот со нашата држава, треба да се има во предвид дека согласно аспирациите за членство во Европската унија на 9 април 2001 година во Луксембург е потпишана Спогодбата за стабилизација и асоцијација со Европските заедници и нејзините земји членки (кратенка: ССА)³ која претставува постојната правна рамка која ги регулира односите со Европската унија. Наведената Спогодба овозможува рамка за политички дијалог и ја зајакнува регионалната соработка, го унапредува проширувањето на пазарите и економските односи помеѓу страните и ги воспоставува основите за техничката и финансиската помош.

Европската унија ја има поставено целта за целосно почитување и проширување на *acquis communautaire*, кое е задолжително за државите-членки, а мора да биде и усвоено и од страна на државите апликанти, односно кандидати за членство во Европската унија. Според секундарното законодавство, *Acquis communautaire* во енергетскиот сектор односно поточно во областа која го опфаќа пазарот на природен гас, се состои од:⁴

- Директивата 2009/73/ЕЗ на Европскиот Парламент и на Советот од 13 јули 2009 година за заедничките правила на внатрешниот пазар за природен гас и со која се укинува Директива 2003/55/ЕЗ,

² „*Acquis communautaire*“ претставува заеднички придобивки на Европската унија во поглед на правата и на обврските на земјите-членки на ЕУ и ги опфаќа сите важечки договори и правни акти. Целосното преземање на *Acquis* е предуслов за членство во ЕУ.

³ Спогодбата за стабилизација и асоцијација со Европските заедници и нивните држави-членки (кратенка: ССА) стапи во сила на 1 април 2004 година, по нејзината ратификација од сите потписници (со исклучок на деловите кои ги регулираат трговијата и трговските прашања кои стапија во сила на 1 јуни 2001 година со посебната Времена спогодба).

⁴ Анекс I - Листа на акти вклучени во “*Acquis communautaire on Energy*”, кој претставува на составен дел на Договорот за формирање на Енергетската заедница.

- Регулативата (ЕЗ) бр.715/2009 на Европскиот парламент и Советот од 13 јули 2009 година за условите за пристап на мрежите за пренос на природен гас и за укинување на Регулативата (ЕЗ) бр.1775/2005,
- Директивата 2004/67/ЕЗ на Советот од 26 април 2004 година за мерките со кои се обезбедува сигурност во снабдувањето со природен гас, и
- Регулативата (ЕУ) бр.347/2013 на Европскиот парламент и Советот од 17 април 2013 година за упатства за транс-европската енергетска инфраструктура.

Актуелната состојба на македонскиот пазар на природен гас

Пазарот на природен гас во нашата држава ги вклучува пазарот на природен гас на големо и пазарот на природен гас на мало. Пазарот на природен гас на мало ја вклучува купопродажбата на природен гас помеѓу снабдувачите со природен гас и нивните потрошувачи кои не се учесници на пазарот на природен гас на големо. Пазарот на природен гас на големо вклучува: пазар со билатерални договори, организиран пазар и тоа пазар ден однапред и пазар на балансна енергија.⁵ Учесници на пазарот на природен гас на големо се: трговците со природен гас, снабдувачите на природен гас, потрошувачите на природен гас што ги исполнуваат условите за самостојно учество на пазарот пропишани во правилата за пазар на природен гас, операторот на системот за пренос на природен гас, операторот на системот за дистрибуција на природен гас, операторот на затворениот систем за дистрибуција на природен гас и операторот на пазарот на природен гас.⁶

Енергетската инфраструктура за природен гас овозможува: увоз на природен гас, пренос и управување со системот за пренос на природен гас, дистрибуција на природен гас, снабдување на природен гас и трговија со природен гас. Нашата држава нема сопствени наоѓалишта на природен гас и поврзана е само со еден главен гасовод при што преку меѓународен коридор целокупната количина на природен гас се увезува од Руската Федерација.

Реалната потреба за регулирање на пазарот на природен гас во нашата држава се јавува со изградбата на првиот магистрален гасовод од Деве Баир до Скопје во деведесеттите години на минатиот век. Од тогаш, пазарот на природен гас е регулиран во сите четири закони за енергетика донесени до сега.

По прогласувањето на независноста, првиот закон со кој се опфатени одредени сегменти кои го сочинуваат пазарот на природен гас е Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.47/1997, 40/1999,

⁵ Согласно член 107 од Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19).

⁶ Согласно член 108 од Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19).

98/2000, 94/2002, 38/2003 и 40/2005). Овој закон со останатите два од 2006 и 2011 година се вон сила.

Важечкиот Закон за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19) е донесен во мај 2018 година. Донесувањето на овој закон е произлезено од потребата за имплементација на т.н. Третиот енергетски пакет, кој пазарот на природен гас го опфаќа со Директивата бр.2009/73/ЕС од 13.07.2009 г. на Европскиот парламент и на Советот во врска со заедничките правила за внатрешниот пазар со природен гас и за укинување на Директивата бр.2003/55/ЕС и Регулативата (ЕС) бр.715/2009 од 13.07.2009 г. на Европскиот парламент и Советот за условите за пристап до мрежите за пренос на природен гас и за укинување на Регулативата (ЕЗ) бр.1775/2005. Како позначајно, со овој закон е опфатено сопственичкото раздвојување, предвидена е постапка за сертификација, а покрај другото, со законот треба да се елиминира каков било судир на интереси помеѓу активностите на производството и снабдувањето на природен гас и електрична енергија од преносот на природен гас и електрична енергија.

Треба да се наведе дека со ратификацијата на Договорот за основање на Енергетската заедница, кој што има за цел да се прошири внатрешниот енергетски пазар на Европската унија на регионот на Југоисточна Европа, преземена е обврска во законодавството да се имплементира *Acquis communautaire* за енергетика каде спаѓа и пазарот на природен гас. Воедно и од Спогодбата за стабилизација и асоцијација произлегуваат обврски за приспособување и обезбедување компатибилност на постоечките и идните закони со оние на Заедницата.

Од аспект на активности во законодавството, земајќи ги во предвид преземените обврски со ратификацијата на Договорот за основање на Енергетската заедница и со потпишувањето на Спогодбата за стабилизација и асоцијација, македонското законодавство континуирано се усогласува се секоја нова директива и регулатива.

Постоечка законска и подзаконска рамка во регулирањето на пазарот на природен гас во македонското законодавство

Пазарот на природен гас во законодавството на секоја држава се регулира со законска регулатива, како и со подзаконска регулатива која произлегува и се донесува врз основа на соодветната законска регулатива. Постоечката законска регулатива во регулирањето на пазарот на природен гас во македонското законодавство го сочинува Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19), додека пак постоечката подзаконска регулатива ја сочинуваат подзаконските прописи кои врз основа на законот за енергетика се донесуваат од страна на субјектите кои имаат такви надлежности утврдени со предметниот закон.

Законската регулатива за регулирање на пазарот на природен гас на природен гас претставува Законот за енергетика. Законот за енергетика е сеопфатен закон кој покрај пазарот на природен гас, ги регулира и другите енергетски пазари и енергетски дејности, работата на Регулаторната комисија за енергетиката и останати прашања од областа на енергетиката.⁷

Целта на Законот за енергетика во однос на пазарот на природен гас е да се обезбеди:⁸

- сигурно, безбедно и квалитетно снабдување со енергија на потрошувачите во согласност со стратешките определби во областа на енергетиката,
- ефикасен, конкурентен и финансиски одржлив енергетски сектор, заснован на начелата на недискриминација, објективност и транспарентност, којшто обезбедува високо ниво на сигурност во снабдувањето со енергија,
- безбедно, сигурно и ефикасно функционирање, одржување и развој на системите за пренос и дистрибуција на заради обезбедување на високо ниво на услуги за потребите на корисниците на овие системи,
- примена на воспоставените меѓународно усогласени правила за прекугранична размена на природен гас, како и соработка на операторите на системите за пренос на природен гас со соодветните оператори од другите држави во рамки на организираниите облици на соработка на операторите,
- сопственичко раздвојување на операторите на системите за пренос и дистрибуција на електрична енергија и природен гас за да се обезбеди нивното работење да биде независно од интересите на нивните сопственици во вршењето на дејностите што се однесуваат на производство, снабдување и/или трговија со електрична енергија и/или природен гас,
- исполнување на обврските за обезбедување на јавна услуга на пазарите на енергија, како и ефективна заштита на правата и интересите на корисниците на енергетските системи, заштита на правата на потрошувачите на енергија и особено на ранливите потрошувачи, и
- заштита на животната средина и ублажување на климатските промени од негативните влијанија при вршењето на енергетските дејности.

⁷ Во Закон за енергетика, со кој е регулиран пазарот на природен гас во нашата држава, се содржани и други енергетски пазари како што се: пазарот на електрична енергија, пазарот на сурова нафта, нафтени деривати и горива за транспорт, пазарот на топлинска енергија и обновливите извори на енергија. Таков случај е, на пример, со Република Србија и Република Бугарија. Додека пак, во одредени држави како што се, на пример, Република Австрија и Република Хрватска постои посебен закон за пазар на природен гас, а ваквите закони најчесто носат назив: Закон за природен гас, Закон за пазарот на природен гас или сличени називи.

⁸ Според член 2 од Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19), во кој се транспонирани одредбите од член 3 ставовите (1), (2) и (3) од Директивата бр.2009/73/ЕС, член 1 став (1) точка (с) од Регулативата (ЕС) бр.715/2009, како и член 1 и член 2 став (1) од Директивата бр.2004/67/ЕЗ.

Важечкиот Закон за енергетика кој е во сила од почетокот на јуни 2018 година, содржи повеќе структурни делови од кои во дел од нив се содржани одредби кои се заеднички за сите енергетски пазари и енергетски дејности, а во дел се содржани одредби кои се однесуваат само за конкретен пазар или конкретна дејност.

Во првото поглавје, насловено како Општи одредби, најпрво се содржани предметот на уредување и целите на Законот за енергетика. Потоа, содржани се дефиниции кои го определуваат знаењето на одделните изрази употребени во законот. Една од позначајните одредби е одредбата која ги утврдува енергетските дејности и која утврдува кои од нив се регулирани дејности, односно за кои од нив вршителите имаат обврска за обезбедување на јавна услуга при вршењето на дејноста. Покрај наведеното, содржани се одредби и за случаите кога е потребно одвоено сметководство, за јавна услуга и за сигурност во снабдувањето.

Второто поглавје е насловено Енергетска политика и во него се содржани одредби за целите на енергетската политика, за обврската за донесување и опфатот на Стратегијата за развој на енергетиката, како и на Програмата за реализација на Стратегијата, за планскиот енергетски биланс, за кризна состојба и за заштита на ранливите потрошувачи.

Третото поглавје се однесува на Регулаторната комисија за енергетика, нејзиниот правен субјективитет, составот, именување на претседател и членови, престанување на мандат на членовите, нејзините надлежности, како и начинот на работа и одлучување. Во ова поглавје се опфатени и подзаконските прописи кои Регулаторната комисија за енергетика е надлежна да ги донесе. Од позначајна важност се и одредбите за постапување по приговори и разрешување на спорови.

Во поглавјето за лиценци содржани се општи одредби во врска со издавањето на лиценци од Регулаторната комисија за енергетика, како и за тоа во кои случаи не е потребна лиценца. Во врска со надлежноста на Регулаторна комисија за енергетика за издавање на лиценци, пропишана е обврската за донесување на правилник за лиценци од страна на Регулаторна комисија за енергетика и елементите кои треба да содржи истиот. Понатаму, содржани се одредби за промена на лиценцата, продолжување на лиценцата, пренос на лиценца, суспендирање на лиценца, одземање на лиценца и престанување на лиценца. Опфатени се и двата т.н. посебни видови на лиценци, привремена лиценца и лиценца за пробна работа. Покрај наведеното, регулирана е и обврската за непрекинато на услугата и случаите кога се дозволени прекини.

Со поглавјето за изградба на нови енергетски објекти, од аспект на пазарот на природен гас, опфатена е постапката за изградба на нови системи за дистрибуција на природен гас.

Поглавјето насловено Пазар на природен гас се состои од пет оддели. Првиот оддел се однесува на Организација на пазарот на природен гас и содржи

одредби за опфатот на пазарот на природен гас на мало и пазарот на природен гас на големо, како и одредби за одредувањето на учесниците на пазарот на природен гас. Вториот оддел се однесува на преносот на природен гас и дел од одредбите содржани во овој оддел се за сопственичкото раздвојување на операторот на системот за пренос на природен гас, за сопственикот на операторот на системот за пренос на природен гас, за сертификацијата, како и за ревизија на сертификацијата. Другиот дел од одредбите во вториот оддел се за надлежностите и должностите на операторот на системот за пренос, планирањето на развој, договорите за пренос за природен гас, надоместоците за пристап на системот за пренос на природен гас тргувањето со правата на капацитети, правилата за балансирање, мрежни правила за пренос на природен гас и за комуникацијата со корисници. Во Третиот оддел уредено е работењето и надлежностите на Операторот на пазар на природен гас. Четвртиот оддел се однесува на дистрибуцијата на природен гас и содржи одредби за должностите на Операторот на системот за дистрибуција на природен гас, планирањето на системот за дистрибуција за природен гас, мерењето на количините на природен гас, мрежните правила за дистрибуција, како и за комбиниран оператор. Со одредбите од петтиот оддел се регулирани должностите на снабдувачите и трговците и потрошувачи со природен гас и правата на потрошувачите во однос на тоа кога можат да набавуваат природен гас од снабдувачи на природен гас, а кога од трговци на природен гас.

Во поглавјето насловено Пристап на трета страна и приклучување на мрежи, опфатена е обврската за пристап и приклучување кон системот за пренос на природен гас или системот за дистрибуција на природен гас, како и случаите кога Операторот на системот за пренос или дистрибуција може да донесе одлука за одбивање на барањето за пристап. Воедно, опфатени се и случаите кога е можно иземање од обврската за одобрување на пристап на трета страна. Покрај наведеното, содржани се и правата и обврските во однос на приклучоците.

Покрај наведените поглавја, Законот за енергетика содржи и поглавје со посебни одредби, поглавје за надзор, поглавје со прекршочни одредби и поглавје со преодни и завршни одредби.

Подзаконската регулатива со која е опфатен пазарот на природен гас произлегува од Законот за енергетика, според кој надлежност за нејзиното донесување имаат Владата, Министерството за економија, Регулаторната комисија за енергетика, Операторот на системот за пренос на природен гас и Операторот на системот за дистрибуција на природен гас. Во наведениот закон се наведени и поединечните подзаконски приписи, како и роковите за нивно донесување.⁹

⁹ Подзаконските прописи кои ги донесуваат наведените субјекти се содржани во одредбите од Законот за енергетика со кои се однесуваат на соодветниот субјект. Во членот 236 од Законот

Владата донесува уредба за критериумите и условите за прогласување на кризната состојба и уредба за критериуми и постапка за доделување на овластување за изградба на директен вод.

Министерот кој раководи со Министерството надлежно за работите од областа на енергетиката, односно со Министерството за економија, донесува правилник за енергетски биланси и енергетска статистика.

Најголем број од подзаконските акти ги донесува Регулаторната комисија за енергетика. Согласно своите законски надлежности, таа донесува:¹⁰

- правилници и методологии за формирање на цени и тарифи за регулирани енергетски дејности,
- правилник за лиценци,
- правилник за начинот и постапката за следење на функционирањето на пазарите на енергија,
- правилник за сертификација на оператор на електропреносен систем и оператор на систем за пренос на природен гас,
- правилник за доделување на статус на затворен систем за дистрибуција на природен гас и комбиниран оператор за пренос и дистрибуција на природен гас,
- тарифни системи за пренос и дистрибуција на енергија и за услугите што ги обезбедуваат операторите на пазарите на енергија,
- правила за постапување по приговори и разрешување на спорови,
- правила за пазар на природен гас, и
- правила за снабдување со природен гас.

Треба да се напомене дека Регулаторната комисија за енергетика е надлежна и за донесување на методологија и критериуми што се користат за оценка на инвестициите и ризиците во проекти за гасоводна инфраструктура коишто се од заеднички интерес на договорните страни и/или учесниците во Договорот за Енергетската заедница.

за енергетика се содржани роковите во кои треба да се донесат подзаконските акти. Со оглед на фактот што во примена е прилично нов закон, кој е во сила од почетокот на јуни 2018 година, во ставот 11 од член 236 пропишано е дека до донесувањето на прописите и одобрувањето на актите наведени важечкиот Закон за енергетика, ќе се применуваат прописите, правилата и актите донесени, односно одобрени во согласност претходниот со Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија” број 16/11, 136/11, 79/13, 164/13, 41/14, 151/14, 33/15, 192/15, 215/15, 6/16, 53/16 и 189/16).

¹⁰ Според член 24, став (1) точка 1) од Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19) во кој се транспонирани член 41 став (1) точка а) и член 41 став (2) од Директивата бр.2009/73/ЕС.

Операторот на системот за пренос на природен гас донесува:¹¹

- мрежни правила за пренос на природен гас,
- правила за балансирање,
- правила за набавка на природен гас за покривање на загубите во системот за пренос на природен гас, и
- правила за доделување на прекуграничните капацитети за пренос на природен гас.

Операторот на системот за дистрибуција на природен гас донесува мрежни правила за дистрибуција на природен гас.

Степенот на усогласеноста на законската регулатива во македонското законодавство со регулативите и директивите на Европската унија со кои се однесуваат на пазарот на природен гас

Со донесувањето на новиот Закон за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19) извршено е транспонирање на Директивата бр.2009/73/ЕС од 13.07.2009 година на Европскиот парламент и на Советот во врска со заедничките правила за внатрешниот пазар со природен гас и за укинување на Директивата бр.2003/55/ЕС, на Регулацијата (ЕС) бр.715/2009 од 13.07.2009 година на Европскиот парламент и Советот за условите за пристап до мрежите за пренос на природен гас и за укинување на Регулацијата (ЕЗ) бр.1775/2005 и на Директивата 2004/67/ЕЗ на Советот од 26 април 2004 година за мерките со кои се обезбедува сигурност во снабдувањето со природен гас. Со тоа одредбите од Законот за енергетика кои го регулираат пазарот на природен гас се усогласени со т.н. Третиот енергетски пакет на директиви и регулативи за енергетика на Европската унија. Обврската произлегуваше од Одлуката од Министерскиот совет на Енергетската заедница од 6 октомври 2011 година за спроведување на Директивата 2009/72/ЕЗ, Директивата 2009/73/ЕЗ, Регулацијата (ЕЗ) бр 714/2009 и Регулацијата (ЕЗ) бр 715/2009 и за изменување на членовите 11 и 59 од Договорот за основање на Енергетската заедница, согласно која државите потписнички на Договорот за основање на Енергетската заедница имаат обврска да го усогласат националното законодавство со Законодавството на Европската унија опфатено со предметната одлука.¹²

¹¹ Според членовите 116, 121, 123 и 124 од Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19), во кои се транспонирани одредбите од член 13 ставовите (1), (2), (3) и (5), член 16 (став (1) и член 25 став (1) од Директивата бр.2009/73/ЕС и член 12 став (2), член 18 став (5), член 20, член 21 ставовите (1), (2), (3) и (4), член 1 став (3), член 2 став (1) точка (13) и член 16 ставовите (2), (3) и (4) од Регулацијата (ЕС) бр.715/2009.

¹² D/2011/02/MC-EnC: Decision on the implementation of Directive 2009/72/EC, Directive, 2009/73/EC, Regulation (EC) No 714/2009 and Regulation (EC) No 715/2009 and amending Articles 11 and 59 of the Energy Community Treaty.

Новиот Закон за енергетика од 2018 година, со кој што и во областа на пазарот на природен гас е извршено усогласување со т.н. Третиот енергетски пакет на Европската унија, вклучува:

- исполнување на преземените одврски со потпишувањето и ратификувањето на Договорот за основање на Енергетската заедница,
- воспоставување ефективен механизам за соработка, меѓусебно известување и координација на активностите во областа на енергетиката помеѓу надлежните органи во државата со соодветните институции и организации на Енергетската заедница,
- воспоставување на ефикасен систем за одлучување по приговори на корисници на енергетски системи и потрошувачи на енергија и разрешување на спорови, и
- независност во вршењето на различни дејности во областа на природниот гас преку сопственичко раздвојување на вршителите на дејностите по примерот на раздвојувањето во електроенергетскиот сектор, преку донесување на програма за усогласеност и назначување на службеник за усогласеност.

Како новина, треба да се наведе дека со новиот Закон за енергетика од 2018 година применет е моделот на сопственичко раздвојување на операторот на системот за пренос на природен гас, како и тоа дека е утврдена обврската за сертификација на операторот на системот за пренос на природен гас и начинот на спроведување на постапката за наведената сертификација.¹³ Во однос на постапката за сертификација, треба да се напомене дека одредени односи при спроведувањето на постапката во кои согласно Директивата бр.2009/73/ЕС е вклучена Европската комисија, се уредени на начин што нејзиното место е заменето со Секретаријатот на Енергетската заедница бидејќи таквите надлежности кои ги има Европската комисија се однесуваат на односите со државите-членки на Европската унија. Според наведениот закон, сопственик на друштвото коешто е оператор на системот за пренос на природен гас треба да е Министерството за економија.

Понатаму, треба да се напомене и тоа дека во новиот Закон за енергетика од 2018 година не е извршено траспонирање за одредени дејности за кои нема услови да се вршат во нашава држава, како што е складирањето на природен гас, бидејќи немаме складиште за природен гас или дејностите поврзани со втечен природен гас (кратенка англ.: LNG), бидејќи нема можности да се вршат истите.

Според официјалниот Годишен извештај за имплементација од 01.09.2018 година објавен од страна на Секретаријатот на енергетската заедница, новиот Закон за енергетика од 2018 година, ги транспонира барањата на Третиот

¹³ Моделот на сопственичко раздвојување на операторот на системот за пренос на природен гас и сертификацијата се пропишани во членовите 109 до 115, како и член 238 од Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/18 и 96/19).

енергетски пакет и го отвора патот кон раздвојување на сопственоста и сертификација на операторот на системот за пренос на природен гас.¹⁴ Исто така, и во друг извештај изготвен од Секретаријатот на Енергетската заедница, содржано е дека нашата држава со усвојувањето на Законот за енергетика во 2018 година, го има транспонирано релевантниот *acquis* за природен гас од Третиот енергетски пакет.¹⁵ Но, овие оценки се однесуваат само на исполнувањето на обврските за транспонирање, а не и на понатамошната примена на имплементираниите законски решенија.

Заклучок

Самото континуирано усогласување на законските одредби кои се однесуваат на пазарот на природен гас со новите директиви и регулативи на Европската унија не е доволно за да се постигне ефикасен развој. Овој процес за да биде успешен, потребно е да биде пропратен со утврдување на спроведливи мерки кои одговараат на постоечкото ниво на развој и кои се остварливи со цел да се постигне повисоко ниво на развој, бидејќи не секогаш сите решенија се остваруваат во целост. Со други зборови, формалното исполнување на основните барања произлезени од директивите и регулативите за нивно транспонирање во националното законодавство, не може да се смета за успешен процес кој треба да го подобри пазарот на природен гас.

При пристапувањето кон имплементација директивите и регулативите мора да се има во предвид дека истите се темелат на состојбите и искуствата од државите-членки на Европската унија кои претежно имаат развиени пазари на природен гас кои функционираат повеќе од половина век, а кај некои држави-членки дури и повеќе од еден век. Ова е од особена важност од причини што македонскиот пазар на природен гас е нов пазар кој е мал и е во фаза на развој. Со оглед на ваквата состојба, не може да се смета дека секое решение кое е наменето за пазар со високо ниво на развој би можело успешно да се спроведе и во пазар кој е со пониско ниво на развој. Затоа, при процесот на транспонирање, треба да се размислува дека понекогаш е оправдано да се пристапи кон одредени отстапувања кои го дозволуваат самите директиви и регулативи.

Најголем приоритет кој произлегува од новиот Закон за енергетика од 2018 година е самото спроведување и финализирањето на соодветниот модел за раздвојување на операторот на системот за пренос на природен гас. Ова треба да отвори нови можности за развој на мрежата и пазарот и да ја зајакне меѓусебната поврзаност со соседните држави, во согласност со задолжителните мрежни правила на Европската унија. Сепак, се чини дека во реалноста

¹⁴ Annual Implementation Report, Energy Community Secretariat, 1 September 2018, pg.104.

¹⁵ The State of Gas Market Integration in the Energy Community, Special report for the CESEC High Level Group Meeting, Energy Community Secretariat, Sofia, 29 June 2018, pg.6.

тешко е спроведлива новата законска рамка која треба да обезбеди потполно сопственичко раздвојување ГА-МА АД Скопје како оператор на системот за пренос на природен гас, со што треба да се обезбеди целосна самостојност на операторот, која што е неопходна за развојот на системот за пренос на природен гас. Ваквата констатација произлегува од фактот што законскиот рок од една година е изминат на 05.06.2019 година, а на повидок нема резултат од пропишаното законско решение. Оттука, поради надминување на законски утврдениот рок, можеби треба да се пристапи кон соодветно изменување и дополнување на постоечкиот Закон за енергетика со што треба да се воспостават цврсти и недвосмислени обврски, како за операторот на системот за пренос на природен гас така и за субјектот кој врши енергетска дејност поради која треба да се изврши сопственичкото раздвојување. Поради овој факт се поставува прашањето дали функционирањето на пазарот на природен гас во нашата држава се заснова на транспарентна и недискриминирачка основа и тоа во случаи кога националното законодавство со досегашните донесени закони за енергетика било усогласувано со европските директиви и регулативи.

Земајќи во предвид дека важечкиот Закон за енергетика е донесен пред две години, сеуште е рано да се согледа во целост ефикасноста и ефективноста од неговата примена, а со тоа и потребата да се извршат конкретни изменувања и дополнувања на законските и подзаконските прописи, освен одредени изменувања и дополнувања во однос на постапката за сопственичко раздвојување и сертификација на Операторот на системот за пренос на природен гас. Дополнително на тоа, поради фактот што станува збор за нов пазар кој е во фаза на развој и сеуште е мал поради малиот број на вршители на енергетски дејности и потрошувачи, одредени делови од донесените прописи сеуште не можат да се применат во целост, а поради тоа не може да се утврди дали истите се применливи или е потребни нивни понатамошни изменувања и усогласувања со измените на пазарот.

Користена литература, публикации, извештаи и прописи:

1. Austvik, O.G.: (2009), EU Natural Gas Market Liberalization and Long-term Security-of-supply and –Demand, Berlin, Berliner Wissenschafts Verlag GmbH;
2. Correljé, A.: (2016), The European natural gas market, Current sustainable/ renewable energy reports 3, pages 28-34.
3. Energy Community Secretariat: (2017), The Energy Community Legal Framework - 4th Edition, Vienna, Energy Community Secretariat;
4. Energy Community Ministerial Council : (2011), D/2011/02/MC-EnC Decision on the implementation of Directive 2009/72/EC, Directive, 2009/73/EC, Regulation (EC) No 714/2009 and Regulation (EC) No 715/2009 and amending Articles 11 and 59 of the Energy Community Treaty.

5. Energy Community Secretariat: (2018), Annual Implementation Report, Vienna, Energy Community Secretariat;
6. Energy Community Secretariat: (2018), The State of Gas Market Integration in the Energy Community - Special report for the CESEC High Level Group Meeting, Sofia, 29 June 2018, Energy Community Secretariat;
7. European Commission: (2018), Quo vadis EU gas market regulatory framework – Study on a Gas Market Design for Europe, Luxembourg: Publications Office of the European Union;
8. European Parliament: (2017), Competition Policy and an Internal Energy Market, Brussels, European Parliament;
9. Директива бр.2009/73/ЕС од 13.07.2009 г. на Европскиот парламент и на Советот во врска со заедничките правила за внатрешниот пазар со природен гас и за укинување на Директивата бр.2003/55/ЕС;
10. Директива 2009/72/ЕЗ на Европскиот Парламент и на Советот од 13 јули 2009 г. за заедничките правила на внатрешниот пазар за електрична енергија и со која се укинува Директива 2003/54/ЕЗ;
11. Директива 2004/67/ЕЗ на Советот од 26 април 2004 г. за мерките со кои се обезбедува сигурност во снабдувањето со природен гас;
12. Директива 2003/55/ЕЗ на Европскиот Парламент и на Советот од 26 јуни 2003 г. за заедничките правила на внатрешниот пазар за природен гас и со која се укинува Директива 98/30/ЕЗ - вон сила;
13. Директива 1998/30/ЕЗ на Европскиот Парламент и на Советот од 22 јуни 1998 г. за заедничките правила на внатрешниот пазар за природен - вон сила;
14. Законот за енергетика („Службен весник на Република Македонија“ бр.96/2018 и 96/2019);
15. - Регулатива (ЕУ) бр.347/2013 од 17.04.2013 г. на Европскиот парламент и Советот за насоките за транс-европската енергетска инфраструктурас и за укинување на Одлуката бр.1364/2006/ЕС и дополнување на Регулативата (ЕЗ) бр.713/2009, Регулативата (ЕЗ) бр.714/2009 и Регулативата (ЕЗ) бр.715/2009;
16. Регулатива (ЕС) бр.715/2009 од 13.07.2009 г. на Европскиот парламент и Советот за условите за пристап до мрежите за пренос на природен гас и за укинување на Регулативата (ЕЗ) бр.1775/2005;
17. Регулатива (ЕЗ) бр.1775/2005 на Европскиот парламент и Советот од 28 септември 2005 г. за условите за пристап на мрежите за пренос на природен гас - вон сила;
18. Спогодба за стабилизација и асоцијација меѓу Република Македонија и Европските заедници и нејзините земји членки, („Службен весник на Република Македонија“ бр.28/2001).

**МОЖНОСТ ЗА НАДОМЕСТ НА ШТЕТА КОЈА ЈА ПРИЧИНИЛА
МЕЧКА
ПРЕКУ ПРИЗМА НА СУДСКАТА ПРЕСУДА**

Станка Стјепановиќ

Редовен професор на Правен факултет

Универзитет во Источно Сараево

Е-маил: stanka.stjepanovic@pravni.ues.rs.ba

Апстракт

Прописите за надомест на штетата начелно се однесуваат на сите, и на сторителите и на оштетените. Односот спрема правниот субјективитет на животните во последната декада на дваесетитот век и првите две декади на дваесети и првиот век потполно се променил. Животните до сега се третирали исклучително како предмети. Некои европски држави вовеле и во уставните норми заштита на животните како субјекти во правото, а не објекти, па може да се зборува за специфичен правен субјективитет на животните. Тоа го доведува во прашање и поставениот принцип кај општата одговорност за надоместот на штета, кога сопственикот на животните одговара за штетата која тоа ја прави на имотот на други лица, третирајќи ја за опасна работа. Во овој труд се изложува проблемот за докажување на настаната штета и можноста за нејзина наплата кога е во прашање штетата настаната со делување на законот за заштитени видови дивеч – мечката. Преку анализа на судските пресуди и споредувајќи ги судските решенија за надомест на штета во случај кога штетата ја предизвикала мечката во законодавството и судската пракса на Република Српска како и законските решенија во Романија авторката укажува на потреба за измена на судските решенија во поглед на докажување и надомест на штета која мечката ја нанесува на земјоделските посеви и возилата и останатите добра.

Клучни зборови: мечка, заштита, штета, надомест, одговорност, пресуда.

COMPENSATION OF DAMAGE CAUSED BY BEARS THROUGH THE PRISM OF COURT PRACTICE

Stanka Stjepanovic

Full Professor, Faculty of Law, University of East Sarajevo

E-mail: stanka.stjepanovic@pravni.ues.rs.ba

Abstract

Compensation regulations generally apply to everyone, both persons causing damage and damaged persons. The attitude towards the legal subjectivity of animals in the last decade of the twentieth century and the first two decades of the twentieth and the first century has completely changed. Animals have so far been treated exclusively as objects. Some European countries have introduced in the constitutional norms the protection of animals as subjects in law, and not objects, so we can talk about a specific legal subjectivity of animals. This also calls into question the principle of general liability for damages, when the owner of the animal is liable for the damage he does to the property of other persons, treating it as dangerous object. This paper exposes the problem of proving the damage and the possibility of its recovery when it comes to damage caused by bears as species that are protected by the law. By analyzing the court judgments and comparing the court decisions for damages in case the damage was caused by the bear in the legislation and case law of Republic Srpska as well as the legal solutions in Romania, the author points out the need to change the court decisions in terms of proof and compensation. to the detriment of the bear on agricultural land, and vehicles and other goods.

Key words: bear, protection, damage, compensation, liability, judgment

Вовед

Животните многу често во позитивните законодавства на европскиот културен круг во областа на граѓанско правната заштита достигнале многу висока мера на правен субјективитет, дури и со устав се штитат нивните права.¹ Во согласност со тој став многу често се случува и контрадикторност дека највисокиот акт на една држава, како што е уставот, скоро ги изедначува животните во поглед на заштитата на нивните права со луѓето, а законодавството на истите држави, кога е во прашање граѓанско правната одговорност за надомест на штета сепак нормираат како штетата да настанала од опасни

¹ Универзална декларација за правата на животните на меѓународниот сојуз за права на животните од 15 октомври 1978 година донесена во Париз под покровителство на UNESCO. Чл 1 Сите животни се раѓаат еднакви пред животот и имаат исти права на постоење. Чл. 2 Секое животно има право на почитување. Човекот како животински вид, не може на себе да си даде право за истребување на другите животни и да ги искористува повредувајќи го тоа право. Негова должност е да им го стави на располагање своето знаење. Секое животно има право на човечка заштита и нега.

предмети и дека за неа одговара сопственикот на предметите. На тој начин се изедначува животното со предметите. Многу граѓански кодификации како што е општопознатиот француски Code Civile ја променил поранешната одредба дека животните се предмети, во одредба дека не се ниту животни ниту предмети. Во овој труд нема посебно да се занимаваме со многу широка тема за правниот субјективитет на животните, туку само ќе укажеме на некои контрадикторности и проблеми кои се појавуваат во теоријата и праксата околу правниот субјективитет на животните кога се во прашање штетите настанати од дивите животни – мечката. Преку анализа на судските одлуки на Основниот суд во Бања Лука и воочување на тешкотии околу докажувањето дека штетата ја причинила мечката ќе укажеме на законските пропишани решенија во Законот за лов на Република Српска и Законот за заштита на природата на Република Српска кој би требало да се менува. Во овој случај овие закони се појавуваат како *lex specialis* во однос на Законот за облигациони односи. Општите одредби на Законот за облигационите односи за надомест на штета и понатаму се основа за пресудување на висината и видот на настаната штета. Ќе ја анализираме и спогодба склучена по повод штетата која мечката ја направила во пчеларникот при што може да се дојде до заклучок дека решавањето на проблемот за надомест на штета која овој вид на заштитен дивеч ја прави зависи од флексибилноста од еден од одговорните обврзници за надомест на таква штета.² Корисникот на ловиштето овде е важен чинител и иако нема поголем дел во обврската да ја надомести штетата на оштетениот тој фактички со својот став влијае на тоа дали ќе биде проблемот спогодбено решен или ќе стане предмет на парница пред судот.³ Самата постапка која им се налага на сопствениците на земјиштето или корисниците на земјиштето на кои се наоѓа ловиштето или кои се наоѓаат во близина на ловиштето да преземаат мерки за спречување на штетата од дивечот и на дивечот е отежнато за нив како потенцијално оштетени. Може да се каже

² Според член 58 став 3 исклучителната штета која ја прави мечката ја плаќа Републиката од буџетот во висина од 45%, општината во висина од 25% и корисникот на ловиштето во висина од 30% од проценетата штета.

³ Според спогодбата и изјавата на претседателот на ЛД „Јахорина – Пале“ ова ловечко друштво својата обврска за надомест на штета ја исполнувало на основа на спогодба, но никогаш не се исклучувал судот за решение за спорот во надоместувањето на штета која ја причинила мечка. Според спогодбата за надоместување на штета врз основа на прописот на Законот за лов од 13. 05. 2013 година кој на Палама го склучиле поднесувачот на пријавата за настаната штета Б. М. и обврзниците за надоместување на штета за Република Српска Републичкото јавно правобранителство, седиштето на заменикот во Палама, за општина Пале началник на општината Б. Ј. и за ловечкото здружение „Јахорина – Пале“ претседател Њ. П. утврдено е дека на подносителот на пријавата Б.М. мечка му уништила една кошница пчели и дека вкупната штета е 300 КМ. Обврзниците за надомест на штета се обврзуваат на подносителот на пријавата, согласно членот 58 став 3 од Законот за лов („Службени гласник РС“ број 60/09 и 50/13) штетата да ја исплатата и тоа буџетот на Република Српска во износ од 135КМ, општина Пале 75КМ и ловечкото здружение „Јахорина – Пале“ 90КМ. Рокот за исплата е одреден од 90 дена.

дека тие веќе биле оштетени со самиот факт дека земјиштето им се наоѓа близу ловиште. Тука се покажува еден вид нерамноправност кога е во прашање заштитата на сопственоста како највисоко апсолутно право. Сега е ова ограничување како во однос на преземањето мерки кога се во прашање оградувањето на земјиштето или заштитата на садниците на кои не се обврзани другите сопственици на исто такви земјишта кои не се во подрачјето во чија близина се наоѓа некое ловиште кое честопати е создадено откако сопственикот го купил истото незнаејќи дека во соседството ќе има идно ловиште. Многу кратките рокови за пријава за причинетата штета можат да доведат до неправично решение за оштетениот што произлегува од анализата на одлуката на Основниот суд во Бања Лука со која е одбиено тужбеното барање на оштетениот. Административните тешкотии во докажувањето и процедурата укажуваат на одредена предноста која се дава на оној кој би требало да биде одговорен за штетата, а во однос на оштетениот. Во Законот за лов не е посебно регулирано прашањето за судирот на автомобили и мечките како заштитен дивеч со што се комплицира решавањето на овој вид на надомест на штета. Најновите измени на Законот за лов и заштита на ловниот фонд на Република Романија се регулирани и за овој вид на штета па во трудот се анализираат и одредбите на тој закон и се даваат насоки за регулирање и на овој вид на штети настанати со делување на посебен закон за заштита на дивечот – мечката.⁴

Мечката како посебен вид со закон заштитен дивеч

Спрема мечките како посебен вид дивеч кој на нашите простори бил загрозен вид и во исчезнување нашата општествена заедница почнала да се однесува со голема законска грижа и внимание. Со Законот за лов на Република Српска посебно е апострофиран овој вид на дивеч и Република Српска се обврзала таа да ја плати штетата од буџетот во висина од 45% ако штетата ја причини мечка. Со Законот за заштита на природата на Република Српска пропишани се мерки кои владата е должна да ги донесе за заштита на овие видови диви животни.⁵ Поради ненаселеноста на крајниот источен дел на

⁴ Закон за лов и заштита на ловниот фонд на Република Романија од 09 ноември 2006, измени јануари 2020. <https://lege5.ro/Gratuit/geydamjsgq/art-38-exercitarea-vanatorii-lege-407-2006?dp=gmydeobsGayto> 22.06.2020.

⁵ Закон о заштити природе Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ 20/14)

Члан 68. (1) Владата донесува уредба со која се утврдуваат дивите видови, строго заштитени диви видови или заштитени диви видови на предлог на Министерството, а по претходно набавено мислење од Заводот и Министерството надлежно за земјоделство, шумарство и водостопанство. (2) Предлогот на Заводот од став 1 на овој член се заснова на проценката на загрозеност на одредените видови, со прописи со кои се утврдува Црвена листа и црвена книга на заштитени видови флора и фауна на Република Српска, со меѓународни црвени листи или црвени книги, со обврски на потврдени меѓународни договори и со друга стручна документација. (3) За видовите од став 1 на овој член се грижат имателите на тие видови, управувачите на заштитените подрачја, јавните претпријатија за стопанисување со шумите, корисниците на ловиштата и рибарските

Република Српска забележано е дека населбите во кои живее по некој постар жител се спуштаат од планината мечки кои претставуваат сериозна опасност не само за насадите туку и за луѓето, па се случува луѓето да бидат доведени во ситуација да постапуваат во нужна одбрана и крајна нужда, затоа што мечките се спуштаат до куќите. Загаденоста на природната средина и живеалиштата на кои вообичаено живееле мечките влијаеле и на овој животински вид па така што губи некои од своите вообичаени ознаки. Во време кога мечката треба да биде во зимски сон се знае дека може да се случи да се сретне на патот или во нечие трло со добиток. Нашиот законодавец се определил да наложи строги мерки на сите корисници на земјишта кои се наоѓаат во близина на ловишта. Како што мечката со ловостојот е постојано заштитен дивеч тоа би значело дека сите корисници на земјиште или сопственици на стока и пчеларници имаат обврска да ги вршат работите на своето земјиште со кое би спречиле настанување на штета од мечка. Тоа не може да се очекува, поаѓајќи од правниот стандард на вистинскиот домаќин водејќи сметка за имотната состојба и луѓето кои го населуваат тоа подрачје, како и нивната старосна возраст. Не можат да знаат кога и откаде ќе се појави мечка која изела некоја генетски модифицирана храна и поради тоа почнала да напаѓа луѓе и животни и покрај тоа што не е гладна. Мечката најчесто прави штета на билните култури, пчеларниците, овошните насади, но и на дивите и домашните животни, а посебно омилена

подрачја кои се должни да планираат и споведуваат мерки и активности на управување со популациите на строго заштитени диви видови во рамките на програмата и планот на управување, во согласност со овие и посебни закони. (4) Со подзаконскиот акт од ставот 1 на овој член се утврдуваат мерки за заштита за строго заштитени и заштитени диви видови билки, животни и печурки, како и мерки за заштита на нивните живеалишта. Владата на Република Српска донела Уредба за Црвена листа на заштитените видови флора и фауна на Република Српска („Службени гласник РС“ бр. 124/12). Црвената листа претставува збир од загрозувани видови флора и фауна во Република Српска, а се состои од следниве седум црвени листи по таксономски групи: листа на васкуларна флора, листа на птици, листа на риби, листа на цицачи, листа на водоземци, листа на влекачи и листа на потцарства на метазои. Секоја листа содржи податоци: научно име (латински назив), синоним кој е во употреба, назив на видот на српски јазик и фамилија. Црвената книга содржи детални податоци за основните карактеристики за видот, за степенот на нејзината загрозуваност, факторите на загрозување, како и предлог мерки за заштита на самиот вид. Изработката на Црвените книги е процес со која, по потреба, се ревидираат категориите на загрозуваност од Црвените листи, во согласност со новите податоци. Според податоците за загрозуваните видови, Црвените книги содржат и текстуален дел со опис на видот, неговата распространетост и еколошките карактеристики потоа со листа на примероци за загрозуваноста и предложените мерки на зачувување. Се наведува и постојаната законска заштита за секој вид, со пропратна фотографија и карта на распространетост. Црвените книги служат за препознавање на загрозуваните видови, одредување на степенот и причината на загрозуваност и одредување мерки за нивно зачувување. Врз основа на податоците од Црвените книги, за дивите видови и подвидови кои се издвоени како загрозувани или ретки, се одредува заштита, во согласност со одредбите од Законот за заштита на природата. Видовите можат да се заштитат како строго заштитени видови и заштитени видови. На црвената листа под број 54 се наоѓаат Ursidae (мечки) Ursus arctos темна мечка http://www.nasljedje.org/sr_RS/prirodno-nasljedje/biodiverzitet/202 23.06.2020.

дестинација и се пчеларниците. Во судската пракса може да се најдат пресуди кои решавале некои од таквите случаи за надомест на штета која ја направила мечка. Во дневните весници може да се најде по некоја статија како е видена мечка која направила штета. Во теоријата и праксата до сега не е посветено доволно внимание за надомест на штета која мечката ја направила на дивите животни, па дури и ако е во прашање друг, посебно со закон заштитен див вид, со оглед дека е можно мечката да прејде од едно ловно подрачје во друго и таму да уништи друго животно. Тука се поставува прашањето за штетата затоа што за мечките во висината на надомест на штета има Република Српска 45% учество, а корисникот на ловиштето 30%. Тоа би можело да значи дека во пракса корисникот на ловиштето многу тешко ќе се носи со тежината за докажувања од каде дошла кафеавата мечка, од чие ловно подрачје. Мечките почнале да се спуштат и до патиштата па автомобилската несреќа при судир со овакво големо животно ретко може да заврши без голема штета по здравјето на возачот и материјална штета на автомобилот. Ако се заврши со поблаг „допир“ со мечката тогаш сопственикот на автомобилот тешко докажува дека до таква средба дошло. Токму преку анализа на пресудата на Основниот суд во бања Лука ќе укажеме на сите тешкотии кои ги изложува тужителот за да ја докаже штетата и на крај неможноста да ја оствари. За разлика од Република Српска во Романија во некои градови мечките станале редовни посетители на самиот град, што преставува можност за новинарски и видео статии кои прикажуваат дека тие превртуваат контејнери, но и дека се наоѓаат на вратите од домовите. Така според дописникот на радио Муреш Кристина Бурбеску која водела разговор со шефот на комисијата за проценка на штета Богдан Лапушан, просто настанала плима од големи проблеми поради штетата која ја предизвикуваат мечките. Дури 400 забележани случаи во Муреш кои ги решавала комисијата на чие чело бил, а од нив 75% се исклучиво штети нанесени од мечки, а имало штети и на посеви, на овоштарници, на и на куќи, дури се наоѓале и на улици близу училишта, потоа на самите повредени лица. Повеќето од тие случаи се решени пред комисија, но некои покренувале и тужби пред судот.⁶ Исто така во 2016 година мечките нападнале седум луѓе и им нанеле телесни повреди во подрачјето Харгита каде на домашните животни и на земјоделските земјишта, барајќи храна, сториле 124 штети од вкупно пријавените 176 штети, а останатите штети ги сториле волците. Инаку на подрачјето на Харгита се наоѓаат околу 1400 кафеави мечки.⁷ Туристичка атракција е кога на патот, возејќи преку поткарпасти градови, возачите ќе здогледаат

⁶ 400 de sesizări pentru pagube produse anul acesta în Mureș de animale sălbatice
Publicat in 15 oct 2019 ora 12:30 pm de mirela rotar <http://www.radiomures.ro/stiri/400-de-sesizari-pentru-pagube-produse-anul-acesta-in-mures-de-animale-salbatice.html> 22.06.2020.

⁷ Undă verde pentru vânatoarea de urși. Oficialii de la Mediu vor să it-cota-de-interven--ie-de-175-de-exemplare_819542.html#view 22.06.2020.

мечка која се шета по патот. Но како што се гледа од извештајот за десетина уништени хектари во земјоделските домаќинства и тешки телесни повреди кои завршуваат честопати и со смрт на нападнатото лице тоа се само привидно интересни призори кои завршуваат со тешки штети. Воедно се поставува прашањето како да се најде мерка да се заштитат животните, а истовремено со таа заштита да не се загрозат основните човекови права?

Судир на автомобил и мечка

Тешкотиите во докажувањето на настанувањето на штетата токму во судир со автомобил и мечка при кој животното не е повредено може да се анализира од пресудата на Основниот суд во Бања Лука.⁸ Во наведениот спор тужителот ја тужел Република Српска и градот Бања Лука и ловечкото друштво “Змијање” барајќи да му се надомести штета која ја претрпел неговиот автомобил. Штетниот настан се случил на 16. 05.2011 година, а тој тужбата ја поднел 24.08.2012 година. Законската затезна камата ја барал од денот на настанувањето на штетниот настан. Опишувајќи ја случката тој навел дека околку 23 часот, додека го возел своето моторно патничко возило во кое освен него била и неговата мајка на совозачкото седиште, пред возилото излегла мечка и удрила во предната десна страна на неговото возило, причинувајќи му така материјална штета во вкупен износ од 1246,25 КМ и бара тој износ да му се надомести и тоа од првотужениот износ од 560,81 КМ (45%), и од второтужениот износ од 311,56КМ (25%) и од третотужениот износ од 373,87 КМ (30%), се со законска камата сметајќи од 16.05.2011 година па до исплатата, како и да му се надоместат трошоците за парничната постапка. Првотужениот и второтужениот во одговорот на тужбата го истакнуваат приговорот за недостатокот на пасивна легитимација, наведувајќи дека тужбеното барање е во целост неосновано, дека тужителот пропуштил во рок од три дена од настанувањето на штетата да се обрати до надлежниот општинскиот орган со пријава на штета, поради формирање на комисија за утврдување на нејзината причина и обем, па врз основа на фактот и доказите изнесени во тужбата не можат да се утврдат околностите под кои настанала штетата, како и конкретните оштетувања и евентуалниот придонес на тужителот за настанувањето на штетата. Третотужениот во одговорот на тужбата во целост го оспорува тужбеното барање, наведувајќи дека истиот е недозволен затоа што тужителот не пријавил штета на надлежниот општинскиот орган во рок од три дена од нејзиното настанување, па така го изгубил правото на судска заштита. Во доказната постапка судот навистина ги поминал сите докази на кои укажувал тужителот. Колку може да се примени изреката дека непознавањето на правото им штети на сите членови

⁸ Пресуда Основног суда у Бања Луци број: 71 0 Мал 149179 12 Мал од 25. 10. 2017.

на една општествена заедница? Зошто е оставен толку краток период да се пријави штетата на надлежната општинска комисија која настанала од дивеч, значи во овој случај од мечка? По нашето мислење не може да се очекува дека сите жители на една држава ги познаваат своите права и административни постапки за надомест на штета која ја прави дивечот. Одредбата од членот 59 од Законот за лов на Република Србија пропишува пријавата да се поднесе веднаш на надлежниот општински орган, а најкасно во рок од три дена откако настанала штетата. Исто така пропишана е обврска на општинскиот орган веднаш или во рок од 3 дена да се формира комисија за утврдување на причините за штета и проценка на вредноста на штетата. Анализирајќи го став 3 од истиот член кога е во прашање составот на комисијата се гледа дека законодавецот наведувајќи го стручното лице за проценка дека тоа е земјоделско или ветеринарно стручно лице ја имал предвид штетата која настанала на насадите или на животните. Тоа би можело понатаму да се толкува дека во овој случај, кога е во прашање штета на автомобилот, или кога се во прашање повреди или дури и смрт на лицата, не би можело да дојде предвид широко толкување на одредбата на членот 59 од Законот за лов на Република Српска, туку врз него би можеле да се применуваат само исклучителни одредби од Законот за облигациони односи за настанатата штета, а со самото тоа и за застареноста на правото за надомест на штетата. Образложувајќи ја својата тужба тужителот навел дека тој веднаш другиот ден по настанувањето на сообраќајната незгода околу 10 часот се обратил во полициската станица и дека раскажал што му се случило и дека полициските службеници тоа го констатирале во својата службена забелешка и утврдиле како дошло до оштетување на возилото, меѓутоа потеклото на тие оштетувања не можело да се констатира. До ловечкото здружение „З“ тужителот се обратил во јули 2011 година. Ловочуварот воочил траги од влакна на мечката на оградата и траги од лежење на мечката во потокот и тврдел дека мечката претходната ноќ била на тоа место, но дали дошло до контакт со возилото не можело да се утврди. Како што се гледа мечката не била повредена, а ниту можело да се очекува дека таа престојува на патот долго време. Се поставува прашањето зошто судот не и верувал на мајката совозач на тужителот како очевидец на настанот која изјавила дека таа била онаа која инсистирала синот веднаш да ја вози дома затоа што доживеала голем стрес и дека поради тоа синот дури утрото ја известил полицијата за настаната штета од настанот. Првостепениот суд ги анализирал исказите и на тужителот и на неговата мајка и исказот на вештакот кој тврдел дека оштетувањата на возилото настанале по ударот во возилото, а дека нема траги на друго возило како што се надолжни гребаници, остатоци од боја, заклучил дека не може со сигурност да се утврди дека штетата настанала токму онака како што штетниот настан го опишал тужителот и неговата мајка. Судот не се изјаснил во поглед на рокот кој тужителот го имал да ја пријави штетата според сегашниот Закон за лов на

Република Српска, што би можело да се заклучи дека ова прашање не е разгледано како претходно прашање или молкум сметал дека тоа е рокот за барање во управната постапка, а на заштита на судот не би можело да се применува. Судот сепак решавал за меритум и токму сметајќи дека нема доволно докази за усвојување на тужбеното барање истото го одбил. Окружниот суд во Бања Лука со својата одлука 71 0 Мал 149179 18 Гж, од ден 26.04.2018 година, ја потврдил првостепената пресуда и поаѓајќи од одредбите на Законот за парнична постапка дека парничните ставки се должни да ги докажат своите барања.⁹ Неоспорно е дека за тужителот настанала двострана штета. Водењето на долготрајни парници морало да има трошоци затоа што бил застапен по адвокат, а со првостепената пресуда е задолжително да ги надомести и трошоците на првотужениот и второтужениот кои изнесувале 1000 КМ. Анализирајќи ги спроведените докази пред првостепениот суд би можело да се изведе поинаков заклучок за настаната штета и нејзините причини, отколку тоа што го направил првостепениот и второстепениот суд. Ако го приспособиме случајот кој му се случил на тужителот на околностите на просечниот човек, тогаш би можело да се заклучи дека незгодата од која произлегла штетата за тужителот можела да се случи вака како што ја опишал тужителот и неговата мајка. Би требало да се испита зошто и со кој повод тужителот се движел во ноќните часови по наведениот пат. Дали брзината на движење била прилагодена и дали тој можел да очекува дека ќе се сретне со мечка? Дали просечниот човек може да оцени што му е приоритет во случај кога до контакт дошло со таков вид на животно како што е мечката. Постапувањето според Законот за лов на Република Српска за заштита на своите права, или реагирање како син чија мајка е здравствено загрошена и бара да се врати дома? Логично е просечниот човек да реагира како што опишал тужителот во таа ситуација. Тоа што не заминал веднаш на утврдување на трагите е логично. Колкав степен да храброст би требало да се востанови кај него дека во такви услови запалил ноќна лампа и гледал каде заминал оној што го удрил, т.е. мечката. Тој утврил како и неговата мајка, дека настанот се случил така. Тужените кои не се очевидци на настанот, требале да понудат докази дека настанот се случил на поинаков начин. Тие со ништо не го потврдиле тоа тврдење дека на настанот се случил на поинаков начин. Дали тоа било прилагодено движење на условите на патот може да биде предмет на кривична постапка која не е водена, а тужениот би требало тоа во парница за надомест на штета да го докаже. Второстепениот суд констатирал дека нема основа за жалбено наведување на тужителот дека на тој пат немало знак „дивеч на патот“ затоа што со тужба не биле опфатени јавните патишта односно правното лице кое го одржува предметниот пат Л.-К. Спротивно на ставот на второстепениот суд сметаме дека непостоењето на овој сообраќајен

⁹ Закон о парничном поступку Републике Српске члан 123. став 1 („Службени гласник РС“ број 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 Одлука Уставног суда 45/09, 49/09 и 61/13)

знак може да биде важно за оцена на однесувањето на тужителот на патот и всушност го зацврстува судот во ставот дека настанот се случил како што тужителот го опишал. Преку анализата на овие пресуди може да се забележат тешкотии и нејаснотии односно недоволна нормираност на специфичниот случај кога мечката како посебен законски издвоен дивеч ќе предизвика штета при судир со возило. Поради тоа би требало тоа да се направи со новите измени на Законот за лов како што неодамна тоа го направила Романија.

Нови решенија предвидени во Законот за лов и заштита на ловниот фонд во Романија

Законот за лов и заштита на ловниот фонд во Романија донесен е 2006 година, меѓутоа е менуван и дополнуван во повеќе наврати и тоа во 2008 година, а најновите измени се од јануари 2020 година кои се однесуваат на процена на штета и надомест која ќе ја предизвикаат мечката, волкот и рисот. Така во член 13 од Законот за лов и заштита на ловниот фонд додадени се нови точки кои зборуваат за надомест на штета предизвикана во текот на сообраќајни незгоди во кои се вклучени мечка, волк и рис. Доколку не се поставени знаци за предупредување „внимание животни“ одговорноста ја сноси оној кој што управува со патиштата, а во случај да постои таков знак тогаш оној кој што управува со возилото. Констатирањето дека штетата настанала, проценката на штетата и востановување на граѓанската одговорност го врши комисијата за утврдување на штети во рок од 72 часа, од предавањето на писменото барање на оштетеното лице на административната територијална институција на чија територија настанала штетата или страдањето. Плаќањето оштета се врши во рок од 30 дена од кога одлуката за плаќање ја соопштува раководителот на стручните територијални структури на централната јавна власт која одговара за лов или централната јавна власт за заштита на средината, во зависност од доменот на надлежност. Самата одлука за плаќањето се соопштува во рок од 10 работни дена од денот на констатирање штета или страдање. Во новите измени на споменатиот закон предвидено е кој е одговорен во случаите на ранување или смрт на физичкото лице кое настапило од страна на мечката, волкот или рисот. Централната јавна власт е одговорна да ја надомести штетата која одговара за ловот и централната јавна власт за заштита на животната средина која ќе ги покрие трошоците на болничкото лечење, трошоците за погреб, неостварената нето заработка во период додека жртвата била привремено спречена да работи, од моментот кога се случила несреќата и нематеријалната штета (душевната болка). Дури одредено е таа душевна болка во соодност со бројот на деновите во кој оштетениот бил неспособен за работа во однос на платата која личноста ја има. Во случај жртвата да нема плата се доделува сума на пари која е сразмерна со онаа сума на пари која претставува минимална заработувачка која ја прима некоја личност која работи. Во случај на смрт се врши компензација

на семејството на жртвата која изнесува толку колку што усмртеното лице би имало минимална плата до денот на пензионирање. Можат да се постават и некои забелешки на ова законодавно решение во Романија, меѓутоа е важно да се напомене дека е подобро решението судијата во евентуален спор да може да се повика на законската одредба. Поради тоа би требало и во Законот за лов и на Република Српска да се одредат односно издвојат посебни случаи кога со закон заштителниот дивеч пред се мечката ќе биде причинител за настанувањето на штетата што произлегува од судирот со моторното возило. Не е прифатливо исклучиво одговорен за настаната штета да биде оној кој управува со возилото, ако до штетата дошло доколку постои знак „дивеч на патот“, затоа што може да се случи дека животното ќе налета од страната на автомобилот од шумата, а при тоа возачот да се движел многу полека и внимателно. Не може да му се препише дури ни поделена одговорност за поделена штета, затоа што со таквото широко толкување би дошло до заклучок дека кај знаците „дивеч на патот“ возилата воопшто не би требало да се движат по тој пат, што е неприфатливо.

Неоспорно е дека треба да се заштитат животните, меѓутоа не на штета на луѓето Самиот основен закон за ловот и заштитата на ловниот фонд и врз негова основа донесените уредби на надлежниот министер за обврските на сопственикот на земјоделското земјиште и домашните животни околку превенцијата за надоместувањето на штета која би ја направиле со закон заштитените диви животни како и постапката за пријавување на штета се на товар за самите оштетени и изречно пишува дека Министерството на средината за земјоделство и шумарство одговара за штетата која ја направиле специјалните видови со закон заштитени мечка, волк и рис. Штетата мора да се пријави во рок од 24 часа. Оштетените дури немаат право за надомест на штета за уништените кошници кога ги уништува мечка туку само за уништените пчели.¹⁰

Надомест на штета која ја причинила мечката на земјоделските култури

Кога е во прашање надоместувањето на штета за земјоделските култури во судската пракса не се воочуваат такви двоумења и тешкотии во докажувањето како што е случај со предизвикување на штета во судир меѓу мечка и автомобил, иако пропишаните мерки кои го товарат сопственикот, односно корисникот на земјиштето за спречување на штета од дивечот не се воопшто лесен товар за сопственикот, особено ако штетата настанала од посебно заштитен дивеч

¹⁰ 1. Procedura de întocmire a dosarelor privind pagubele produse de animalele sălbatice culturilor agricole și animalelor domestice(în temeiul prevederilor H.G. nr. 1679/2008 și Legii nr. 407/2006) 2. Actele care trebuie să conțină dosarul privind pagubele produse de animalele sălbatice culturilor agricole și animalelor domestice(în temeiul prevederilor H.G. nr. 1679/2008 și Legii nr. 407/2006) <https://judetulharghita.ro/upload/public/vadkarok/dokumentumok/InformatiiIntocimireaDosarelorDePagube2019augusztus.pdf> 22. 06. 2020.

како што е мечката. Особено се јавуваат тешкотии во обврската оштетениот да ги сочува сите траги кои укажуваат на настаната штета и сторителот. Ке ја анализираме пресудата на Основниот суд во Бања Лука со број 71 0 П 043020 13 П 2 од ден 07. 05. 2013 година која е потвредена со пресуда на окружниот суд во Бања Лука со број 71 0 П 043020 13 Гж од ден 17. 02. 2014 година. Предмет на оваа парница било надоместувањето на штета која мечката ја предизвикала на садниците со сливи во овоштарникот кој е во сопственост на тужителот. Пред тоа на лице место излегла комисија која е формирана во согласност со Законот за лов и извршила проценка на штетата во износ од 1330, 50 КМ, меѓутоа тужителот таа спогодба не ја прифатил сметајќи дека е прениско пресудена штетата. Со оглед на фактот дека се работи за поделена обврска за надомест на штета и тоа на Република Српска во износ од 45% затоа што штетата ја предизвикала мечка судот пресудил дека Република Српска ќе го надомести тој процент што изнесува 1630 КМ, општината К. износот од 910 КМ што претсавува 25% во пресудениот износ и ЈП за шуми на Република Српска 30% што изнесува 1092 КМ. Врз основа на спроведените докази судот утврдил дека на тужителот како сопственик на овоштарникот му е причинета штета на 40 овошки со сливи од страна на мечката и дека веднаш другиот ден по пријавувањето на штетата на лице место излегла комисија за востановување и проценка на штета настаната од заштитен дивеч – мечка, општина К. одделение за стопанство и урбанизам. Комисијата во записникот констатирала дека овоштаникот се наоѓа на 200 м од куката на тужителот и дека од вкупниот насад од 40 стебла, 15 се потполно уништени, а дека останатите 25 стебла претрпеле оштетување на поединечните гранки и дека со режење можат да се доведат во ред. После тоа што тужителот одбил да ја потпише спогодбата дошло до парнична постапка која, како што е видно од второстепената одлука, бил долготраен. Тужените не ја оспорувале одговорноста за настанатиот штетен настан на тужителот, меѓутоа ја оспориле висината која судот ја утврдил преку сослушувањето на вештаците на земјоделската струка. Може да се констатира дека е општо познат факт дека мечките се наоѓаат во улога на штетници кога е во прашање насад или останати земјоделски култури и челарници, па поаѓајќи од тој факт помалку се наоѓаат судски спорови по повод тој вид на штета затоа што во таквите спорови се расправа само за висината, ако претходно со спогодбата не се реши и висината на штетата.

Сосема се ретки штетите кои потекнуваат од сообраќајните незгоди кои ги предизвикала мечка. Во анализираната второстепена одлика се гледа дека во образложението второстепениот суд констатирал дека првостепениот суд во целост го усвоил тужбеното барање на тужителот и ги обврзал тужените солидарно да ја надоместат штетата. Не е допуштено тужените солидарно да одговараат за штетата затоа што според Законот за лов поделената одговорност е изразена во проценти за надоместување на штетата која ја направила мечка.

Заклучок

Во воведниот дел на овој труд сме укажале на проблемите кои можат да се воочаат во правниот субјективитет на животните кога се во прашање одговорноста за штета која ќе ја предизвикаат. Меѓународната декларација за заштита на правата на животните дури толку го проширува правниот субјективитет на животните што го сврстува во апсолутно ист ранг како и правата на човекот дефинирајќи го човекот како посебен животински вид. Несомнено е дека некои животински видови во нашето опкружување станале ретки и било потребно да бидат заштитени со закон. Во овој труд сме го анализирале надоместувањето за штета која ја предизвикува мечката кое е и во Законот за лов на Република Српска, посебно издвоено кога е во прашање надоместот за штета која таа ја прави, а исто така и исклучувањето на одговорноста за штета која мечката ќе ја направи. Затоа е со законот утврдена поделба за надомест на штета и тоа за Република Српска во износ од 45%, за општината во висина од 25% и за корисникот на ловиштето во износ од 30%. Законски е изречно пропишано дека нема одговорност за штета која мечката ја предизвикува на стоката без овчар и на подрачје на кое е посејето забрането. Штетата која ја причинува мечката не може да се случи само на земјоделските култури, овоштарниците и пчеларниците туку и на домашните и дивите животни. Малку е обработуван овој проблем за надомест на штета во автомобилските незгоди кои ги предизвикува мечката. Од анализата на пресудата на Основниот суд во Бања Лука може да се изведе заклучок дека е потребно да се изведат и ценат сите докази кои тужителот ги изнесува и кои е во можност да ги изнесе пред судот, а да се бара од тужениот да докаже дека тужителот постапил во дадената ситуација спротивно на прописите. Одредбите на Законот за лов на Република Српска, како што сега гласат за спречување и надоместување на штета која ја прави мечката не можат да се применуваат во случај на надлежност на комисијата формирана по надлежниот општински орган, т.е. одделението за стопанство и општествено делување на општината која носи назив комисија за утврдување на причините за штета и проценка на вредноста, на случаите на сообраќајните незгоди кои ги предизвикува мечка. Анализирајќи го и новото законско решение и измената на законот во Романија, предлагаме во Законот за лов да се внесе и одредба за надомест за штета која ја прави мечката во сообраќајните незгоди, како на автомобилот така и за ранување и во случај на предизвикување смрт на блиските членови на неговата фамилија. Мечката станала дури и премногу привилигиран предизвикувач на штета. Од приложените извештаи на романските средства за јавно информирање може да се види дека мечките станале опасност за луѓето, не само за оние кои живеат како земјоделци и сточари туку и за жителите на градовите во кои се спуштаат и во кои прават штета. Одредувањето дека некои видови штета не можат да се надоместат ако ги направила мечка претставува ставање во дискриминаторска положба на тие оштетени во однос на оние кои

претрпеле штета од други предизвикувачи, на пр. од штета која ја направило некое друго домашно животно. Одредбите на Законот за лов на Република Српска за тоа како треба да се однесуваме за да се спречи штета од мечка не е возможно да се применат поради тоа што мечката е силно животно која е во состојба да ги премости сите препреки. Како што сме навеле во овој труд може да се случи, а што е најчест случај, сопствениците на земјиштето да се сиромашни и да не можат да обезбедат електронско следење за чување на стадата овци или повеќе овчари кои би присуствувале во чувањето на стадата овци така што фактички не може да се обезбеди во секој момент покрај добитокот да има овчар, а според одредбата на член 58 став 5 од Законот за лов нема одговорност за штета која ја прави мечката на добитокот без овчар. Се доведува во прашање и уставното начело за рамноправноста на сите пред законот, како и одредбата за европската конвенција за човекови права, за основните права на човекот. Имаме мислење дека загрозените животински видови не може така да се штитат за да тоа биде основа за дискриминација на луѓето во однос на тој вид. Колкава штета прави мечката на другиот дивеч и колку е во состојба ловечкото друштво кое стопанисува да се избори со таквата штета не може адекватно да се утврди, но и тоа е прашање на кое треба да се обрне внимание во уредувањето *de lege ferenda*. Да се доведува заштитата на еден животински вид кој може да им нанесе на луѓето голема штета, која честопати не може да се надомести, затоа што во прашање е животот на човекот, во таква положба што тој животински вид е над луѓето, е штета за целокупното општество и секој правен поредок. Ако правниот субјективитет на животните се доведе до исто ниво како и човечкиот тогаш би требало, како што некогаш било во старото римско право за штетата да му се суди на животното ако тоа е субјект во правото. Од друга страна не може да се обезбеди животното, во конкретниов случај мечката, да даде адекватни одговори на тужбата за надомест на штетата која ја направила. Мечката пред судот може да биде изведена само во некој роман, но во вистинскиот живот многу тешко. Токму дека таква несразмерност во поглед на изедначувањето на правниот субјективитет на животните со правниот субјективитет на човекот да не се случува треба да се најде мерка во која ќе се заштити животното особено мечката. Како што сме навеле ограничувањата во надоместувањето на штетата која овој животински вид ги предизвикува не можат да се пропишат во законот. Одговорноста за штетата треба да биде исклучиво на државата и единицата за локална самоуправа, а корисниците на ловиштето да не одговараат, затоа што кога постои постојана забрана на ловот на мечки, тие воопшто не можат да се користат со тоа што во нивното ловиште престојува мечка. Во законот треба да се регулира дали е задолжителна управната постапка преку комисијата за проценка на штета која ја прави мечката, само кога се во прашање штети на земјоделските култури, насади и пчеларници, потоа на домашните животни, или е потребен и во случај на сите видови штета, со посебен осврт на судирот

со возилата или не. Во случај да е задолжителна претходната управна постапка и за останатите видови штета тогаш би требало составот на комисијата да биде формиран од друг вид на стручни лица. Тука би бил потребен сообраќаен вештак, медицински вештак, актуар и многу често и градежен вештак. Со оглед на непредвидливоста на штетните последици кои можат да настапат по здравјето на луѓето, штетата во многу случаи не може веднаш да се утврди. Тоа би значело дека правобранителството требало да понуди спогодба на оштетениот, а ако оштетениот не ја прифати тогаш во редовна судска постапка оштетениот да оствари надомест или сатисфакција за сите видови штета кои ги предизвикала мечката, без никакво ограничување. На тужените секако им останува приговорот за поделените одговорности и доколку тие ја докажат неговата основаност тогаш судот би можел сразмерно да ја намали висината на штетата. На тој начин оштетениот и оној кој одговара за штетата која ќе ја направи мечката би биле во рамноправна позиција. На тој начин процентуално изразено би се зголемила можноста на оштетените да ја надоместат штетата настаната со дејствувањето на мечка, во однос на сегашните законски решенија и би се олеснила постапката пред судот, како во поглед на тежината на докажувања, така и во примената на материјалното право.

Литература

1. Actele care trebuie să conțină dosarul privind pagubele produse de animalele sălbatice culturilor agricole și animalelor domestice(în temeiul prevederilor H.G. nr. 1679/2008 și Legii nr. 407/2006) <https://judetulharghita.ro/upload/public/vadkarok/dokumentumok/InformatiiIntocmireaDosarelorDePagube2019augusztus.pdf> 22. 06. 2020.;
2. http://www.nasljedje.org/sr_RS/prirodno-nasljedje/biodiverzitet/202;
3. [http://www.radiomures.ro/stiri/400-de-sesizari-pentru-pagube-produse-anul-acesta-in-mures-de-animale-salbatice.html;](http://www.radiomures.ro/stiri/400-de-sesizari-pentru-pagube-produse-anul-acesta-in-mures-de-animale-salbatice.html)
4. Procedura de întocmire a dosarelor privind pagubele produse de animalele sălbatice culturilor agricole și animalelor domestice(în temeiul prevederilor H.G. nr. 1679/2008 și Legii nr. 407/2006);
5. Undă verde pentru vânătoarea de urși. Oficialii de la Mediu vor să introducă o cotă de intervenție de 175 de exemplare 05 Iulie 2017, 09:46 (actualizat 05 Iulie 2017, 22:01) http://stiri.tvr.ro/unda-verde-pentru-vanatoarea-de-ur-i--oficialii-de-la-medi-u-vor-sa-introduca-o-cota-de-interven--ie-de-175-de-exemplare_819542.html#view 22.06.2020.;
6. Закон за 407 од 09 ноември 2006, измени јануари 2020. <https://lege5.ro/Gratuit/geydamjsgq/art-38-exercitarea-vanatorii-lege-407-2006?dp=gmydeobsGayto> 22.06.2020.;
7. Закон о заштити природе Републике Српске („Службени гласник Републике Српске“ 20/14);

8. Закон о парничном поступку Републике Српске члан 123. став 1 („Службени гласник РС“ број 58/03, 85/03, 74/05, 63/07, 105/08 Одлука Уставног суда 45/09, 49/09 и 61/13);
9. Пресуда Основног суда у Бања Луци број: 71 0 Мал 149179 12 Мал од 25. 10. 2017.;
10. Универзална декларација за правата на животните на меѓународниот сојуз за права на животните од 15 октомври 1978 година, <https://constitutii.files.wordpress.com/2016/06/file-id-607.pdf>;
11. Уредба за Црвена листа на заштитените видови флора и фауна на Република Српска („Службени гласник РС“ бр. 124/12).

ВЛИЈАНИЕ НА ЕКОЛОШКАТА ТРАНЗИЦИЈА ВРЗ РАБОТНИТЕ МЕСТА

Билјана Тодорова

Вонреден професор

Универзитет „Гоце Делчев“ – Штип, Правен факултет

biljana.todorova@ugd.edu.mk

Апстракт

Главната теза во трудот е дека хармонизацијата на еколошкото законодавство ќе се одрази на пазарот на труд. Во практиката се забележува појава на нови „зелени“ работни места и трансформација на постојните. Со преминот кон позелена економија за очекување е во некои сектори и индустрии да се создаваат нови вработувања, но во други може да се намалуваат одредени занимања, па дури и да згаснат цели погони и индустрии. Оттука, може да се очекува дека транзицијата кон еколошки чисти работни места ќе ја зголеми невработеноста. Осигурувањето во случај на невработеност тука има значајна улога, во смисла на развој на вештини кои им се потребни на невработените лица, односно работно оспособување да можат да се вратат на работа во еколошки одржлива економија. Постојат причини за нормативна интервенција во системот за заштита од невработеност, кој бара изградба на „еколошка“ стратешка рамка за развој на вештини. Основната цел која би се постигнала со „еколошката“ интервенцијата во системот на осигурување во случај на невработеност е промена на структурата на работната сила, односно подобрување на поврзувањето на побарувачката и понудата на вештини на пазарот на трудот, што е истакнато и како цел во Националната стратегија за вработување на Република Македонија 2016-2020.

Во трудот ќе се даде одговор на прашањето за тоа каква е улогата на Агенцијата за вработување и улогата на социјалниот дијалог чии активности можат да бидат клучни во овој процес на транзиција на работните места кон еколошки чисто производство.

Клучни зборови: *заштита од невработеност, подготовка за вработување, еколошко законодавство, одржлив развој, пазар на труд, работна сила*

THE IMPACT OF THE ENVIRONMENTAL TRANSITION ON WORKPLACE

Biljana Todorova

Associate Professor,

University „Goce Delcev” – Shtip, Faculty of Law

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

Abstract

The main thesis in the paper is that the harmonization of environmental legislation will have an impact on the labor market. In practice, new green jobs are emerging and the transformation of existing ones is happening. It can be said that the transition to a greener economy will create new jobs across a range of sectors, but others may face difficulties as certain industries and occupations decline. As the transition to environmentally friendly jobs will at first increase the unemployment, the unemployment insurance plays an important role here in terms of developing the skills that unemployed people need, i.e. job training, to be able to return to work in an environmentally sustainable economy. There are reasons for normative intervention in the system of unemployment protection, which require building an eco-strategic skill development framework. The main objective to be achieved by eco-intervention in the unemployment insurance system is to change the structure of the workforce, i.e. improve the bond between the demand and the supply of skills to the labor market, which is also highlighted in the National Employment Strategy of the Republic of Macedonia 2016-2020.

The paper will answer the question of what is the role of the social dialogue and the role of the Employment Agency whose activities can be crucial to the success of such a strategy.

Keywords: *unemployment protection, employment preparation, environmental legislation, sustainable development, labor market, labor force*

1. Вовед

Глобалната опасност од климатски промени предизвикани од човечки фактор доведе заштитат на животната средина и одржливиот развој (одржливост на природните ресурси) да бидат во фокус на политиките на голем број земји во светот. Зголемената важност на одржливиот развој и преминувањето кон нискојаглеродна економија се одрази врз зголемено темпо на промена на пазарот на трудот и на потребата од нови вештини. Европската Унија во моментот е најголемиот сојузник на оваа како што е наречена еко-транзиција. За важноста на овој проблем говори и фактот што третина од вкупното законодавство на Европската Унија се однесува токму на животната средина. Со оглед на тоа што Република Северна Македонија е земја-кандидат за членство во Европската Унија, и престои долг пат во процесот на усогласување на нашето национално законодавство во оваа област со законодавството на Европската Унија. Обврските за промени што претстојат кон Европската Унија во оваа област, не е тешко да се претпостави дека ќе имаат влијание и на пазарот на труд. Оттаму, хармонизацијата на еколошкото законодавство ќе се одрази на домашниот пазар на труд.

Невработеноста и понатаму претставува голем предизвик за нашата земја. Социо-економската интеграција на луѓе кои имаат ниски образовни достигнувања, ниски вештини, историја на долгорочна невработеност, станува се повеќе ранлива. Во исто време деградација на животната средина, климатските промени и неодржливиот развој се меѓу најсериозните закани што ги има нашето општество. Во борбата против овие закани, треба да се искористат можностите што се нудат.

Може да се каже дека идејата за „зелени“ работни места е релативно нова кај нас. Оттука, помагањето на ранливите луѓе да ги добијат потребните вештини и работно искуство за пристап до работни места во „зелената“ економија е ветувачки механизам за социјално вклучување.

Во Европската Унија, недостаток на работни вештини веќе одамна се препознава како главно тесно грло во голем број сектори, како што се обновлива енергија, енергетска ефикасност и ефикасност на ресурсите, реновирање на згради, градежништво, услуги за животна средина и производство.¹ Располагање на работниците и претпријатијата со вистински вештини за зелените работни места не само што игра клучна улога во иницирањето на транзицијата кон зелена економија, туку и во овозможувањето праведна транзиција која обезбедува социјална вклученост и пристojна работа.² Работодавачите кои инвестираат во нови технологии треба да се во можност да најдат работници со потребните вештини. Неспорно е дека знаењето и вештините се клучни фактори за успех на лицата кои бараат вработување. Оттаму, еколошката свест треба да биде дел од образованието и обуката на сите нивоа. За успешна трансформација неопходно е навремено обезбедување на релевантни и квалитетни вештини, кои ја зголемуваат вработеноста и продуктивноста. Тука, од посебно значење е постоењето на одржлив и координиран систем на образование и обука во рамките на концептот на доживотно учење, низ жива и активна улога на Агенцијата за вработување, но и на други релевантни субјекти.

2. Што се „зелени“ работни места?

Пред да са зборува за улогата на осигурувањето во случај на невработеност во поддршка на „зеленото“ вработување, важно е да се разбере што се подразбира под „зелени“ работни места.

Иако во светот одамна се употребува, од прегледот на литературата може да се заклучи дека поимот на зелени работни места се уште е недоволно прецизно одреден. Постојат неколку дефиниции од кои можат да се извлечат

¹ Cedefop., *Skills for green jobs in the United Kingdom: an update* [unedited proof copy], 2018, Available only at: <http://www.cedefop.europa.eu/en/uploads/dfu/countryreportuk>, стр. 9, пристапено на 10.04.2020.

² *Promoting Decent Work in a Green Economy*, The ILO Green Jobs Team Geneva, February 2011, стр. 26.

некои заеднички елементи, како: употребата на обновливи извори на енергија, зголемување на енергетската ефикасност, ублажување и спречување на загадувањето на животната средина и зачувување на природните ресурси.³

Во најширока смисла терминот „зелени работни места“, се употребува за оние вработувања што произлегуваат преку какви било активности за да се спречи, ограничи, минимизира или го корегира негативното влијание на човечките активности врз околината.⁴ Овие работните места главно се поврзани со борба против климатските промени, производство на енергија од обновливи извори на енергија, намалување на емисиите на јаглерод, зголемување на енергетската ефикасност, управување со отпад и вода, подобрување на квалитетот на воздухот и обнова и зачувување на биолошката разновидност.

Развој на вакви „зелени“ работни места ја стимулира побарувачката и за високо и за ниско квалификувана работна сила.

Дефиницијата усвоена од центрите на Еуростат за еколошки добра и услуги, опфаќа „активности кои произведуваат стоки и услуги за мерење, спречување, ограничување, минимизирање или оштетување на животната средина во вода, воздух и почва, како и проблеми поврзани со отпад, бучава и екосистеми. Ова вклучува технологии, производи и услуги, со кои се намалува ризикот за животната средина и минимизирање на загадувањето и ресурсите.“⁵ Со ваквото дефинирање на чистите индустрии, фокусот цврсто се става кон заштита на животната средина и зелените работни места.

Меѓународната организација на трудот ги дефинира „зелените“ работни места како пристojни работни места во секој економски сектор (на пример, земјоделството, индустријата, услугите, администрацијата) кои придонесуваат за зачувување, обновување и подобрување на квалитетот на животната средина. Зелените работни места го намалуваат влијанието на претпријатијата и економските сектори врз животната средина преку подобрување на ефикасноста на енергијата, суровините и водата; де-карбонизирање на економијата и намалување на емисиите на стакленички гасови; минимизирање или избегнување на сите форми на отпад и загадување; заштита или обновување на екосистемите и биодиверзитетот; и поддршка на прилагодувањето на ефектите од климатските промени.⁶

За Меѓународната организација на трудот, концептот на зелени работни места ја сумира трансформацијата на економиите, работните места,

³ Јанкович, Ј., *Специфичне мере „озелењавања“ осигурања за случај незапослености*, Зборник Правног факултета, Универзитет у Нишу, 2016, стр. 257.

⁴ European Commission, *Green jobs for social inclusion*, Eurocities, Brussels, 2015, стр. 5.

⁵ Cox, A., & Foley, B., *PES and green jobs*, European Commission, Brussels, 2013, стр. 2.

⁶ https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_220248/lang--en/index.htm, посетено на 08.04.2020

претпријатијата и пазарот на работна сила во ниско јаглеродна, одржлива економија која обезбедува пристojни можности за вработување за сите. Оние работни места во претпријатија кои ги исполнуваат само минималните национални стандарди за труд се „лесно“ зелени, додека работните места во претпријатија што обезбедуваат дополнителни социјални придобивки за работниците, како што се заштита на мајчинството, се „темно“ зелени работни места.⁷ Колку повеќе претпријатието го минимизира отпадот и загадувањето, ја зголемува енергетската ефикасност, ги штити и обезбедува социјалните бенефиции за работниците, толку повеќе придонесува за одржлива иднина.

Во литературата се среќава и дефиниција според која “зелено работно место” се дефинира како секоја професионална активност која помага во заштитата на животната средина и борбата против климатските промени и се препознава по енергетски и суровински штедења, промовирање на обновлива енергија, намалување на отпадот и загадувањето, заштита на биодиверзитетот и екосистемите.⁸

Наједноставно речено, зелени работни места се пристojни работни места кои придонесуваат за зачувување или обновување на животната средина. Тоа се оние работни места кај кои дошло до промена на технологијата која ги намалува емисиите на отпад или потрошувачката на енергија со што ги прави работните места во тој процес „позелени“ од претходно.⁹ Зелените работни места можат да се најдат во секој економски сектор и секоја фирма, без разлика дали станува збор за традиционални сектори како секторот на производство и градежништво, или понови сектори како обновливите извори на енергија и енергетската ефикасност.

Постојат две клучни компоненти, „пристојноста“ и животната средина. Од аспект на животната средина, зелените работни места придонесуваат за:

- ефикасна употреба на ресурси;
- намалување на отпадот и управувањето со отпадот;
- намалување на аерозагадувањето;
- заштита и обнова на екосистемите;
- намалување на стакленичките емисии на гасови;
- прилагодување на последиците од климатските промени;
- зголемена енергетска ефикасност.

Од овие дефиниции може да се заклучи дека зелените работни места се оние

⁷ Исто.

⁸ *Zielone miejsca pracy*, Sprawdzone rozwiązania dla Europy, http://www.greensefa.eu/fileadmin/dam/Documents/Publications/GND/Green_jobs_PL.pdf, посетено на 10.04.2020.

⁹ Bezdek, R. H., Wendling, R. M., & DiPerna, P., *Environmental protection, the economy and jobs: National and regional analyses*, Journal of environmental management, Washington, DC, USA, 2008, стр. 69.

занимања кои придонесуваат за заштита на животната средина, намалување на аерозагадувањето, и справување со климатските промени, но кои и во исто време обезбедуваат социјална еднаквост и инклузивност.¹⁰

Зголемеиот фокус кон еколошки одржлив развој и транзиција кон „зелени“ работни места има големи импликации врз деловните активности на работодавачите и претпријатијата. Грижата за животната средина и патот кон одржлив развој претставуваат голем предизвик, но исто така и вистинска можност за нови вработувања. На работодавачите и претпријатијата им се потребни алатки и добри практики за да станат ефективни застапници во дијалозите за националната политика за развивање стратегија за минимизирање на ризиците и идентификување на можностите од трансформација на работните места.

3. Потреба од реформа на осигурување во случај на привремена невработеност

Побарувачката за зелени вештини има потенцијал да ја промени содржината на постојните

работни места. Тие можат да вклучат работа со нови материјали, енергија и развој на нови начини на управување и проценка на влијанието врз животната средина. Според Европската комисија, веројатно е дека овој нов начин на производство и работа во поголема мера ќе ги таргетира веќе вработените лица, отколку што ќе создаде нови работни места.¹¹ Во „Водичот за правична транзиција кон еколошки одржливи економии“ се гарантира правото на работниците за „правична транзиција“, која треба да осигура заштита на работниците кои трпат последици од еколошката деградација и да осигура лимитирање или целосно отстранување на одредени индустрии кои тоа го предизвикуваат.¹² Ова, во голема мера може да се обезбеди преку упатување на невработените лица на подготовка за вработување, односно веќе вработените на обука, преквалификација или доквалификација.

Имено, во Република Северна Македонија прашањата за размена на трудот, правата и обврските на работодавачите, невработените лица, други лица кои бараат работа и државата, во врска со вработувањето и осигурувањето во случај на невработеност и други прашања од значење за вработувањето се уредени согласно Законот за вработување и осигурување во случај на невработеност.¹³

¹⁰ Јовановски, А., Милошевски, М., *Зелените работни места и младите луѓе во Република Македонија*, Проект: Млади за одржлив развој, 2018, стр. 24.

¹¹ Сох, А., & Foley, В., цитирано дело, стр. 3.

¹² https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/publications/WCMS_432859/lang--en/index.htm, посетено на 12.04.2020.

¹³ Пречистен текст, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.112 од 25.07.2014 година

Секој работник додека е во работен однос, задолжително е осигуран во случај на невработеност.

Права кои произлегуваат од овој тип на осигурување се:

- паричен надоместок;
- подготовка за вработување (обука, преквалификација или доквалификација);
- право на здравствена заштита, во согласност со прописите за здравствена заштита;
- право на пензиско и инвалидско осигурување во согласност со прописите за пензиското и инвалидското осигурување на невработеното лице корисник на паричен надоместок на кое му недостасуваат најмногу до 18 месеци пред исполнување на услови за стекнување право на старосна пензија, а кое нема 15 години стаж на осигурување, до остварување на 15 години стаж на осигурување;
- права на инвалидни лица за вработување со поволни услови во согласност со закон.¹⁴

Агенцијата за вработување ги утврдува потребите на работодавачот од работници и на невработените лица за вработување што треба да се вработат со обука, преквалификација или доквалификација и ги информира невработените лица и работодавачите за потребите, условите и начинот на организирање на обука, преквалификација или доквалификација. Агенцијата за вработување врши услуги на обука, преквалификација или доквалификација пред престанок на работен однос, краткорочни обуки за вработување на невработени лица, обука на работно место и обука за учество на невработени лица во јавни работи, самостојно и преку јавни и приватни обезбедувачи на обука, со нивен избор по пат на јавен оглас, под условите утврдени со договор меѓу Агенцијата за вработување и обезбедувачот на обуката.¹⁵ Со обука, преквалификација или доквалификација, се овозможува стекнување и дополнување на знаењата, на невработените и други лица заради вработување. Обуката, преквалификацијата или доквалификацијата се организира и врши во Агенцијата, односно кај работодавачот, според посебни програми, под услови и на начин утврдени со акт на Агенцијата.¹⁶

Прегледувајќи го правото за заштита од невработеност, може да се каже дека традиционалниот / контрибутивен систем на осигурување во случај на невработеност кој се базира на уплата на придонес и исплата на паричен надоместок за време на привремена невработеност, ја губи моќта во борбата против стапката на невработеност, за која може да се претпостави дека, во

¹⁴ Исто, член 64.

¹⁵ Исто, член 14.

¹⁶ Исто, член 15.

услови на еко-транзиција, дополнително ќе се зголемува.¹⁷

Услугите од размената на трудот на работодавачите од страна на Агенцијата за вработување, покрај другите, се состојат во помош на работодавачот во организирање на обука, преквалификација или доквалификација на невработените лица според нивното образование и способности за потребите на работодавачот.¹⁸ Нормативната еко-интервенција во системот за заштита од привремена невработеност треба да се фокусира на решавање на проблемот на недостаток и неусогласеност на вештините со потребите на работодавачот и промовирање на развој на транспарентност, одржлив и координиран систем на образование и обука во рамките на концептот на доживотно учење, низ жива и активна улога на Агенцијата за вработување, но и на други релевантни субјекти. На тој начин, резултат на процесот на еко-реформата на системот на осигурување во случај на невработеност би бил еко-модернизација на работната сила.¹⁹

Согласно Законот за вработување и осигурување во случај на невработеност обука, преквалификација или доквалификација може да се врши и во јавни и приватни установи од областа на образованието, во согласност со прописите од областа на образованието.²⁰ Голем предизвик во образовните реформи е и вклучување на работодавачите во реформите заради создавање на работна сила согласно потребите на работодавачите. Нивното учество и насоки се клучни во реформирањето на средното стручно образование кое треба да одговори на потребите на пазарот на труд, како и во рамки на Развојот на Националната рамка на квалификации. Националната рамка на квалификации може да одигра важна улога во намалување на несовпаѓањето на понудата и побарувачката на работна сила, преку прецизно дефинирање на стандардите на квалификации (со вклученост на работодавачите).

Според едно истражување, работодавачите не се спремни да инвестираат во обука на работно место на новите работници, бидејќи сметаат дека обуките не можат да ги решат проблемите со несоодветното образование.²¹ Обуките и тренингот не можат да ги решат сите проблеми на несоодветно образование, но можат барам малку да влијаат на намалување на невработеноста.

4. За потребата од донесување еко-стратегија за вработување

Одржливиот развој и заштита на животната средина доведуваат до тоа да престане потребата на некој од работните места или да престанат да се вршат

¹⁷ Јанкович, Ј., *цитирано дело*, стр. 254.

¹⁸ Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност, член 12.

¹⁹ Јанкович, Ј., *цитирано дело*, стр. 255.

²⁰ Исто, член 15.

²¹ *Национална Стратегија за Вработување на Република Македонија 2016-2020*, Министерство за труд и социјална политика, октомври 2015, стр. 25.

на начин на кои претходно биле обавувани, а од друга страна се создаваат нови професии и нови работни места. Бидејќи транзицијата кон еколошки чисти работни места уште во прв наврат ќе ја зголеми невработеноста, осигурувањето во случај на невработеност тука има значајна улога, во смисла на развој на вештини кои им се потребни на невработените лица, односно работно оспособување да можат да се вратат на работа во еколошки одржлива економија.²² Без квалифицирани работници и компетентни претпријатија, преминот кон еко-економија нема да биде ниту технички изводливо, ни економски издржливо. Затоа е важно да се предвидат потребите и да се избегне недостатокот на вештини со обезбедување нивен развој како дел од една сеопфатна стратегија за вработување.²³

Постојат причини за нормативна интервенција во системот за заштита од невработеност, кој бара изградба на стратегија за развој на еко-вештини. Еко-стратешката рамка за развој на вештини, во нормативна и практична смисла, би ги идентификувала мерките за развој на вештини, релевантните субјекти кои би ги применувале овие мерки, како и времето на нивно превземање. Еден од најголемите предизвици, со кои ќе се соочи една вака дизајнирана стратегија за развој на вештини е координација на економскиот раст, заштитата, зачувувањето и унапредувањето на животната средина и заштитата од невработеноста. Во Националната Стратегија за Вработување на Република Македонија 2016-2020, мерките за намалување на трошоците за работната сила (намалување на даночниот јаз на платите, субвенционирани вработувања.), ја поттикнуваат побарувачката за работна сила, но според одредени автори, подобри политики за стимулирање на невработеноста се оние кои ја зголемуваат ефикасноста на понудената работна сила.²⁴

Во таа рамка на координирано дејствување на системот за заштита од невработеност, системот на образование и заштита на животната средина како посебна задача се истакнува оспособување на невработените лица за вршење на новите зелени, или пак старите озеленети работни места (работни места на нечистата индустрија кои се менуваат со воведувањето на еко-иновации во процесот на производство). Имено, основната цел која би се постигнала со еко-интервенцијата во системот на осигурување во случај на невработеност е промена на структурата на работната сила, односно подобрување на поврзувањето на

²² Јанкович, Ј., *цитирано дело*, стр. 257.

²³ International Labour Office, *Draft policy guidelines for a just transition towards environmentally sustainable economies and societies for all* – Report for discussion at the Meeting of experts on Sustainable Development, Decent Work and green Jobs (Geneva, 5-9 October, 2015). Превземено од: Јанкович, Ј., *цитирано дело*, стр. 258.

²⁴ Јаќимовски, Ј., at al., *Невработеност – ризици и предизвици (истражувачка студија)*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Институт за социолошки и политичко-правни истражувања, Скопје, 2013, стр. 18.

побарувачката и понудата на вештини на пазарот на трудот, што е истакнато и како цел во Националната стратегија за вработување на Република Северна Македонија 2016-2020. Може да се очекува дека ова барем до одреден степен ќе ја намали стапката на невработеност (преку обука за нови работни места кои настанале како исклучива последица на политиката за заштита на животната средина и обука за вештини за веќе постоечките работни места во кои настанале промени во начинот на производство или пружање услуги заради воведување на чисти технологии и процеси – социјална превенција).

Понатаму, може да се каже дека овие работни места, настанати како резултат на хармонизацијата на еколошкото законодавство, се потполно нови работни места кои се еколошки чисти и кои настануваат како резултат на воведување на еко-иновации во процесот на производство и со тоа премин кон еколошки чисто производство (како инжињери за животна средина, инспектори за животна средина, екологисти, оператори за рециклирање, лица кои вршат селекција на отпадот, лица кои управуваат со електронски отпад). Од друга страна стандардните работни места на возачите, ложачи, инжињери, работниците на службите за одржување на хигиена, не можат да останат имуни на новините кои се воведуваат во процесот на вршење на работите во согласност со барањата на новите еко-стандарди.

Креаторите на политиките за вработување и заштита од невработеност треба да бидат подготвени да одговорат на предизвиците за промена на структурата на работната сила кои еколошки чистата индустрија ќе ги стави пред нив. Позеленувањето на економијата, работните места и образованието е една од важните алатка за постигнување одржлив развој што може да обезбеди нови основи за креирање политика на вработување и заштита од невработеност.

Ова е истакантоа на трипартитниот состанок за одржлив развој, пристојна работа и зелени работни места одржан во Женева 2015 год., на кој е заклучено дека еко-економијата создава бројни можности за постигнување на социјални цели, односно дека има потенцијал да биде нов мотор на раст, како во развиените така и во земјите во развој. Освен тоа, еко-економијата е и генератор на пристојни, зелени работни места кои значително можат да допринесат за сузбивање на сиромаштијата и социјалната исклученост.²⁵

5. Значењето на информациските и комуникациските технологии во овој процес

Нема да го изоставам и посебното значење што го има употребата на информациските и комуникациските технологии. Имено, значењето на екологијата, зачувувањето на ресурсите, заштитата на животната средина треба да им се направат достапни на младите. За постигнување на овој резултат од витално значење е употребата на интернетот, друштвените мрежи, апликациите,

²⁵ Јанкович, Ј., *цитирано дело*, стр. 253 и 255.

видео-игрите и другите платформи за пренос на информации. Во таа смисла, треба да се искористат предностите на популарната интернет култура и преку соодветни медиуми да се пласира во јавноста пораката за одржливиот развој. Освен тоа, Агенцијата за вработување на својата веб страница, и нејзините профили на социјалните мрежи треба да го промовира развојот на зелените вештини, зеленото вработување и зеленото претприемништво. На овој начин, соодветната еко-порака се пренесува до географски изолираните заедници.

Особено е значајно, Агенцијата за вработување да ги упатува невработените лица (со претходно формирана таргет група, со слични квалификации посебно помеѓу младите луѓе) на соодветни програми за квалитетно образование и обука, кои ќе им овозможат стекнување на вештини кои одговараат на сегашните и идните потреби на пазарот на труд, да им пружи помош да се прилагодат на промените кои настанале како последица на еко-транзицијата, и да го поддржи учењето засновано на практика, како најдобар пат помеѓу образованието и работата.

Кога невработеното лице ќе заснова работен однос, посебно значење има и институтот доживотно учење - организирање обуки во и надвор од работното место со што поголема употреба на информациските и комуникациските технологии. Иако поединецот е работно ангажиран, не престанува потребата за понатамошен развој на вештините. Еко-иновациите и екологизацијата се во постојан и траен процес. Пазарот на труд постојано се менува и потребата за работна сила, за одредени нови квалификации постојано постои. Агенцијата за вработување своите активности треба да ги прошири така што целна група на корисници на нејзините услуги не бидат само невработените лица, туку и недоволно обучените работници кои се во ризик од губење на вработувањето.

6. Улогата на социјалниот дијалог

Ефективниот социјален дијалог, координацијата помеѓу министерствата и комуникацијата помеѓу работодавачите и давателите на обуки ќе бидат клучни за успехот на ваква еколошка транзиција. Учеството на социјалните партнери во преговорите е клучно за да се обезбеди праведна транзиција, бидејќи тие ги искажуваат оние кои се најдиректно инволвирани и засегнати; работодавачите и работниците. Социјалниот дијалог помеѓу владите, работниците и работодавачите е од суштинско значење не само за намалување на тензиите и поддршка на подобро информирани и кохерентни еколошки, економски и социјални политики, туку и за сите социјални партнери да бидат вклучени во развојот на таквите политики. Владината помош за работниците и за претпријатијата ќе биде неопходна во многу случаи.

Од аспект на социјалната солидарност и со цел да се мобилизира политичката поддршка и поддршката на работното место за потребните промени, неопходно е да се постават политики за да се осигури дека оние што

можат да бидат негативно засегнати се заштитени преку поддршка на приходите , можности за преквалификација, помош за преместување и слично.

Социјалниот дијалог е критично важна компонента на транзицијата, особено на работно место каде што се потребни гласови на работниците и на работодавачите за да се одреди дизајнот на нови одржливи системи за производство и работни практики. Во некои случаи, работодавачите и синдикатите почнуваат да работат заедно во озеленувањето на работното место, градење на долга традиција на соработка за безбедност и здравје при работа и други прашања.

7. Заклучок

Проблемот за односот меѓу заштитата на животната средина и работните места постои веќе со децении. Трудот прави осврт на ефектот што хармонизацијата на регулативата за животна средина ќе го има врз домашниот пазар на труд.

Во практиката, треба да се очекува дека барањата за заштита и подобрување на животната средина, заштита на планетата од климатските промени и транзицијата кон еколошки одржливо производство доведува и ќе доведе до затворање на бројни несеколошки работни места. Се предвидува дека еколошката транзицијата ќе има навистина голем ефект врз работната сила. Промените на пазарот на трудот се неизбежни и промената на понудата и побарувачката ќе биде проследена со конкретни барања за определени вештини, креирање на нови форми на работа и зголемена побарувачка за определен број на индустрии. Благодареејќи на еколошката интервенцијата (во процесот на производството и пружање на услуги) ќе настанат некои потполно нови занимања, додека некои традиционални, ќе престанат да се обавуваат, или пак, нема да се вршат на дотогашниот начин.

Во принцип, може да се каже дека преминот кон позелена економија е и ќе продолжи да создава нови вработувања. Земјите што се движат кон зелената економија се сведоци на овие влијанија. Но, како што се намалуваат одредени индустрии и занимања, работните места во нив може да се соочат со тешкотии.

Позитивниот напредок во Република Северна Македонија, во голема мера ќе зависи од координацијата на политиките и претходното планирање, вклучувајќи и преквалификација на работниците и надградба на вештините. Посебно внимание треба да се посвети на младите луѓе кои треба да бидат опремени со вистинско знаење и вештини за успешно интегрирање во зелената економија.

Транзицијата кон зелена економија бара нови вештини за новонастанатите работни места и вештини потребни за прилагодените постоечки работни места. Затоа е важно да се предвидат потребите и да се избегне недостатокот на вештини со обезбедување нивен развој како дел од една сеопфатна стратегија

за вработување. Без соодветно обучена работна сила ваквата еколошка транзиција ќе биде невозможна. Тука се нагласува улогата на Агенцијата за вработување која треба да ги прошири своите активности, така што целна група на корисници на нејзините услуги не бидат само невработените лица, туку и недоволно обучените работници кои се во ризик од губење на вработувањето. Значи, постојат причини за нормативна интервенција во системот за заштита од невработеност, кој бара изградба на стратегија за развој на еко-вештини.

Треба да се каже дека, оние што ќе почнат еколошки стандардизиран бизнис потрено е да вложат и во обука на работната сила. Но, работодавачите не секога се спремни да инвестираат во обука на работно место на новите работници. Епилогот е дека се јавува потреба за нови вештини на работните места, а образованието треба да е спремно да одговори на тие потреби.

Меѓу оние кои го проучуваат зеленото производство, зелените вештини, зеленото вработување и зелениот раст, малкумина од нив во процесот на оваа еколошка транзиција, на системот за заштита од невработеност му даваат активна улога.

Се разбира, не треба да се очекува дека инвестирање во промена на структура на работната сила како резултат на новите еколошки стандарди во целост ќе ја намали невработеноста. Но, од промените што неизбежно ќе настанат во процесот на европските интеграции, нужно е и реформирање на правата во случај на привремена невработеност, од што може да се очекува барем минимален резултат за намалување на стапката на невработеност и обезбедување пристојна работа.

Литература

1. Bezdek, R. H., Wendling, R. M., & DiPerna, P., *Environmental protection, the economy and jobs: National and regional analyses*, Journal of environmental management, Washington, DC, USA, 2008.
2. Cedefop., *Skills for green jobs in the United Kingdom: an update* [unedited proof copy], 2018, Available only at: *Promoting Decent Work in a Green Economy*, The ILO Green Jobs Team Geneva, February 2011.
3. Cox, A., & Foley, B., *PES and green jobs*, European Commission, Brussels, 2013, стр. 2.
4. European Commission, *Green jobs for social inclusion*, Eurocities, Brussels, 2015.
5. Јаќимовски, Ј., at al., *Невработеност – ризици и предизвици (истражувачка студија)*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Институт за социолошки и политичко-правни истражувања, Скопје, 2013.
6. Јанкович, Ј., *Специфичне мере „озелењавања“ осигурања за случај незапослености*, Зборник Правног факултета, Универзитета у Нишу, 2016.
7. Јовановски, А., Милошевски, М., *Зелените работни места и младите луѓе во Република Македонија*, Проект: Млади за одржлив развој, 2018.

8. *Национална Стратегија за Вработување на Република Македонија 2016-2020*, Министерство за труд и социјална политика, октомври 2015.

Правни акти

1. Закон за вработување и осигурување во случај на невработеност, Пречистен текст, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.112 од 25.07.2014 година.
2. Интернет линкови
3. https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/publications/WCMS_432859/lang--en/index.htm
4. http://www.greensefa.eu/fileadmin/dam/Documents/Publications/GND/Green_jobs_PL.pdf
5. https://www.ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_220248/lang--en/index.htm
6. <http://www.cedefop.europa.eu/en/uploads/dfu/countryreportuk>.

СИСТЕМИ НА КОНТРОЛА ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ СО ПОСЕБЕН ОСВРТ НА ПРЕТХОДНАТА (*EX-ANTE*) КОНТРОЛА

Борка Тушевска Гавриловиќ,

Професор, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип

borka.tusevska@ugd.edu.mk

Виолета Шаклева,

м-р на правни науки

violeta.sakleva@ugd.edu.mk

Апстракт

Анализирано од аспект на застапеност на корупцијата, јавните набавки претставуваат еден од најкритичните сектори во економијата. Ваквата констатација може да се генерализира за речиси сите правно-економски системи. Ова од причина што не постои правен систем во којшто нема корупцијата во сферата на јавните набавки. Кога станува збор за оваа прашање, фокусот се става на ефикасноста на системите за редуцирање на просторот за злоупотреба во доделувањето на договорите за јавни набавки, односно намалување на корупцијата. Компаративно, речиси не постои правен систем што преку имплементација на различни системи на контрола не се обидува да ја намали корупцијата. Токму споменатите системи на контрола ќе бидат предмет на анализа во овој труд. Со доминатна употреба на аналитичко-дескриптивниот метод, како и компаративниот метод, ќе се обидеме да направиме анализа на ова проблематика, ставајќи го акцентот на „претходната контрола“ или позната како “ex-ante” контрола. Токму овој вид на контрола ја создаде главната идеја/мотивација да се зафатиме со ова прашање. Анализирајќи релевантна легислатива, практика и теорија, констатиравме дека овој концепт на контрола различно се поима, интерпретира и практикува во правни системи, кои фундаментално тргнале од идентична концептуална постановка во имплементацијата на овој модел на контрола. Ни се чини тоа може да биде генератор за различни проблеми во практиката. Оттука, ја поставивме и главната цел на овој труд, и тоа, да го определиме поимот на „ex-ante“ контролата, разграничувајќи го во теоретска смисла со другите типови на контрола, и што е најбитно, укажувајќи на предностите и слабостите од погрешното уредување и практикување на истиот. Иако предмет на анализа ќе бидат повеќе правни системи, фокусот сепак ќе биде на состојбата во Република Северна Македонија.

Клучни зборови: ревизија, контрола, ризици, проценка, прекршок

SYSTEMS OF CONTROL IN PUBLIC PROCUREMENT WITH SPECIAL REVIEW ON PREVIOUS (EX-ANTE) PROCEDURE

Borka Tushevska Gavrilovikj,

PhD, Faculty of Law, University “Goce Delchev” Shtip

borka.tusevska@ugd.edu.mk

Violeta Sakleva, L.M

violeta.sakelva@ugd.edu.mk

Abstract

Analyzed from the perspective of corruption, public procurement is one of the most critical sectors in the each economy. This statement can be applied to almost all legal-economic systems. This is due to the fact that there is no legal system in which there is no corruption in the field of public procurement. When it comes to this issue, the focus is on the efficiency of the systems for reducing the space for abuse in awarding public procurement contracts, ie reducing corruption. Comparatively, in other words, there is no national economy and no legal system, which, through the implementation of various control systems aren't trying to reduce corruption. The mentioned control systems will be analyzed in this paper. With the dominant use of the analytical-descriptive method, as well as the comparative method, we will try to make an analysis of this question, emphasizing the “previous control” or known as “ex-ante” control. This kind of control created the main idea / motivation to deal with this issue. Namely, analyzing this question, with the help of relevant legislation, practice and theory, we found that it is differently understood, interpreted and practiced in legal systems, which seem to have started from an identical conceptual position in the implementation of this model of control. It seems to us that it can be a generator for various problems in practice. Hence, we set the main goal of this work, to define the concept of “ex-ante” control, distinguishing it in theoretical terms with other types of control, and most importantly, pointing out the advantages and disadvantages of mismanagement and practicing the same. Although several legal systems will be analyzed, the focus will be on the situation in the Republic of Northern Macedonia.

Key words: audit, control, risks, assessment, misdemeanor

Вовед

ГЛАВА ПРВА

СИСТЕМИ НА КОНТРОЛА ВО ДОДЕЛУВАЊЕТО НА ДОГОВОРИТЕ ЗА ЈАВНИ НАБАВКИ ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

1. Улогата и значењето на системите на контрола во доделувањето на договорите за јавни набавки

Јавните набавки се исклучително значајна компонента за давање на јавни услуги, добро управување и за обезбедување одржлива економија со инклузивен раст. Во просек, тие претставуваат околу 12% до 20% од БДП во националните економии. Во Република Северна Македонија, јавните набавки за 2019 година претставуваат 11% од БДП на земјата и 24,79% од државниот буџет, за разлика

од 2018 година кога претставуваат 9% од БДП и 20,9 % од државниот буџет¹.

Поради вака високата вредност на учество во пазарните економии, јавните набавки имаат значајна улога за развој на економијата. Предуслов за да се постигне состојба на економски раст и развој, е создавањето на услови за постојано јакнење на системот за јавни набавки. Ова првенствено подразбира изградба на ефикасна правна и институционална рамка за зајакнување на интегритетот на процедурата за правилна распределба на „јавните пари“.

Зајакнувањето на интегритетот на системот на јавни набавки, во голема мерка е условен од постоењето на ефикасни системи на контрола во доделувањето на договорите за јавни набавки. Овие системи на контрола се индикатори за нивото на почитување на фундаменталните начелата на кои почиваат јавните набавки, и тоа: транспарентност, ефикасност и ефективност во трошењето на јавните пари, обезбедувањето на лојална и здрава конкуретност помеѓу економските оператори, недискриминирачки пристап кон истите итн.² Токму затоа, постоењето или непостоењето на ефикасни системи на контрола на трошење на јавните пари/парите на граѓаните, можат да имаат не само економско, туку политичко и, пошироко општествено влијание.

1.1 Поим и видови системи на контрола во јавните набавки

Терминот „контрола“ во својата најширока смисла значи моќ, власт над нешто. Во потесна смисла, овој термин се употребува во контекст на спроведување на проверка, надзор, ревизија или преглед како општ поим, или се доведува во врска со институцијата којашто врши надзор, проверка, ревизија или преглед.

И во областа на јавните набавки прифатливо е наведеното поимање на терминот „контрола“. Спроведувањето на контрола во контекст на јавните набавки, е тесно поврзано со постоењето на прецизна, функционална правна и институционална рамка за спроведување на истата. Ова првенствено подразбира поставување на законски и подзаконски акти со јасно утврдени одредби, применливи во нивното практичното реализирање и отсуство на правни празнини во применливиот правен режим. Второ, меѓутоа не помалку значајно, подразбира воспоставување на соодветна институционална рамка, којашто е предуслов за ефикасна и ефективна контрола во доделување на

¹ Извештај на Европската Комисија за Република Северна Македонија (European Commission Report - North Macedonia) 2019, p.62. Достапно на: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-north-macedonia-report.pdf>, Извештај на Европската Комисија за Република Северна Македонија/European Commission Report - North Macedonia [пристапено на 5 Јуни 2020 година].

² Види повеќе за улогата на основните начела на јавните набавки врз интегритетот на системот на јавните набавки: Osei-Afoakwa, K.; How Relevant is the Principle of Transparency in Public procurement? Developing Country Studies (IISTE), Vol. 4, No.6., 2014, p. 7, Достапно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420311, [пристапено на 1 Јуни 2020 година].

договорите за јавни набавки.³

Комбинацијата на соодветно (стручно) воспоставена институционална рамка и постоењето на соодветна правна рамка, се предуслови за успешно вршење на која било од трите видови на контрола во јавните набавки или на сите заедно, меѓутоа, последователно.

Трите видови на контрола во јавните набавки се :

1. Претходна или *ex-ante* контрола
2. Тековна контрола во текот на постапката и
3. *Ex-post* контрола, односно контрола во фаза на реализација на договорот

Разграничувањето на овие три вида на контрола е неопходно бидејќи само така може да се воспостават трите битни видови на системи на контрола во јавните набавки. Основни прашања во функција на разграничување на овие системи на контрола се:

- Која е целта на контролата?
- Кој ја врши контролата?
- Кога ја врши контролата?
- Кој е обемот на контрола?
- Кога завршува контролата?

Првиот вид е *претходна или ex ante контрола*. Таа има превентивна цел, да се спречи започнување на постапка за јавна набавка со елементи кои имаат за цел изигрување на законот или подзаконските акти. Ја врши посебен орган во соработка со договорниот орган, а може и со учество на економскиот оператор. Се врши пред објавување на огласот за јавна набавка, односно испраќање на покана за учество во постапката за јавна набавка, а се однесува на тендерската документација. Оваа контрола завршува со објавување на огласот.

Вториот вид на контрола е *контрола во текот на постапката за јавна набавка*. Целта на оваа контрола е да се донесе правосилна одлука за доделување на договор за јавна набавка во согласност со законот и тендерската документација. Ја врши комисијата кај договорниот орган со или без помош на внатрешни или надворешни стручни лица. Соодветна улога врши и економскиот оператор со увид во тендерското досие. Освен комисијата како првостепен орган, секогаш оваа контрола се врши и од страна на второстепен орган, Државната комисија за жалби по јавни набавки. Оваа контрола се врши од објавување на огласот за јавна набавка, односно испраќање на покана за учество во постапката за јавна набавка, до донесување на правосилна одлука. Се врши на сите преземени дејствија во овој период. Завршува со донесување на правосилна одлука за избор или одлука за поништување.

Трет вид е ex-post контрола, конципирана со цел после завршувањето на постапката за јавна набавка да се утврди дали реализацијата на договорот е

³ Види повеќе: European Commission, Assessing quality of Government at the regional level using Public Procurement data, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, pp.4-54.

во согласност со се она што било предвидено во спроведената постапка. Оваа контрола ја врши договорниот орган во соработка со економскиот оператор којшто го извршува договорот. Се врши во текот на извршувањето на договорот по однос на сите елементи предвидени во договорот, тендерската документација и огласот. Оваа контрола завршува со извршување на договорот, освен ако во самиот договор не е предвидено поинаку.

Она што е битно да се напомене е дека кај договорниот орган во текот на сите три видови контрола може да биде вклучена неговата интерна ревизија, согласно неговите акти. Државна ревизија може да се врши во сите видови контрола, а ја врши посебен орган – Државен завод за ревизија. И секако, судовите, обвинителствата и останатите органи и институции согласно прописите кои ги определуваат нивните надлежности, можат да се вклучат вршење на една или повеќе контроли. Ова елаборација на структурата на системите на контрола генерално се однесува за Република Северна Македонија, иако, компаративните истражувања покажуваат дека концепциски, со термиолошки разлики на надлежните тела, повеќе или помалку, истото важи и за другите земји од регионот.

1.2 Управната контрола и ревизија во системот на јавните набавки во Република Северна Македонија

Согласно важечкото законодавство до 2008 година, во Република Македонија постоеше систем на претходна контрола којашто беше во надлежност на Бирото за јавни набавки (*во понатамошниот текст БЈН*).⁴ Со Законот за измени и дополнување на Законот за јавни набавки (Сл. Весник на Република Македонија бр.148/2013), се воспостави нов, специјализиран орган – Совет за јавни набавки, којшто помеѓу другото спроведува и претходна “*ex-ante*” контрола. Во најновото законско решение⁵, освен контролата којашто ја врши Државната комисија за жалби по јавни набавки, воведен е еден нов институт на контрола, со термиолошка определба „Управна контрола“. Овој концепт на контрола е уреден во посебна Глава IX од ЗЈН со наслов „Управна контрола и ревизија“.

Земајќи ги предвид погорепоставените критериуми (прашања коишто ги детерминираат посебните видови на системи на контрола) и доведувајќи ги во врска со решенијата од глава IX на ЗЈН од 2019 година, ќе се обидеме да го образложиме концептот на „управна контрола“ воспоставен со новиот закон. Имено, од законските решенија предвидени од член 172-180, произлегува

⁴ Во законските решенија до 2008 година постоеше посебен вид на контрола на нетранспарентната постапка – постапка со преговарање без објавување на оглас. Оваа контрола ја вршеше Бирото за јавни набавки. Овој орган вршеше претходна *ex ante* контрола на сите постапки за јавни набавки со или без користење на стручна помош на надворешни стручни лица.

⁵ Закон за јавните набавки (Сл. Весник на Република Македонија бр.24/2019).

дека, *управната контрола се спроведува во текот на постапката за јавна набавка*“. Според законската формулација од член 172, став 1 од ЗЈН, „Управна контрола над примената на овој закон врши Бирото *пред* испраќање на одлуката за избор или за поништување на постапката.“⁶

Надлежноста БЈН да врши *управна контрола*, е предвидено и во член 45 став 1, точка 6 од ЗЈН од 2019 година. Во суштина *“управна контрола”* на постапките вршат државнислужбеници од БЈН. Во однос на тоа кога се врши контролата, согласно ЗЈН, таа може да започне *после* објавување на огласот за јавна набавка со тоа што БЈН преку Електронскиот систем за јавни набавки, каде што огласот е објавен и преку којшто се спроведува постапката, го известува договорниот орган дека е започната управна контрола за постапката по објавениот оглас. Рокот за завршување на управната контрола е 10 дена од денот кога Бирото го известило договорниот орган за вршење управна контрола.

Предметот на *„управната контрола“* е предвиден во член 172 од ЗЈН од 2019 година. Па така во став 3 е определено дека „Предмет на управна контрола се постапките за јавни набавки чија проценета вредност е над 500.000 евра во денарска противвредност кај набавката настока и/или услуги и над 2.000.000 евра во денарска противвредност кај набавката на работи.“ Во ставот 4 од овој член на ЗЈН, законодавецот го имплементирал и концептот на „случаен избор“ базиран на употребата на критериумот „проценка на ризици од кршење на законот“.⁷ Во оваа насока, ЗЈН предвидува дека БЈН може да врши управна контрола на која било постапка за јавна набавка врз основа на проценка на ризиците од кршење на одредбите од овој закон и послучаен избор.

Кога врши управна контрола ако Бирото утврди една или повеќе неправилности кои имаат обележје на прекршок согласно ЗЈН или казниво дело, може да поднесе прекршочна пријава до надлежниот суд или да го извести надлежното јавно обвинителство на Република Македонија. Управната контрола има суспензивно дејство, односно Бирото го известува договорниот орган дека не смее да ја продолжи постапката сè додека не констатира дека истата е во согласност со ЗЈН и/или додека договорниот орган не постапи согласно со инструкциите на БЈН.⁸

Откако ќе заврши *„управната контрола“*, службениците што ја вршеле составуваат записник од извршената управна контрола и го доставуваат до договорниот орган. Ако договорниот орган го прифати записникот и постапи

⁶ Исклучок постои во поглед на постапките за јавни набавки на договорните органи од членот 9 став (1) точка д) од ЗЈН од 2019 година.

⁷ Повеќе за концептот на „случаен избор“ и „проценка на ризик од кршење на законот“ како основи за определување/избор на постапките над кои се врши контрола од страна на БЈН, или од страна на другите надлежни тела во компаративни системи, види повеќе во компаративниот дел од овој труд.

⁸ Член 174 став 2 од ЗЈН Сл.Весник 24/ 2019.

по инструкциите, управната контрола завршува тука. Но, ако не го прифати, договорниот орган може да достави дополнително образложение до БЈН во рок од три работни дена од денот на добивањето на записникот за извршена управна контрола. Понатаму, БЈН во рок од пет работни дена може да го прифати и да го дополни и измени првичниот записник, доколку се согласува со доставеното дополнително образложение од страна на договорниот орган или да не го прифати, да ги потврди наодите од првичниот записник, и електронски преку ЕСЈН да ја остави целокупната прикачена документација до Државната комисија. Во рок од пет работни дена Државната комисија одлучува. Решението на Државната комисија е конечно и обврзувачко за договорниот орган и за БЈН. Значи, управната контрола завршува или со прифаќање на записникот за извршена управна контрола или со Решение на Државната комисија за жалби по јавни набавки.

ГЛАВА ВТОРА КОМПАРАТИВНО ПРАВНИ АСПЕКТИ НА СИСТЕМИТЕ НА КОНТРОЛА ВО ЈАВНИТЕ НАБАВКИ СО АКЦЕНТ НА EX-ANTE КОНТРОЛАТА

1. Правниот режим на системите на контрола во земјите од регионот

Анализирајќи го прашањето за системите на контрола во јавните набавки во земјите од регионот, дојдовме до констатацијата дека речиси не постои правен систем којшто нè посветува големо внимание на ова прашање. Предвидените системи на контрола, независно од тоа дали станува збор за “*ex-ante*”, “*тековна*” или “*ex-post*” контрола, повеќе или помалку, се блиски по својата структурна поставеност. Оттука, секаде може да се забележи надлежноста на агенцијата за јавни набавки, канцеларијата за јавни набавки, бирото за јавни набавки, државна комисија за жалби по јавни набавки, јавно обвинителство, народен правобранител, судовите итн.⁹ И во поглед на системот на “*ex-ante*” контрола во јавните набавки, со сигурност можеме да истакнеме дека мотивот/целта на имплементацијата на овој концепт на контрола, во сите земји е речиси идентична, и тоа: потребата за намалување на корупцијата, нетранспарентноставо постапките, дискриминацијата и ниското ниво на конуретност помеѓу економските оператори. Повеќето држави во споредбено модифицирана форма го имаат имплементирано овој систем на контрола.¹⁰

⁹ Види: Sistem javnih nabavki u Bosni i Hercegovini, Crnoj Gori, Makedoniji i Srbiji, достапно на: <http://balkantenderwatch.eu/local/uploaded/Komparativ/Comparative-%20BLS%20FINAL.pdf>, [пристапено на 6 Јуни 2020 година].

¹⁰ Тука сепак не мислиме на политичката волја, туку на мотивацијата како концепт, факт е дека многу често се имплементираат овие системи за да се задоволаат некои европски критериуми или да се освои политичката сцена, а во суштина, системот функционира поинаку, а волјата на владеачките гарнитери е поинаква.

Како надополнување на ова е и неспорното влијанието на Европската Унија, во насока на имплементирање антикорупциски мерки за спроведување на јавните набавки и зголемување на конкуренцијата преку учество на малите и средни претпријатија, во земјите членки и земјите што не се членки, а кои се обврзале на хармонизирање на сопственото национално законодавство со ЕУ.¹¹

Суштински за осознавањето на концепт на “*ex-ante*” контролата е определување на нејзината правна природа. Објаснувајќи ја правната природа на концептот “*ex-ante*” контрола, Павлова ќе истакне¹²: *превенцијата, методолошката асистенција, обезбедувањето на законитост* се фундаменталните карактеристики коишто ја детерминираат правната природа на овој институт. Иако овие карактеристики Павлова ги врзува за Бугарскиот системот на “*ex-ante*” контролата, проучувајќи го компаративно овој вид на контрола, соодветно е да се истакне дека истите карактеристики се типични и за системите на контрола во другите земји од регионот.

На „*превенцијата*“ или “*превентивната улога*” на овој вид контрола укажува и самиот назив на “*ex-ante*”, чија цел е превенирање на повреда на правилата за јавно набавување, спречувањето и превентивното отстранување на недостатоците, незаконитостите, нејаснотиите во постапките за доделување на договорите за јавни набавки пред потпишувањето на договорот за јавна набавка, во случај да постојат незаконити дејствија при спроведување на истата.

„*Методолошката асистенција*“ како карактеристика го истакнува необрзувачкиот карактер (непенелизирачкото дејство или отсуството на санкција) на сугестиите, забелешките на надлежното тело за спроведување на контролата, кои имаат карактер на препораки, начела за отстранување на недостатоците и незаконитостите во спроведувањето на постапката. Конечно, не и најмалку важно, обезбедувањето на законитост во спроведување на постапката. Имено, од ова карактеристика на “*ex-ante*” контролата, произлегува дека надлежното тело нема ингеренции да навлегува во потребата на договорните органи за доделување на конкретен договор, туку само и единствено во законитоста на постапката. Конечно, “*ex-ante*” е во функција на обезбедување на законитоста на постапката, што подразбира укажување на сите незаконски дејствија и недостатоци.

¹¹ Со Законот за ратификација на спогодбата за стабилизација и асоцијација помеѓу Република Македонија и Европските заедници и нејзините земји членки, Република Македонија се обврза на усогласување на внатрешното законодавство со законодавството на ЕУ. Следствено и во делот на јавните набавки. Види: [http://www.sep.gov.mk/data/file/SSA/SSA\(1\).pdf](http://www.sep.gov.mk/data/file/SSA/SSA(1).pdf), [пристапено на 1 Јуни 2020 година].

¹² Pavlova, M.; Public Procurement- *Ex-ante control* – Nature and development, Bulgarian Journal of Business Research, Central and Eastern European Online Library, 2017, p. Issue No., 01 EN, Достапно на: <https://www.cecol.com/search/article-detail?id=478010>, [пристапено на 24 Јуни 2020].

Анализите на споредбените правни системи од регионот, покажаа и одредени специфики на спроведувањето на овој вид на контрола во јавните набавки, особено во делот на статусот на надлежното тело, предметот на јавната набавка, фазите на спроведување на контролата итн. Се разбира ефикасноста и ефективноста од спроведувањето на истата во одделните правни системи е посебно прашање, кое бара дополнително истражување на база на друг вид параметри, во најголем дел статистички. Во овој сегмент ќе се задржиме на компаративните правни режими, како основ за понатамошно истражување на ова проблематика. Во функција на добивање на порелеватни податоци за поимањето и перцепцијата на “*ex-ante*” контролата од релеватната јавност, спроведовме регионален анкетен прашалник што е во прилог на овој компаративен дел од трудот.

1.1 Системот на “*ex-ante*” контролата во јавните набавки во Република Бугарија

Република Бугарија го има воспоставено и надградувано системот на “*ex-ante*” контрола во јавните набавки во неколку фази. Првата форма на “*ex-ante*” контрола во доделувањето на договорите за јавните набавки е воспоставена со измени и дополнувања на законодавството од 2007 година (објавено во SG 37 of 2006). Со имплементацијата на “*ex-ante*” од 2007 година, извршниот директор т.е., Агенцијата за јавни набавки на Бугарија (во понатамошниот текст АЈНБ)¹³ доби надлежност на нејзина иницијатива или на барање на договорниот орган да назначи експерти од АЈНБ кои ќе бидат „наблудувачи“ (*observers of procedure for awarding contracts*)¹⁴ на постапките за доделување на договорите за јавни набавки. Ова решение се однесуваше само на постапките кои ги надминуваат Европските прагови предвидени во член 45 а од Законот за јавните набавки на Република Бугарија.¹⁵ Извештајот од спроведениот мониторинг

¹³ Агенцијата за јавни набавки во Бугарија, е формирана во 2004 година со Уредба на Советот на Министри, број 56, а согласно Законот за јавните набавки. Агенцијата за јавни набавки во Бугарија е субординирано тело на Министерството за економија, енергетика и туризам. Види повеќе: Public procurement – Study on administrative capacity in the EU Bulgaria country profile, 2013, pp. 1-10. Достапно на: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/bg.pdf, [пристапено на 25 Мај, 2020 година].

¹⁴ Pavlova, M.; Public Procurement- *Ex-ante control* – Nature and development, Bulgarian Journal of Business Research, Central and Eastern European Online Library, 2017, p. Issue No., 01 EN, Достапно на: <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=478010>, [пристапено на 24 Јуни, 2020].

¹⁵ За да не го обременуваме текстот со законски членови упатуваме: Види член 45 а од Законот за јавните набавки на Бугарија, [file:///C:/Users/User/Downloads/Public_Procurement_Act%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Public_Procurement_Act%20(1).pdf), а во врска со Европските прагови за јавни набавки: https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/thresholds_en, [пристапено на 2 Јуни 2020 година].

немаше obligatorна сила за договорните органи, туку сила на препорака пред донесување на одлука.

Во 2009 година, со измени на законот за јавните набавки, се постави нов концепт на “*ex ante*” контрола.¹⁶ Главната цел и на овој концепт на “*ex-ante*” контролата е пред почетокот на доделувањето на договорот за јавни набавки, да му се дадат информации на договорниот орган за детектираните недостатоци и повреди на законот, заедно со препораки како да се отстранат истите.¹⁷ Од аспект на неговата санкциониращка природа, и овој концепт на контрола имаше само сила на „*препорака*“ кон понатаношните дејствија на договорниот орган.¹⁸

Од 26 Февруари 2012 година, системот на “*ex-ante*” контролата во јавните набавки во Република Бугарија доживува новатрансформација, кога подразбира поместување на концептот на контрола од една во две фази и тоа: пред и после отворање на постапката.¹⁹ Во Септември 2016 година, системот на јавните набавки во Бугарија е модернизирани, усогласен со Европското законодавство и новиот пакет на директиви.²⁰ Законските интервенции се рефлектираа и во делот на “*ex-ante*” контролата. Новитетите во поглед на ова прашање се однесуваа на имплементацијата на системот на контрола по „*случаен избор/random choice control*” над Европските фондови, што подразбира примена на критериумот „*ниво на ризик*“ како главен критериум во одредување кои постапки ќе бидат предмет на мониторинг. Со имплементацијата на овој модел, проширен е опсегот на предмети опфатни со “*ex-ante*” контролата, согласно што истата може да се спроведе не само на постапките финансирани од ЕУ фондови, туку на сите постапки кои подразбираат доделување на „јавни пари“ во приватниот сектор. Од аспект на интервенциите во националната легислатива, Република Бугарија не заостанува зад Европските трендови. Ова се однесува и на делот на системите на контрола, вклучувајќи ја и „*ex-ante*” контролата. Во извештајот од 2019 година, Европската комисија истакнува дека Бугарија остварува прогрес во поглед на исполнувањето на трите препораки од мерката 5, меѓутоа дека се

¹⁶ Овој концепт на контрола се спроведуваеше врз „постапките за доделување на договори за јавни набавки финансирани преку Европски фондови“ и постапките за преговарање без јавен оглас.

¹⁷ Pavlova M, *Public Procurement- Ex-ante control – Nature and development*, op.cit., p. 22.

¹⁸ Иако реперкусиите од извештатите од спроведената „*ex-ante*“ контрола најчесто се врзуваат за прекин на финансирањето или известување на второстепен орган, сепак, фактот што карактерот на ова контрола е само „*препорака*“, отвара повеќе теоретски и праткични дилеми и тоа не само во Бугарскиот туку во повеќе други системи на контрола на јавните набавки.

¹⁹ Pavlova M, *Public Procurement- Ex-ante control – Nature and development*, op.cit., p. 24.

²⁰ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC., Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC.

уште треба да се работи на ова поле за да се постигне задоволителното ниво .²¹

1.2 Системот на “*ex-ante*” контролата во доделувањето на договорите за јавни набавки во Република Србија

На 24-ти Декември 2019 година, Националното Собрание на Република Србија донесе нов закон за јавните набавки, што стапи на сила на 1 Јануари 2020 година. Голем дел од одредбите кои се содржани во овој закон, ќе стапат на сила од 1 Јули 2020 година.²² Република Србија спроведува систем на контрола во јавните набавки, вклучувајќи го и системот на „*ex-ante*“ контрола. За разлика од Бугарскиот концепт на “*ex-ante*” контролата, Република Србија го доделува екстерниот мониторинг врз јавното набавување на граѓанскиот сектор (CSOs). Вклучувањето на граѓански супервизор во постапката на доделувањето е условена со постигнување на законски предвидениот праг, што во практична смисла значи доделување на договор што надминува 1 билион српски динари. Согласно законската формулација, „кога договорниот орган спроведува постапка за доделување на договор за јавна набавка која надминува 1 билион динари, постапката е мониторирана од граѓански супервизор.“ Супервизорите во суштина се лица, експерти од областа на јавните набавки, или од област што е поврзана предметот на набавката. Подобна за спроведување на мониторинг во процесот на доделувањето на договорите, се и асоцијациите кои работат на јавни набавки, спречување на корупција или спречување на судир на интереси. Граѓанските супервизии или асоцијации во смисла на член 28 став 3 од ЗЈНРС објавен во Сл. Весник број 124/2012, 14/2015 и 68/2015, се избираат по критериуми и барања кои ги поставува канцеларијата за јавни набавки. Надлежно тело за назначување на граѓански супервизор е канцеларијата за јавните набавки и истиот се назначува не подоцна од денот определен во планот за јавни набавки како ориентир за иницирање на постапката, т.е., во рок од 30 дена од денот на приемот на планот.

²¹ Извештај од Европската Комисија за Европскиот Парламент и Совет за прогресот на

Бугарија согласно механизмот на соработка и верификација, Брисел 2019 (оригинален назив: REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL on Progress in Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism). Достапно на: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/progress-report-bulgaria-2019-com-2019-498_en.pdf, [пристапено на 1 Јуни 2020 година].

²² Види за новитетите кои ги донесува законот за јавни набавки на Србија од 2019 година повеќе на: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/01/serbia---public-procurement-regulations-2020>, [пристапено на 1 Јуни, 2020 година]. Во делот на контролата во спроведувањето на јавните набавки, текстот е заклучен со 15 Јуни 2020 година, односно анализираниот модел на “*ex-ante*” контролата е согласно Законот за јавните набавки (“Off. Herald of RS”, Nos. 124/2012, 14/2015 and 68/2015), достапно на: <https://www.paragraf.rs/propisi/law-on-public-procurement.html>, [пристапено на 2 Јуни 2020 година].

Договорните органи не смеат да иницираат постапка за доделување на договор пред да назначат граѓански супервизор. После спроведената супервизија, супервизорот доставува извештај и истиот го поднесува до комитетот на националното собрание надлежно за финасии и автономни провинции и до канцеларијата за јавни набавки, во рок од 20 дена од склучувањето на договорот или од кога одлуката за поништување на постапката е донесена.²³ Концептот на контрола, вклучувајќи ја и “*ex-ante*” контролата е предмет на повеќе критички анализи.²⁴ Согласно извештајот на ЕУ комисијата за прогрес на Република Србија од 2019 година, на полето на јавните набавки Србија има уште работа. Ова не го исклучува и сегментот на контрола, што претставува фундамент за редуцирање на корупцијата преку доделувањето на „јавните пари“ во Република Србија.²⁵

1.3 Системот на “*ex-ante*” контролата во доделувањето на договорите за јавни набавки во Република Хрватска

Системот на контрола на јавните набавки во Република Хрватска се базира на европските трендови и националните потреби и практики на државата. Во 2016 година во сл. весник број 120/2006 беше објавен новиот закон за јавните набавки.²⁶ Согласно важечкото законодавство во Република Хрватска, контролните активности може да бидат иницирани од државниот правобранител, сектор за буџетска ревизија во рамки на министерството за финасии, граѓанска и анонимна петиција и другите надлежни тела согласно важечкото законодавство.²⁷ Во поглед на “*ex-ante*” контролата, фокусот е на проверката на документите за набавки кои се финасираат во склоп на проекти од Европските социјални фондови (*во понатамошниот текст ЕСИ*). Понатаму, овој тип на контрола се спроведува и врз јавните набавки финасирани од фондовите за Европски регионален развој, кохезиски фонд во финансиска перспектива 2014-2020.²⁸ Со цел поефикасно спроведување на процедурата, а

²³ Од компаративен аспект види повеќе за сите земји членки на ЕУ: <http://www.sigmaweb.org/publications/Public-procurement-COVID-19-crisis-SIGMA-April-2020.pdf>

²⁴ Novakovic, M.; Common law and Civil law today – Convergence and Divergence, Institute of International Politics and Economics, Serbia, Series in Law, Vernon Press, 2019, p. 393.

²⁵ Види: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-serbia-report.pdf>, [пристапено на 2 Јуни 2020 година].

²⁶ Види: <https://www.zakon.hr/z/223/Zakon-o-javnoj-nabavi>, [пристапено на 3 Јуни, 2020 година].

²⁷ Čulina, H.; Procurement capacity and system, Enhancement – Croatia example, Ministry of Economy Entrepreneurship and Crafts– Directorate for Public Procurement Policy, Bucharest, Romania 8.-10. May 2018.

²⁸ Види: https://www.safu.hr/hr/bilten-br-2-2018/ex-ante-pregled-dokumentacije-o-nabavi?previ ew=true&s=c5MORpNZCHRu0vithui_Og&s2=hORtugNvuZ0c_iHRO5MiCp, [пристапено на 5

врз основа на одлука на Владата, беше изготвен посебен „упат за доставување на документација на набавка на “*ex-ante*” преглед пред склучување на договор за доделување на бесплатни средства, за набавки за кои е предвидено да се финансираат во рамки на проектот од ЕСИ фонд 2014-2020 година“.²⁹

Основната цел на овој вид на контрола, е да се направи преглед на документацијата и да се отстранат сите незаконитости и недостатоци пред покренување на постапката за јавна набавка, што според нас е и суштината на “*ex-ante*” контролата. Обврзувачкиот карактер на “*ex-ante*” контролата произлегува од одлуката на Владата на Република Хрватска.³⁰ Ова контрола се спроведува пред поведување на постапката за јавна набавка. Истата не смее да биде покрената пред да биде спроведен “*ex-ante*” мониторингот.

И покрај предвидените механизми на контрола, согласно извештајот на ЕУ комисијата од 2019, Република Хрватска, како и сите земји од регионот има работа на полето на намалувањето на корупцијата, особено во локалните набавки. Во таа насока во самиот извештај се нагласува потребата од зајакнување на *ex-ante* контролата.³¹

2. УЛОГАТА И ЗНАЧЕЊЕТО НА ПРЕТХОДНАТА (EX-ANTE) КОНТРОЛА ОД ПЕРСПЕКТИВА НА РЕЛЕВАТНАТА ЈАВНОСТ

Со цел да се оствари целта на истражувањето во овој труд, во анализата на прашањето за „*ex ante*“ контролата во јавните набавки, спроведовме анкета во анализираниите земји од регионот. Анкетата е спроведена преку платформата Survey Hero³² на англиски јазик, со репрезентативен примерок од 100 испитаници - претставници на договорни органи и економски оператори. Добиени се одговори од 63 испитаници.

При поставувањето на прашалникот, тргнавме од најсуштинските прашања релеватни на ова проблематика, особено во однос на претходната или *ex ante* контрола, каде што го ставивме и акцентот во овој труд.

Првенствено, во контекст на утврдувањето на значењето на “*ex ante*“
Јуни 2020 година].

²⁹ Види: <https://www.eu-projekti.info/prethodne-kontrolle-javne-nabave-hoce-li-rezultirati-s-manje-nepravilnosti/>, [пристапено на 3 Јуни, 2020].

³⁰ NN 87/2018 (28.9.2018.), Одлука за задолжително спроведување на *ex-ante* контрола на јавните набавки во рамки на проектите чија намера е финансирање од европски структурни и инвестициски фондови во финанси период 2014. – 2020 (оригинален назив: NN 87/2018 (28.9.2018.), Odluka o obvezi provedbe prethodne (ex-ante) kontrole javnih nabava u okviru projekata koji se namjeravaju sufinancirati i sufinanciraju iz europskih strukturnih i investicijskih fondova u financijskom razdoblju 2014. - 2020).

³¹ Види: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/2019-european-semester-country-report-croatia_en.pdf, [пристапено на 1 Јуни 2020].

³² Во прилог на овој труд е дадена и оригиналната анкета во пдф формат

контролата во јавните набавки, тргнавме од прашањето „која контрола е позначајна во јавните набавки“?

Прашање 1 – Која контрола е позначајна во јавните набавки

Вид на контрола – Одговор (повеќе опции)	Број на одговори	Проценти %
Ex-ante (претходна)	15	23,81
Ex-post (контрола на реализација на договорите)	8	12,7
Двете	44	69,84

Табела 1

Добиени се 67 одговори бидејќи на испитаниците им беше дадена можност да се определат за повеќе одговори, а не само за еден. Од анализата на одговорите се гледа дека 69,84 % од испитаниците сметаат дека и двете контроли се значајни во јавните набавки, но во однос на ex ante версус ex post контролата, 23.81% сметаат дека позначајна е ex ante контролатанаспроти 12,7 кои сметаат дека е позначајна ex post контролата.

Прашање 2 – Во кој дел на постапката за јавна набавка е важна ex ante (претходната) контрола ?

Одговор – повеќе опции	Број на одговори	Проценти %
Пред објавување на огласот и тендерската документација	49	77,78
По објавување на огласот и тендерската документација	12	19.05
Во фаза од отворање на понудите до донесување на одлука	13	20,63
Друго	1	1,59

Табела 2

Добиени се 75 одговори бидејќи на испитаниците им беше дадена можност да се определат за повеќе одговори, а не само за еден. Од анализата на одговорите се гледа дека најголем број од испитаниците 77,78 % сметаат дека претходната – ex ante контрола е важна пред објавување на огласот и тендерската документација.

Прашање 3 – Дали прашањата и забелешките на економските оператори се еден вид на превентивна- ех ante контрола?

Одговор – една опција	Број на одговори	Проценти %
Да	50	79,37
Не	13	20,63

Табела 3

Добиени се 63 одговори затоа што на испитаниците им беше дадена можност да се определат за еден од двата понудени одговори. Од анализата на одговорите се гледа дека 50 испитаници или 77,37% сметаат дека прашањата и забелешките на економските оператори се еден вид на превентивна - ех ante контрола наспроти 13 или 20,63% кои сметаат дека не се.

Прашање 4 –Ех ante -претходната контрола е најпотребна за контрола на :

Одговор – повеќе опции	Број на одговори	Проценти %
Техничка спецификација	50	79,37
Критериуми за евалуација	29	26,61
Критериуми за селекција	28	25,69
Друго	2	1,83

Табела 4

Добиени се 109 одговори бидејќи на испитаниците им беше дадена можност да се определат за повеќе одговори, а не само за еден. Од анализата на одговорите се гледа дека најголем број од испитаниците 45,87 % сметаат дека претходната – ех ante контрола е најпотребна за контрола на техничките спецификации.Скоро идентичен број сметаат дека претходната контрола е потребна за критериумите за евалуација (критериуми за избор на најповолна понуда) - 26,61 % и за критериумите за селекција (критериуми за утврдување на способност) се изјасниле 26,69% од испитаниците.

Прашање 5 –Постапките за јавни набавки треба да бидат предмет на ех ante претходната контрола во зависност од :

Одговор – повеќе опции	Број на одговори	Проценти %
Проценетата вредност	36	43,90
По случаен избор	11	13,41
По укажување или ако постои нешто сомнително	32	39,02
Друго	3	3,66

Табела 5

Добиени се 82 одговори бидејќи на испитаниците им беше дадена можност да се определат за повеќе опции на одговори, а не само за еден. Од анализата на одговорите се гледа дека најголем број од испитаниците 43,90 % сметаат проценетата вредност треба да биде основа за тоа кои постапки ќе бидат предмет на преходна ех ante контрола, а за случаен избор на овие постапки се изјасниле само 13,41%. Висок процент од испитаниците - 39,02 % сметаат дека ако постои укажување или нешто сомнително во врска со одредена постапка за јавна набавка, треба да биде предмет на овој вид на контрола.

Прашање 6 – Кој треба да ја врши ех ante претходната контрола ?

Одговор – еден одговор само	Број на одговори	Проценти %
Посебно независно тело со помош на експерти од различни полиња	33	52,38
Постојното тело за јавни набавки (Агенција, Биро, управа и сл.)	28	44,44
Друго	2	3,17

Табела 6

Добиени се 63 одговори бидејќи на испитаниците им беше дадена можност да се определат за еден од понудените одговори. Од анализата на одговорите се гледа дека најголем број од испитаниците 52,38 % сметаат оваа контрола треба да ја врши посебно независно тело со помош на експерти од различни полиња. Доста голем процент 44,44% сметаат дека постојното тело за јавни набавки (Агенција, Биро, управа и сл.) е соодветно за вршење на овој вид на контрола.

Согласно со добиените одговори од реализираната анкета меѓу претставници на договорни органи и економски оператори од земјите во регионот, се наметнуваат следните кратки заклучоци:

Во постапките за јавни набавки битни се двете контроли- ех ante и ех post контролата, но во однос на една наспроти друга позначајна е ех ante – претходната контрола;

Ех ante – претходната контрола треба да се изврши пред објавување на огласот и тендерската документација;

Прашањата и забелешките на економските оператори се еден вид на ех ante – претходната контрола;

Ех ante – претходната контрола е најпотребна за контрола на техничките спецификации;

Проценетата вредност на набавката, по укажување или ако постои нешто сомнително треба да бидат основи на ех ante – претходната контрола;

Ех ante – претходната контрола треба да ја врши Посебно независно тело со помош на експерти од различни полиња, но, прифатливо е наместо тоа тело, да може да ја врши постојното тело за јавни набавки (Агенција, Биро, управа и

сл.) и фаворизирање на електронските набавки.³³

ГЛАВА ТРЕТА ПРЕДНОСТИ И СЛАБОСТИ НАУПРАВНАТА КОНТРОЛА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

1. Состојбата во јавните набавки пред и после имплементацијата на концептот на управна контрола

Во анализата на прашањето за системите на контрола во јавните набавки, со посебен акцент на “*ex-ante*” контролата, во посебна глава го издвоивме прашањето за „*предностите и слабостите на управната контрола*“, со желба и цел да расчистиме определени нејаснотии, недоразбирања и дилеми, и се разбира да укажеме на постојните предности и слабости на овој нов концепт на контрола. Имено, пред усвојувањето на закон за јавни набавки, во Република Македонија се применуваше Уредба за јавни набавки донесена од Владата на Република Македонија³⁴, но истата не може да се гледа како системско решение од причина што не претставуваше заокружена целина со која целосно се регулираат јавните набавки.

Во Република Македонија досега се донесени четири целосноразлични закони за јавните набавки. Првиот закон за јавните набавки е донесен уште во 1998 година³⁵. Неколку години подоцна, во 2004 година се донесе нов закон³⁶. Во оваа првична регулатива беше застапен концептот на претходната *ex ante* контрола, најпрвин во зародиш, а подоцна со строга регулирана процедура за ваков вид на контрола во постапките со преговарање без објавување на оглас. Имено, овие постапки според својата природа се нетранспарентни и оставаат голема можност за злоупотреби. Поради тоа, ниту една постапка со преговарање без објавување на оглас не можеше да биде објавена ако не е добиено позитивно мислење т.е., согласност од страна на БЈН.

Во 2007 година се донесе третиот целосно нов ЗЈН, работен според директивите на ЕУ³⁷. Со цел да се олесни спроведувањето на овој ЗЈН, беа подготвени 15 подзаконски акти. Исто така, беа подготвени и група на модели за тендерска документација и за договори за јавни набавки. Користењето на

³³ Достапен на: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/2019-european-semester-country-report-croatia_en.pdf, [пристапено на 5 Јуни 2020 година].

³⁴ Првиот закон Службен весник на Република Македонија бр.64/1996), види: <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/F9203D6ED5C848DE8086C9088B988AA4.pdf>, [пристапено на: 5 Јуни 2020 година].

³⁵ (Службен весник на РМ бр.26/1998, стапи на сила на 20 јуни 1998 година)

³⁶ (Службен весник на РМ бр.19/2004, стапи на сила на 7 април 2004 година)

³⁷ (Службен весник на РМ бр. 136/2007, стапи на сила на 20 ноември 2007 година, а почна да се применува од 1 јануари 2008 година).

стандардната тендерска документација и договорните документи не беше задолжително. Со овој закон се напушти концептот на превентивна *ex ante* контрола. Се вовеле двостепена контрола од страна на комисијата која ја спроведува постапката за јавна набавка, како првостепена контрола и, од страна на посебен самостоен и независен орган – Државната комисија за жалби по јавни набавки, како второстепен орган. Овој закон претпре 15 измени и/или дополнувања.

Една од клучните измени беше воведување на голема врата на претходната контрола т.е., „*ex-ante*“ контролата. Надлежоста за спроведување на истата беше предвидена за посебен орган Советот за јавни набавки, којшто се формираше во 2014 година³⁸ со задача да решава по барањата за добивање согласности. Целта за формирање на Советот беше да се вовеле нов механизам на контрола *предзапочнување на постапката*, и тоа на оние аспекти од постапката кои се најподложни на злоупотреби, а тоа се дефинирањето на техничките спецификации, како и критериумите за утврдување способност. Советот за јавни набавки беше државен орган којшто беше самостоен во својата работа и имаше својство на правно лице. Ниту една постапка за јавна набавка не смееше да биде објавена со оглас, односно започната без оглас, без да биде дадена согласност од советот за јавни набавки. Како колективно тело составено од 7 членови, од кои еден претседател, за донесување на одлуки задолжително користеше помош на надворешни стручни лица – експерти во одредени области.

Но, концептот на проверка на секоја постапка со проценета вредност над 500 евра во денарска противвреност придонесе да се изгуби суштината на имплементацијата на претходната „*ex-ante*“ контрола, да се преоптерети буџетот на договорните органи со плаќање на износи за поднесено барање и за ангажманот на стручните лица. Сето тоа овозможи да се девалвира значењето на претходната контрола во постапките за јавни набавки и доведе до негово укинување³⁹, односно до укинување на претходната контрола како заштитен превентивен механизам во трошењето на јавните пари.

Четвртиот нов закон за јавните набавки е актуелниот закон⁴⁰ кој стапи на сила од 1 април 2019 година. Она што е интересно е што овој закон повторно ја актуализира во еден мал дел претходната-превентивна контрола слично на законското решение од 2004 година. Имено во член 55 кој се однесува на „постапка со преговарање без објавување оглас“, наведено е дека договорниот орган може да ја започне оваа постапка само по добивање на претходно мислење од Бирото и тоа:

³⁸ (Службен весник на РМ бр.148/2013).

³⁹ (Службен весник на РМ бр.165/2017).

⁴⁰ (Службен весник на РМ бр.24/2019).

в) доколку стоката, услугата или работата може да ја обезбеди само одреден економски оператор од следниве причини:

- целта на јавната набавка е да се создаде или да се добие уникатно уметничко дело или уметнички изведби,
- кога поради технички причини нема конкуренција за предметот на набавка или
- за заштита на ексклузивни права, вклучувајќи ги и правата од интелектуална сопственост;

г) доколку поради крајна итност, предизвикана како резултат на настани кои договорниот орган не можел да ги предвиди, роковите за другите постапки не може да се применат. Околностите со кои се оправдува крајната итност во никој случај не смеат да бидат такви за да му се припишат на договорниот орган. “Рокот за добивање на претходно мислење од Бирото е 10 дена, односно 5 дена кај крајна итност и ако не го добие во тој рок, договорниот орган може да ја започне постапката и без него. Постои исклучок кај крајната итност – не се бара претходно мислење од Бирото доколку директно се загрозени безбедноста, животот и здравјето на луѓето.

1.1 Предности и слабости на концептот на управна контрола и проблеми при неговата имплементација

Во првиот Нацрт Закон за јавните набавки, пред донесувањето на важечкиот ЗЈН од 2019 година, беше воведен нов институт во Глава X со наслов - “Претходна контрола и ревизија“, предвидена од член 164 до член 171. Во Нацрт- Извештајот за проценка на влијанието на регулативата во точка 4.1 е наведено дека воведувањето соодветни механизми на претходна контрола, ќе резултира со поголема рационалност во трошењето на јавни средства, односно добивање најдобра вредност за потрошените јавни средства.

Откога беше ставен овој Нацрт закон на јавен увид и по добиените бројни забелешки и критики, во немоќ да се справи со предизвиците на издржани концептуални решенија, предлагачот на вториот Нацрт Закон за јавни набавки го воведо институтот управна контрола. Со овој потег, наместо да се воспостави стабилна регулатива која согласно искуствата од минатото ќе овозможи ефикасна претходна превентивна контрола, се отиде во правец на миксиран склоп на парцијални одредби од законодавства на земјите од регионот со парцијални решенија по кои функционираше Советот за јавни набавки. На таков начин се доби еден квази институт којшто во многу дадени решенија нема правна заснованост.

Иако идејата и перцепцијата е дека со тоа се засили „претходната контрола“ во јавните набавки, она што е неспорно е дека оваа контрола не е претходна контрола, во смисла на *ex ante* - превентивна контрола. Ова од причина што таа може да започне само по објавување на огласот или испраќање на покана

за учество во постапката и да се одвива се додека одлуката за избор или за поништување на постапката не е испратена. Се добива впечаток на предност од воведувањето на оваа контрола, дека таа на некој начин е „превентивна“ во смисла дека спречува да се донесат „лоши и незаконски“ одлуки на штета на буџетите на договорните органи, спречува злоупотреби од страна на договорните органи, спречува колузија и сл. Останатите одредби со кои е уредена оваа контрола покажуваат дека во суштина не се работи за концептот на „*ex-ante*“ контрола, бидејќи согласно повеќето теоретски елаборации и практики, како и укажувања од ЕУ, тоа треба да биде контрола што ќе превенира незаконитости пред отпочнување на постапката.⁴¹ Како надополнување на ова, стои и фактот што ако Бирото врши контрола на одредена постапка, која е улогата на комисијата за јавни набавки за таа постапка, улогата на Државната комисија за жалби по јавни набавки, Државната ревизија, Комисијата за заштита на конкуренција, Антикоруписката комисија и Управниот суд? Дали извршената контрола треба да се перцепира како „зелено светло“ за контролата што имат надлежноста да ја спроведат сите напред наведени институции?

Во поглед на новиот концепт на „*управна контрола*“, не можеме да ја игнорираме предноста на определбата од член 172 став 3 од ЗЈН од 2019 година, бидејќи се воведува контрола на постапките за јавни набавки чија *проценета вредност* е над 500.000 евра во денарска противвредност кај набавката на стоки или услуги и над 2.000.000 евра во денарска противвредност кај набавката на работи.⁴² Меѓутоа, според нас, со определбата од ставот 4 од истиот член, завршува конзистентноста и подобрувањето на системот во однос на претходното решение. Ова од причина што сметаме дека имплементацијата на концептот „*случаен избор*“ и „*проценка на ризик*“, не е соодветно решение, туку решение кое повторно создава простор за злоупотреба. Дури и да не станува збор за злоупотреба, „*случајниот избор*“ може да придонесе да бидат предмет на анализа постапки кои не се спорни, и *vice versa*, да се прескокне контролата над постапки кои содржат елементи на измама. Точно е дека овој концепт е имплементиран во повеќе законодавства компаративно, меѓутоа, тоа не значи дека немаат недостатоци, дека се ефикасни и функционални.⁴³ Согласно законската формулација „Бирото може да врши управна контрола на

⁴¹ Неспорно е дека постојат системи кои *ex-ante* контролата не ја врзуваат само за дејствијата пред почетокот на постапката (види во компаративниот дел за Република Бугарија), меѓутоа, суштински тоа се забележува во фазите кога се развива системот, и кога се уште се експериментира во потрагата по најдобриот модел на контрола во јавните набавки.

⁴² Член 172 став 3 од ЗЈН (Службен весник на РМ бр.24/2019).

⁴³ Во системите во кои порано беше воспоставен овој систем на контрола, базиран на „*случаен избор*“ „*проценка на ризик*“, за кратко време беа предмет на сопорувања и негативни критики токму во овој контекст. Види повеќе во компаративниот дел и во трудот на Павлова, посебно делот за искуствата на Бугарија.

која било постапка за јавна набавка врз основа на *проценка на ризиците од кршење на одредбите од овој закон и по случаен избор.*“

„Проценката на ризици“ при определување на постапки кои ќе бидат предмет на управна контрола, според нас претставува системска слабост која отвора и дополнителни прашања кои треба да се одговорат или да се допрецизираат. Имено, кој и како ќе ги процени тие ризици? Неспорно, би требало со подзаконски акт Министерот⁴⁴ за финансии да го пропишува начинот на избор на постапките кои ќе бидат предмет на управна контрола, како и начинот на вршење управна контрола. Подзаконскиот акт е донесен, и тоа Правилник⁴⁵ за начинот на избор на постапките за јавни набавки кои ќе бидат предмет на управна контрола, како и за начинот на вршење управна контрола, меѓутоа, нејасноста остануваат. Па така во член 2 од овој Правилник е наведено, „Постапките за јавни набавки што се предмет на управна контрола врз основа на проценка на ризикот се утврдуваат со примена на индикатори за проценка на ризикот имплементирани во Електронскиот систем за јавни набавки“. Стручната, научна и останата јавност пак се во недоумица – кои се тие индикатори и како се утврдени?

Според нас слабост во системот на контрола пости и во делот на *интегритетот на процесот на вршење управна контрола.*⁴⁶ Управната контрола ја вршат државни службеници од Бирото, а директорот ќе одлучи за исклучување на државен службеник од учество во управна контрола на одреден предмет, меѓудругото, доколку во претходните три години бил во работен однос кај договорниот орган или бил ангажиран од договорниот орган за определен надомест.

Лицата⁴⁷ кои имаат најмалку 3 години работен стаж на стручни работи од областа на јавни набавки во Бирото и во стручната служба на Државната комисија за жалби по јавни набавки по автоматизам, без да полагаат испит, стануваат обучувачи во Бирото за јавни набавки. Така, сите или скоро сите вработени во Бирото за јавни набавки воедно се и обучувачи за јавни набавки. Согласно тоа, а имајќи во предвид дека лицата кои работат најавни набавки кај договорните органи мора да ја поминат едукацијата за јавни набавки и договорните органи да платат за тоа⁴⁸, секој вработен во Бирото кој учествувал во било која едукација во последните три години зар не треба да биде исклучен

⁴⁴ Член 172 став 6 од ЗЈН (Службен весник на РМ бр.24/2019).

⁴⁵ Службен весник на РМ бр.64/2019 достапно на: <http://www.bjn.gov.mk/wp-content/uploads/2019/05/Pravilnik-za-nacin-na-izbor-na-postapkite-koi-ke-bidat-predmet-na-upravna-kontrola.pdf>, [пристапено на 11 Јуни 2020].

⁴⁶ Член 173 од Законот за јавни набавки (Службен весник на РМ бр.24/2019)

⁴⁷ Член 46 став 3 од Законот за јавни набавки (Службен весник на РМ бр.24/2019)

⁴⁸ Член 46 став 3 „Учесниците во едукацијата плаќаат надоместок кој се користи за покривање на трошоците за организирање и спроведување на едукацијата.“

бидејќи добил одреден надоместок . Или, нема да се сметаат тие надоместоци? А ако се има во предвид и премолчената пракса -вработениот да учествувал како предавач на одредена работилница , обука и сл., организирана од друг субјект на која учествувал договорен орган, и добил одреден надомест за тоа – и тоа ли нема да биде причина за исклучување?

Во анализата на македонскиот систем на контрола во јавните набавки, како и спроведената компаративна анализа, констатиравме дека стручноста е суштествен сегмент за остварувањето на ефикасна и ефективна контрола, која ќе го подигне нивото на законитост во доделувањето на „јавните пари“. Во ова насока, не можеме да се сложиме со решението што беше предвидено во првиот Нацрт закон, со идеја да се придонесе кон зголемување на стручноста. Имено според предлог решението од првиот нацрт „доколку за одреден предмет е потребно посебно стручно знаење, директорот на Бирото може да побара стручно мислење од надворешни стручни лица во одредена област.“ Поради бројни забелешки, оваа одредба не е дел од новото усвоено законско решение. Затоа, се поставува прашање- како тоа ќе се оценуваат постапки за најразличен вид на набавки кога Бирото нема и не може да располага со таков капацитет на стручни лица? Како ќе бидат валидни инструкциите кои се составени и дадени од лица кои не се стручни во одредената област?

Анализирајќи ги решенијата од новиот концепт на „*управна контрола*, не може а да не се забележи слабост во поглед на роковите. Имено, како една од причините за укинување на Советот за јавни набавки беа посочувани долгите рокови , односно најмалку еден месец за одлучување за давање на согласност. Имајќи во предвид дека скоро истите рокови се дадени како и во претходното законско решение, штетата кај управната контрола за сите субјекти е поголема бидејќи се предвидува дека договорниот орган не може да ја продолжи веќе започнатата постапка, ако е предмет на управна контрола, додека претходно постапката не ни започнуваше.

Иако мекиот карактер на инструкциите констатирани во записникот од спроведената контрола нè се непознат концепт и за компаративните системи, сметаме дека ова решение не е функционално за остварување на суштинската цел на „*ex-ante*“ контролата. Во ова насока, постои задолжителност на инструкциите констатирани во записник. Законот⁴⁹ определува дека договорниот орган е должен да постапи согласно инструкциите на Бирото, освен доколку не достави дополнително образложение. Во првиот Нацрт Закон за јавните набавки беше употребен терминот „препорака“, па по бурната реакција на стручната и научна јавност се направи термилошка промена „инструкција“ во Вториот Нацрт, која и остана во усвоениот закон. Промената е само термилошка , а суштината е иста- нема задолжителен карактер и апсурдно е да се даваат инструкции со записник да се направи задолжителна промена во текот на траење на постапката за јавна набавка.

⁴⁹ Член 178 став 1 од Законот за јавни набавки (Службен весник на РМ бр.24/2019)

Уште една апсурдна слабост во регулацијата⁵⁰ е случајот кога договорниот орган нема да ги прифати инструкциите, ќе даде образложение и сега БЈН, доколку не го прифаќа доставеното дополнително образложение, ќе ги потврди наодите од првичниот записник, и електронски преку ЕСЈН ја доставува целокупната прикачена документација до Државната комисија. Ова несреќно решение, кое е апсурна кованица на прилагодени решенија од друго закони прави поголема конфузија во имплементацијата на управната контрола. Илустративно, како еден од основите на поништување⁵¹ на постапката е наведено дека се донесува одлука за поништување ако договорниот орган добие инструкции од Бирото да ја поништи постапката во управна контрола. Под претпоставка дека договорниот орган ја поништил постапката, ако се случи да се жалат сите понудувачи кои поднеле понуди, и ако нивните жалби се оправдани – дали Државната комисија за жалби по јавни набавки ќе донесе поинакво решение, или можеби по автоматизам ќе ги потврди инструкциите на Бирото иако се погрешни. Понатаму, друг пример – што ако во текот на управната контрола договорниот орган постапи по инструкциите дадени од Бирото и откако ќе донесе одлука за избор, во постапката за правна заштита ќе биде утврдено дека настанала битна повреда на законот со примена на одредена инструкција и потребно е одлуката за избор да се поништи. Во таков случај, дали договорниот орган има право на штета, и дали за БЈН постои одговорност. Во прекршочните одредби не е опфатено таква определба. Јасно и нормално е практиката да генерира одредени проблеми, меѓутоа, станува збор градење на систем којшто ќе биде ефикасен и ефективен, со максимална заштита на учесниците.⁵²

Ова е само краток осврт на некои проблеми и дилеми при имплементацијата во практиката на вака поставениот концепт на управна контрола. ЗЈН се уште е нов закон, согласно што ќе почекаме практиката на спроведувањето на постапките да ги покаже дополнителите слабости и предности.

ГЛАВА ЧЕТВРТА

НАМЕСТО ЗАКЛУЧОК: ЗА ПОТРЕБАТА ОД ДОПОЛНИТЕЛНИ ИНТЕРВЕНЦИИ ВО СПРОВЕДУВАЊЕТО НА КОНТРОЛА ВО СИСТЕМОТ НА ЈАВНИТЕ НАБАВКИ ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Проучувајќи го домашното законодавство, истовремено сумирајќи ги резултатите од истражувањето на компаративните концепти на системите на

⁵⁰ Член 178 став 3 алинеја 2 од Законот за јавни набавки (Службен весник на РМ бр.24/2019)

⁵¹ Член 114 став 1 алинеја бод Законот за јавни набавки (Службен весник на РМ бр.24/2019).

⁵² Уште во претходните законски решенија за јавните набавки кога беа предвидени затворски казни за дејствија определени како кривични дела за сите субјекти, за Бирото никогаш со ниту една одредба не е споменато санкционирање по кој било основ.

контрола во јавните набавки, со фокус на “*ex-ante*” контролата, ни се чини со право ќе укажеме на потребата од допрецизирање и редесфинирање на овој концепт на контрола. Ова констатација особено ја нагласуваме во контекст на македонското законодавство, бидејќи логично и најмногу не засега, а компаратвното истражување е направено во насока на согледување на предностите и слабостите на македонските решенија *vis-à-vis* компаративните практики. Неспорно е дека дел од критиките што ги упатуваме во поглед на моделот на „управна контрола“ постојат и во компаративните системи, меѓутоа како што нагласивме, тоа не значи дека *per se* тие се добри решенија. Искуствата од компаративанта практика покажуваат идентични ставови и реакции.

Анализата на системот на „*ex-ante*“ контрола покажуваат дека истиот поминал низ повеќе фази на развој. Неговото поимање се модифицира зависно од законските новитети, политиките на јавни набавки во секој одделен правен систем и Европските барања. Сепак, секоја потемелна, стручна и реална анализа ќе укаже на фактот дека главната цел на “*ex-ante*” контролата е да се отстранат *незаконитостите, непрецизностите, нејаносителните* пред отворањето на постапката. Независно од законските решенија и прифатените елаборирани ставови во теоријата, самиот концепт на „*претходна контрола*“ подразбира проверка на документите за набавка пред отворањето ја постапката. Како аргумент во прилог на ова е и образложението во компаративниот дел за Република Хрватска, содржано во Упатството за достава на документи за “*ex-ante*”, а што се однесува на финансирање од ЕУ фондови.

Како дополнување на ова, идентични резултати произлегуваат од спроведената анкета на регионално ниво. Каде што најголемите проценти припаѓаат на ставовите дека „*ex-ante*“ контролата треба да се спроведе пред објавување на огласот и тендерската документација и дека токму во овој дел е најголемата потреба од контрола. Понатаму, дека критериум за избор на постапки за “*ex-ante*” контролата треба да биде „проценета вредност“, а не постапки по „*случаен избор*“.

Во поглед на важечкото законодавство во Република Северна Македонија истакнуваме дека институтот „*управна контрола*“ предвиден во ЗЈН од 2019 не ги исполнува критериумите на “*ex-ante*” контрола. Ова особено во делот на ефикасноста што сметаме дека нема да се зголеми преку овој систем. Понатаму, определувањето дека контролата се врши од објавување на огласот до донесување на одлука за избор или поништување прави оваа контрола да навлегува во ингеренциите на многу други органи и да доведе до конфликтни решенија. Ни се чини непотребно комплицирањето на решенијата во овој сегмент. На мислење сме дека постои потреба од дополнителни интервенции во спроведувањето на контрола во системот на јавните набавки во Република Северна Македонија и тоа :

- да се ограничи управната контрола во опсегот од објавување на огласот или испраќање на покана за постапка за доделување на договор до јавното отварање на понудите;
- да се разработи и дополни регулативата со подзаконски акти во кои ќе бидат на јасен и концизен начин определени индикатори за утврдување на ризици кај постапките;
- да се определат на правилен начин одредбите за интегритет на лицата кои вршат управна контрола, без создавање на скриени можности за заобиколување на принципите на целосен интегритет.

Конечно, целокупната научна и стручна јавност која е заинтересирана за подобрување на состојбата во системот на јавните набавки во Република Северна Македонија, треба континуирано и посветено да истражува и укажува на добри практики за да може да се унапреди контролата во трошењето на јавните пари. Според нас, компаративните решенија, искуства и практики треба да послужат како пример за надградување на нашиот систем, меѓутоа, само доколку кореспондираат со реалното подобрување на ефикасноста на системот на контрола, не поради фактот што се европски решенија, или решенија на земја која е чекор напред во имплементацијата на ЕУ законодавството. Најлошата практика е преземањето на импровизирани решенија кои имаат за цел да прикажат навидум подобрување на системот, а во суштина се негово адаптирање на потребите на одредени структури кои се во позиција да го прават тоа. Укажувањата кои ги елаборираме во трудот, користејќи аналитичко во најголема мерка метод на анализа и компаративен метод, имаат токму за цел да ја прикажат (според нас) реалната состојба и потребата од дополнителни интервенции.

Користена литература:

1. European Commission, Assessing quality of Government at the regional level using Public Procurement data, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017.
2. North Macedonia) 2019, достапно на: <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-north-macedonia-report.pdf>, [пристапено на: 5 Јуни 2020 година].
3. Osei-Afoakwa, K.; How Relevant is the Principle of Transparency in Public procurement? Developing Country Studies (IISTE), Vol. 4, No.6., 2014, p. 7, Достапно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420311, [пристапено на 1 Јуни 2020 година].
4. Pavlova, M.; Public Procurement- *Ex-ante control* – Nature and development, Bulgarian Journal of Business Research, Central and Eastern European Online Library, 2017, p. Issue No., 01 EN, Достапно на: <https://www.cceol.com/>

[search/article-detail?id=478010](#), [пристапено на 24 Јуни, 2020].

5. Public procurement - Study on administrative capacity in the EU Bulgaria country profile, 2013. Достапно на: https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/policy/how/improving-investment/public-procurement/study/country_profile/bg.pdf, [пристапено на 25 Мај, 2020 година].
6. Novakovic, M.; Common law and Civil law today – Convergence and Divergence, Institute of International Politics and Economics, Serbia, Series in Law, Vernon Press, 2019.
- 7.
8. Čulina, H.; Procurement capacity and system, Enhancement – Croatia example, Ministry of Economy Entrepreneurship and Crafts– Directorate for Public Procurement Policy, Bucharest, Romania 8.-10. May 2018.

Законски прописи:

1. Закон за јавните набавки Службен весник на Република Македонија бр.64/1996
2. Закон за јавните набавки Службен весник на РМ бр.26/1998, стапи на сила на 20 јуни 1998 година
3. Закон за јавните набавки Службен весник на РМ бр.19/2004, стапи на сила на 7 април 2004 година
4. Закон за јавните набавки Службен весник на РМ бр. 136/2007, стапи на сила на 20 ноември 2007 година, а почна да се применува од 1 јануари 2008 година
5. Закон за јавните набавки Службен весник на РМ бр.148/2013 година
6. Закон за јавните набавки Службен весник на РМ бр.165/2017 година
7. Закон за јавните набавки Службен весник на РМ бр.24/2019 година
8. Законот за ратификација на спогодбата за стабилизација и асоцијација помеѓу Република Македонија и Европските заедници и нејзините земји членки, Република Македонија се обврза на усогласување на внатрешното законство со законството на ЕУ. Следствено и во делот на јавните набавки. Види: [http://www.sep.gov.mk/data/file/SSA/SSA\(1\).pdf](http://www.sep.gov.mk/data/file/SSA/SSA(1).pdf), [пристапено на 1 Јуни 2020 година].

Директиви и извештаи на Европската Комисија:

1. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC.,
2. Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC.
3. REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL on Progress in Bulgaria under the Cooperation and

Verification Mechanism). Достапно на: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/progress-report-bulgaria-2019-com-2019-498_en.pdf, [пристапено на 1 Јуни, 2020 година].

4. Извештај на Европската Комисија за Република Северна Македонија (European Commission Report).

ЕКОЛОШКИТЕ ДАНОЦИ КАКО ИНСТРУМЕНТ ВО ПОЛИТИКАТА НА ЗАШТИТА НА ЖИВОТНАТА СРЕДИНА НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА - СО ПОСЕБЕН АКЦЕНТ НА ЕКОЛОШКА КОМПОНЕНТА ПРИ ОДАНОЧУВАЊЕ НА МОТОРНИТЕ ВОЗИЛА

Вонреден професор Сејдефа Цафче
ФОН Универзитет, Скопје
sejdefa.dzafche@fon.edu.mk

Абстракт

Заштита на животната средина претставува една од основните приоритети на современите држави. Емисијата на CO₂ при употреба на моторните возила претставува една од заканите врз животната средина. Во заложбата за нивно намалување важна улога имаат еколошките даноци. Системот на оданочување на возилата е многу различен помеѓу државите членки на Европската Унија, со изразена комплексност во рамките на секоја земја, базиран врз основа еколошките и енергетските карактеристики на возилата. Овој труд има за цел да направи анализа на системот на оданочување на моторните возила во рамките на правните системи на државите членки на Европската Унија, со посебен акцент на правната рамка на Република Северна Македонија, и неговите еколошки и фискални импликации.

Клучни зборови: *заштита на животна средина, еколошки даноци, Европска Унија, моторни возила, Република Северна Македонија*

ENVIRONMENTAL TAXES AS INSTRUMENTS IN THE ENVIRONMENTAL PROTECTION POLICY OF THE EUROPEAN UNION – SPECIAL EMPHASIS ON THE ECOLOGICAL COMPONENT DURING TAXATION OF MOTOR VEHICLES

Sejdefa Dzafce
Associate Professor, FON University, Skopje
sejdefa.dzafche@fon.edu.mk

Abstract

Environmental protection is one of the basic priorities of modern states. The CO₂ emissions from motor vehicles are one of the main environmental threats. Ecological taxes have an important role to play in the commitment for reducing CO₂ emissions. The vehicle taxation system is very different between the member states of the European Union, with an accentuated complexity within each country, based on the environmental and energy characteristics of the vehicles. This paper aims to analyze the system of taxation of motor vehicles within the legal systems of the member states of the European Union, with special

emphasis on the legal framework of the Republic of North Macedonia, and its environmental and fiscal implications.

Keywords: *Environmental protection, ecological taxes, European Union, motor vehicles, Republic of North Macedonia*

Вовед

Светот денес се соочува со сериозни проблеми како да ја одржи еколошката рамнотежа во услови на глобалното затоплување. Заштитата на животната средина како универзална заложба на глобално ниво ќе ги натера државите да се фокусираат кон изнаоѓање на механизми и алтернативи начини како тоа поуспешно да го направат. Имено во низата на мерки кои се прокламираат меѓу државите среќаваме вистинска разноликост: од мерки кои се однесуваат на навиките на потрошувачите: на пример како да се одвикнат граѓаните од употреба на моторни возила; па до мерки кои се во насока на намалување од зависноста од увоз и употреба на нафта (данскиот случај)¹; потоа мерки во насока на фаворизирање на обновливите извори на енергија; па се до мерки со фискални импликации. Аналогно на ова еколошките даноци играат голема улога во процесот на градење на еколошки навик кај граѓаните и кај производителите. Преку даноците се делува на цената на ресурсите кои предизвикуваат загадување, која во исто време нејзината вредност делува демотивирачки врз потрошувачите. На овој план заложбата на Европската Унија се одликуваат со интензивен приод кој на системски начин ги пропагира даночните реформи како алатка во остварување на еколошките цели.

1. Политика на заштита на животната средина на ниво на Европската Унија

Заложбите за здрава животна средина на ниво на Европската Унија резултира со конкретни предлози и мерки. Активностите на ниво на Европската Унија имаа за цел преку колективна акција, стопанството и општеството, да го преобразат во одржливо и еколошки ефикасно. Во таа насока дополнителен предизвик претставува намалување на емисијата на штетните гасови. Остварување на целите според официјалните ставиви на Унијата треба да се направи преку големи јавни вложувања и силни ностојувања приватниот капитал да се насочи кон делувања во областа на климата и животната средина, со паралелно избегнување на зависноста од факторите кои имаат неодржив карактер.²

¹ Повеќе во: Larsson, M. , *The Business of Global Energy Transformation*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2012, Predrag Bejaković, *O uvođenju ekoloških poreza u odabranima razvijenim zemljama*, стр. 1, достапно на: <https://www.ijf.hr/upload/files/file/PV/2016/6/bejakovic.pdf>.

² [European Commission](#), *European green deal*, Bruxelles, 11.12.2019. COM(2019) 640 final, 2019.

Во историска конотација на ниво на Унијата се усвоени седум акциони планови преку кои беа дефинирани еколошките цели на ниво на Унијата.³ Концептот за одржлив развој е обработен во рамките на Шестиот акционен план, во Стратегијата за одржлив развој и Лисабонската стратегија за раст и вработување.⁴ Во Седмиот акционен план претставена е визијата до 2050 година во која акцентот е поставен на зачувување на природниот капитал, потребата од ниско ниво на CO₂, ефикасна употреба на природните ресурси, заштита на граѓаните на Унијата од притисоците во врска со животната средина и опасностите за нивното здравје и благосостојба, како и потребата од зголемена делотворност на Унијата во решавање на меѓународните предизвици во врска со животната средина и климата.⁵ Донесени се и Пакетот за клима и енергетика до 2030 година,⁶ Стратегијата за Европа до 2020 година, Програмата за истражувања и иновации Хоризонт 2020, како и низата Директиви кои имаат за цел хармонизација на прашањата кои имаат директен инпакт врз животната средина. Во насока на поставување на приоритетите во заштитата на животната средина на ниво на Унијата се донесе и т.н. Европски зелен план.

1.1 Европски зелен план како рамковна програма за идни даночни реформи

Во 2019 година Европската Комисија го донесе Европскиот зелен план,⁷ кој е составен дел на стратегијата на Комисијата за спроведување на Програмат на Обединетите Нации до 2030 година за одржлив развој.⁸ Во Европскиот зелениот план (понатаму во текстот Планот), Унијата е претставена како предводник во координацијата на меѓународните настојувања за изградба на усогласен финансиски систем кој ги подржува одржливите решенија во кој до

³ Првиот акционен план е усвоен 1973 година.

⁴ Kosonen, K., Nicodeme, G. The role of fiscal instruments in environmental policy, European Union, 2009.

⁵ DECISION No 1386/2013/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet', Official Journal of the European Union, L 354/171, достапно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013D1386>, Environment Action Programme to 2020, достано на: <http://ec.europa.eu/environment/action-programme/> и <https://www.eea.europa.eu/hr/publications/europsko-izvjesce-o-okolisu>, дата на пристап: [13.05.2020].

⁶ European Climate Pact, достапно на, https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/pact_en, дата на пристап: [14.05.2020].

⁷ [European Commission](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_1911), European green deal, Bruxelles, 11.12.2019. COM(2019) 640 final, 2019.

⁸ Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, достапно на: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>, како и политичките насоки изработени од страна на Ursule von der Leyen: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_hr.pdf, ambitious recovery plan for Europe, дата на пристап [13.06.2020].

2050 година нема да постои нето емисија на стакленички гасови.⁹ Основната заложба на Планот е постигнување на климатска неутралност.

Досегашните заложби резултираа со намалување на емисијата на стакленичките гасови за 23% во периодот од 1990 до 2018 година. Планот е емисијата на стакленичките гасови да се намали за 60% до 2050 година. Покрај многуте мерки за остварување на поставените цели Планот предвидува екологизација на националните буџети.¹⁰ Во рамките на мерките кои се вклучени во екологизација на националните буџети претставува и оданочувањето кое треба да е насочено кон остварување на зелени приоритети и елиминирање на штетното субвенционирање. Во оваа насока се превидени и зелени јавни вложувања во контекст на квалитетно јавно финансирање.

Во Планот е предвидена потреба за даночна реформа која може да го поттикне економскиот раст и отпорност на климатските промени како и да допринесе до почесно општество и поправедна транзиција. На делот на националните даночни системи Планот поттикнува на опсежни даночни реформи, кои меѓу другото се насочени кон укинување на субвенции за фосилни горива, пренасочување на даночното оптеретување од приходите од работа кон факторите кои допринесуваат до загадување. Планот ја потенцира потребата од гаранции за донесување на предлог за промена на стапките на данокот на додадена вредност, со што би се овозможило државите членки, што е можно понасочено да ги применуваат во остварувањето на повисоки цели во областа на животната средина, како на пример за поддршка на производство на органско овошје и зеленчук.¹¹ За целите на остварување на заштитата на животната средина и енергија, се работи на усвојување на директиви со кои, и меѓу другото, треба да се предвиди државна поддршка во заштитата на животната средина.

1.2 Стандарди на ниво на Европската Унија во заштитата на негативните ефекти предизвикани од моторните возила

Автомобилите се одговорни за околу 12% од вкупните емисии на јаглерод диоксид во ЕУ (CO₂).¹² На планот на справување со штетната емисија на CO₂, Европската Унија ја донесе Регулацијата (ЕЗ) 443/2009,¹³ со која се

⁹ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_hr, стр.2. дата на пристап: [13.05.2020].

¹⁰ European green deal, стр.18.

¹¹ Ibid., стр.18

¹² Reducing CO₂ emissions from passenger cars - before 2020, достапно на: https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/vehicles/cars_en, дата на пристап: [15.05.2020].

¹³ Regulation (EC) No 443/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 setting emission performance standards for new passenger cars as part of the Community's integrated approach to reduce CO₂ emissions from light-duty vehicles (Text with EEA relevance) *SL L 140*, 5.6.2009.

предвидени стандардите за емисии од нови возила (регулативата ја утврдува просечната емисија на CO₂ за новите патнички автомобили на 130 g CO₂/km) како и стандардите за перформанси за нови патнички автомобили, како дел од интегрираниот пристап на Заедницата за намалување на емисиите на CO₂ од лесни возила изменета и дополнета со Регулативата 1014/2010. Целта беше да се постигне стандардот од 2009/06/05 EN и општата цел за ниво од 120g CO₂/km просечна емисија за нов автомобил. Оваа цел беше постигната во 2013 година, две години пред предвидениот рок. Просечните емисии на нови автомобили регистрирани во 2018 година во ЕУ и Исланд беа 120,8g CO₂ / km.¹⁴

На 17 април 2019 година, Европскиот парламент и Советот ја усвоија Регулативата 2019/631¹⁵ со која се воведуваат стандарди за изведба на емисија на CO₂ за нови патнички автомобили и нови комбиња за 2025 и 2030 година. Преку оваа Регулатива која започна да се применува на 1 јануари 2020 година ја замени и укина Регулативата (ЕЗ) 443/2009. Согласно заложбите, постепено во периодот од 2020 до 2021 година, просечната емисија на ниво на ЕУ за нови автомобили треба да изнесува 95 g CO₂ / km.¹⁶

Во оваа насока е и Директивата 98/70/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот од 13 октомври 1998 година, а во врска со квалитетот на бензините и дизел горивата изменета преку неколку директиви: Директивата на Комисијата 2000/7/ЕЗ, Директивата 2003/17/ЕЗ и Регулативата (ЕЗ) 1882/2003 и Директивата 2009/30/ЕС, Директива за информирање на потрошувачите (1999/94/ЕЗ) дополнета со Директивата 2003/73/ЕЗ, како и Директивата 1999/94/ЕЗ на Европскиот парламент и Советот од 13 декември 1999 година во врска со достапноста на информации на потрошувачите за потрошувачката на гориво и CO₂ емисиите во однос на маркетингот на новите патнички автомобили изменета и дополнета со Директивата 2003/73/ЕС.

2. Еколошки даноци на Европската Унија

Во делот на употребата на инструментите за заштитата на животната средина на ниво на Европската Унија значајно место завземаат еколошките даноци. Во Европската Унија постојат три основни категории на еколошки

¹⁴ Reducing CO₂ emissions from passenger cars - before 2020, достапно на: https://ec.europa.eu/clima/policies/transport/vehicles/cars_en, дата на пристап: [15.05.2020].

¹⁵ Regulation (EU) 2019/631 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 setting CO₂ emission performance standards for new passenger cars and for new light commercial vehicles, and repealing Regulations (EC) No 443/2009 and (EU) No 510/2011 (Text with EEA relevance.).

¹⁶ Ако просечната емисија на CO₂ на возниот парк на производителот ја надминува граничната вредност на емисија, во дадената година, производителот треба да плати **вишок** за **емисии** за секој регистриран автомобил. До 2018 година, оваа премија изнесуваше (5 € за првиот, 15 € за вториот, 25 € за третиот и 95 € за секој следен g / km). Од 2019 година, казната е 95 евра за секој g / km.

даноци и тоа:¹⁷

- енергетски даноци;
- даноци во транспортниот сектор; и
- даноци насочени кон загадувањето и ресурсите.

Енергетските еколошки даноци се имплементирани во сите држави членки на Европската Унија, особено за горивото кое се користи за транспорт и за стационарни цели. Во енергенските даноци влегуваат: данок на минерални масла и моторни горива, бензин (оловен и безоловен), мазут, керозин, данок на природен гас и потрошувачка на електрична енергија.

Еколошките даноци за транспорт се во широка примена во земјите членки на Европската Унија. Даночите се засноваат на продажба, регистрација и употреба на моторни возила, и истите имаат соодветни специфики во речиси сите земји членки на Унијата.

Еколошките даноци насочени кон загадување и ресурси опфаќаат широк спектар мерки. Базични области се производството на води, управувањето со отпад, загадување на воздухот и загадување на почвата.

3. Оданочување на моторни возила во рамките на Европската Унија

Во основа постојат многу различни пристапи во оданочувањето на моторните возила во рамките на националните законодавства на државите членки на Европската Унија: како еднократна обврска при набавка на возилото или како годишна обврска. Основната поделба на данокот на моторните возила е направена врз основа на моментот на наплата на данокот и тоа:

- даноци за време на купувањето на возилото; и
- годишен данок на сопственост на возилото.

Во однос на компонентата за заштита на животната средина, постои следнава поделба:

1. линеарно оданочување во зависност од емисијата на CO₂;
2. оданочување според класи на емисија на CO₂; и,
3. оданочување врз основа на други еколошки параметри.

¹⁷ European Environmental Agency, Environmental taxation and EU environmental policies, 2016, достапно на: <https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-taxation-and-eu-environmental-policies>, дата на пристап [13.06.2020].

Табела 1: Даноци на моторни возила во државите членки на Европската Унија

Држава	ДДВ	Данок на регистрација при купување	Данок на сопственост		Акцизи за горива во € за 1.000 литри	
			Приватна	Комерцијална	Безоловен бензин	Дизел
Австрија	20%	Врз основа на потрошувачката на гориво, max/16%; Врз основа на емисија на CO ₂ /max 32%.	+		515€	425€
Бугарија	20%	Еко данок (BGN 160)	+		363€	330€
Белгија	21%	Волумен, старост, емисија на CO ₂ (Валонија); Емисии на CO ₂ , Евро стандарди, потрошувачка на гориво, старост, (Фландрија).	+	+	600€	600€
Хрватска	25%	Врз основа на продажната цена на возилото, емисија на CO ₂ и типот на горивото.			520€	413€
Кипар	19%	Зафатнина на моторот, емисија на CO ₂ .	+		429€	400€
Чешка	21%	Данок на регистрација (макс. CZK 800) + еко-данок врз основа на стандарди за емисија.			499€	425€
Данска	25%	Емисија на CO ₂ .	+	+	631€	429€

Естонија	20%	Регистрација (62 €) + картичка за регистрација (130 €).	-	-	563€	493€
Финска	24%	Врз основа на малопродажната вредност и емисиите на CO ₂ (мин 2,7%, максимум 50%).	+		702€	530€
Франција	20%	Данок на регистрација (варира во зависност од регион) + шема за бонус / манус базирана на CO ₂ .	+	+	683€	594€
Германија	19%	Такси за регистрација (26,3 €).	+	+	654€	470€
Грција	24%	Врз основа на нето-малопродажната цена, и емисии на CO ₂ .	+		700€	410€
Унгарија	27%	Врз основа на стандардот на цилиндарот и стандардите за емисија.			366€	228€
Ирска	23%	Врз основа на пазарната цена, и емисиите на NOX и CO ₂	+		602€	495€
Италија	22%	Врз основа на пазарната продажна цена, емисиите на NOX и CO ₂ ; Врз основа на видот на возилото и коњските сили + такси за регистрација (145,00 € за ново возило) + шема за бонус / манус базирана на CO ₂ .			728€	617€

Латвија	21%	Трошоци за регистрација (43,93 €) + Национален данок за ресурси (55 €).	-		509€	414€
Литванија	21%	Такси за регистрација според типот на возилото.	-	-	644€	372€
Луксембург	17%	За регистрација (50 €) + такса/додаток (24 € или 50 €).	+		472€	355€
Малта	18%	Врз основа на вредноста на возилото, емисиите на CO ₂ .	+		549€	472€
Холандија	21%	Врз основа на емисија на CO ₂ и ефикасност на горивото.	+	+	800€	503€
Полска	23%	Акциза врз основа на капацитет на цилиндарот (до 18,6% од вредноста на возилото) + такси за регистрација (180,50 PLN + 75 PLN за автомобили)	-	-	383€	337€
Португалија	23%	Врз основа на капацитетот на цилиндарот и емисијата на CO ₂ + такси за регистрација (55€) + трошоци за плочи (45 €).	+	-	643€	486€
Романија	19%	Такси за регистрација (РОН 40).	-	-	373€	342€

Словачка	20%	Такси за регистрација (мин. 33 € врз основа на вредноста на возилото, моќноста на моторот и староста) + трошоци за плочи (16,5€).	+	-	555€	393€
Словенија	22%	Врз основа на продажната цена, емисиите на CO ₂ и типот на горивото.	-	-	547€	469€
Шпанија	21%	Врз основа на емисија на CO ₂ (максимум 14,75% за 200g / km или повеќе).	+	-	504€	379€
Шведска	25%	Нема данок за регистрација при купувањето.	+	-	619€	436€

Извор: ACEA TAX GUIDE 2020, достапно на: https://www.acea.be/uploads/news_documents/ACEA_Tax_Guide_2020.pdf, обработено од авторот.

Врз основа на податоците речиси сите држави членки на Европската Унија воведоа даноци на моторните возила: 24 држави наметнуваат данок на автомобили делумно или целосно врз основа на емисиите на CO₂ и / или потрошувачката на гориво. Трите земји што не применуваат оданочување врз основа на CO₂ се Естонија, Литванија и Полска. Неколку држави сеуште данокот го пресметуваат според зафатнината на моторот, цената, староста, капацитетот на цилиндерот или комбинацијата на овие фактори.¹⁸

Висината на даночната стапка на ДДВ-то варира од 17% во Луксембург до 27% во Унгарија. Постојат разлики во пристапот на данокот на сопственост на возилата во зависност од тоа дали моторните возила се за приватни или комерцијални цели. Податоците говорат за поголема застапеност на данокот на сопственост на моторни возила за приватни отколку за комерцијални цели. При утврдувањето на данокот државите се водат од моќноста на моторот (kW); тежината на возилото (GVW); капацитет на цилиндарот; емисија на CO₂; типот на горивото; стандардите за видот и емисијата на издувните гасови; годината на производство.

¹⁸ European Automobile Manufacturers’ Association, ACEA Tax Guide 2020, Bruxelles, 2020, достапно на: https://www.acea.be/uploads/news_documents/ACEA_Tax_Guide_2020.pdf и на: <https://www.acea.be/press-releases/article/motor-vehicle-taxation-brings-in-440.4-billion-for-governments-in-major-eur>, дата на пристап: [18.05.2020].

Како по правило, даноците се различни за бензинските и дизел-возилата, како и за алтернативните горива. Одредени држави предвидуваат даночни стимулации за електрични автомобили, на ниво на ЕУ вкупно 24 држави членки. Сепак, само 13 земји членки нудат стимулации за купување на овој тип на возила, како што се плаќање бонуси или премии на купувачите на електрични автомобили. Повеќето земји одобруваат само даночни намалувања или ослободувања.¹⁹

Моторните возила учествуваат со вкупно 440,4 милијарди евра даночни приходи во најголемите европски пазари (14 земји членки на ЕУ плус Велика Британија), што е за над два и пол пати повеќе од вкупниот буџет на Европската Унија.²⁰ Најголеми даночни приходи по основа на оданочување на моторните возила остварува Германија со 93,4 милијарди евра, Франција со 83,9 милијарди евра, Италија со 76,3 милијарди евра, Велика Британија со 54,1 милијарди евра како и Шпанија со вкупно 30,0 милијарди евра.

4. Еколошка компонента во оданочувањето на моторните возила во Република Северна Македонија

Република Северна Македонија во периодов се наоѓа во мошне деликатна ситуација кога е во прашање заштитата на животната средина и состојбата со квалитетот на воздухот. Имено, иако државата на овој план изгради солидна првна рамка која е во голема мерка усогласена со законодавството на Европската Унија,²¹ во пракса државата се соочува со големо загадување кое го надминува нивото на препорачаната максимална граница на присуство на ПМ честичките во воздухот, кое изнесува по 10 пати повеќе од дозволеното, дури во одредени временски интервали и по повеќе пати. Како основни забелешки на Европската комисија во рамките на извештаите за напредок на државата се издвојува потребата од зајакнување на инспекторатот за животна средина, подобрувањето на административниот капацитет на национално и локално ниво, подобрена координација меѓу органите задолжени за прашања од животната средина, подготовка на стратески планови, финансиски стратегии, како и национална стратегија за управување со отпад и план за управување со отпад, инвестиции во инфраструктурата и слично.

Во насока на изградба на еколошки ефикасен систем кој ќе овозможи елиминирање на причините за зголеменото загадување на животната средина државата треба активно да изнајде мерки и инструменти ефикасно да се справи

¹⁹ Ibid., Податоците се однесуваат заклучно со првиот квартал од 2019 година.

²⁰ Ibid., стр. 9.

²¹ Здружение на граѓани „Македонски центар за европско образование“ „ЕВРОПСКАТА ЕНЕРГЕТСКА РАМКА, Анализа на сценаријата за пристапувањето во Европската унија низ призмата на имплементацијата на Стратегијата за енергетика, емисиите и целите утврдени од страна на ЕУ и во другите меѓународни договори - Скопје, 2015, стр.41.

со проблемите. На планот на употреба на даночниот инструментариум државата бележи сктомни активности. Имено во даночниот систем на Република Северна Македонија во 2019 година се предвиде данок на моторните возила со еколошки импликации. Имено, во категоријата на даноци кои ги оптоваруваат моторните возила се данокот на моторни возила и данокот на додадена вредност. Со данокот на моторни возила се оданочуваат нови и употребувани моторни возила кои се увезуваат и/или за прв пат се ставаат во слободен промет и/или за прв пат се регистрираат во Република Северна Македонија.²² За прв пат во даночниот систем на државата се воведоа еколошки компоненти при утврдување на данокот за моторни возила која зависи од количината на издуните гасови, односно емисијата на CO₂.²³

Имено, при пресметката на данокот се применува комбиниран метод кој се состои од две компоненти: едниот се базира врз вредноста на возилото, додека вториот го зема во предвид влијанието на возилото врз животната средина, ориентирајќи се според емисијата на CO₂ што е хомологирана и пријавена од страна на производителот.

Табела 2: Гранични вредности на CO₂ и коефициенти за оданочување по CO₂ на моторни возила.

Гранични вредности на CO ₂ (грам CO ₂ /km)		Коефициент (денари/грам CO ₂ /km)	
Над	До	кCO ₂ Бензин,ТНГ,КПГ	кCO ₂ Дизел
0	0	0	0
1	50	5	10
51	75	10	20
76	90	20	40
91	100	30	60
101	110	40	80
111	130	50	100
131	140	70	130
141	150	100	160
151	170	130	190
171	190	160	220
191	225	190	250
226	255	220	280
256	-	250	320

Извор: Уредба за начинот на пресметка на данокот на моторни возила и на

²² Член 6 од Законот за моторни возила, Службен весник на РСМ, бр. 261/19.

²³ Уредба за начин на пресметка, На овој начин, возилата со помал износ на емисија на CO₂ стануваат економски поисплатливи за набавка поради помалиот износ на данок кој се пресметува за нив во однос на оние возила кои емитуваат повисок износ на емисија на CO₂ и кои имаат повисок степен на загадување со CO₂.

износите потребни за пресметка на данокот на моторни возила, www.customs.gov.mk/images/documents/motorniVozila/PresmetkaDMV.pdf

Данокот на додадена вредност се пресметува и наплатува во износ од 18% без оглед на еколошките или енергенските карактеристики на возилото.

Моторните возила иста така подлежат на давачки за време на регистрација во која се вклучени надоместоци за користење на патишта т.н. патна карта, како и додаток за животна средина. Надоместокот изнесува 4 % од цената на регистрацијата за возила без катализатори и 2 % за возила со катализатори.

Со Законот за акциза воспоставена е рамка за оданочување на енергенсите. Во однос на еколошките ефекти Законот за акцизи²⁴ од 2019 предвидува повисока акциза за бензините со содржина на олово над 0,013 г/л (24,396 денари/литар), во споредба со пропишаната акциза за безоловниот бензин - со содржина на олово под 0,013 г/л (21,692 денари/литар) и за дизел горивото (12,121 денари/литар). Во рамките на малопродажната цена на нафтените деривати содржан е надоместокот за финансирање на активностите во областа на животната средина согласно Законот за животната средина (за моторен бензин - 0,080 (денари/литар), дизел гориво - 0,030 (денари/литар). Законот за јавни патишта го вовеле надоместокот за корисници на патишта или патарина. Патарината е заснована на оддалеченоста и на категоријата на возилото. Возилата се поделени во четири категории и стапката се движи од 1.7 денари на километар за најлесната категорија до 10.2 денари за километар за најтешката категорија.

Согласно расположивите статистички показатели, во 2017 година, во Република Северна Македонија биле платени даноци/надоместоци во врска со животната средина во износ од 11 422.9 милиони денари, што е за 2.8 % повеќе отколку во 2016 година. Во 2017 година, најголемо учество даноците за енергенти со 64.4 %, по што следат даноците за транспорт со 34.7 % и даноците за загадување 0.9 %. Во 2017 година, даноците составувале околу 1.9 % од бруто-домашниот производ, што е за 0.1 % повеќе отколку во 2016 година.²⁵ Во 2015 година, изнесува 10 527.4 милиони денари, што е за 16.4% повеќе отколку во 2014 година. Најголемо учество во даноците поврзани со животната средина имаат даноците за енергенти со 64.6%, по што следат даноците за транспорт со 34.5% и даноците за загадување и надоместоци за природни ресурси поврзани со искористување природни ресурси (вода, шуми, дива флора и фауна) со 0.9%.²⁶

²⁴ Закон за акцизи, Службен весник на РСМ, од 279/ 19.

²⁵ <http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstenie.aspx?rbrtxt=129>, дата на пристап 11.05.2020.

²⁶ <http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstenie.aspx?id=129&rbr=2436>, дата на пристап 11.05.2020.

Заклучок

Актуелната политика на заштита на животната средина во рамките на Европската Унија покажа мошне солидни резултати во намалување на просечната емисија на CO₂. Престојните заложби на Унијата се таа да се јави во улога на лидер во борбата за заштита на животната средина. Во остварувањето на ове цели Унијата јасно го потенцира значењето на даночната политика и нејзиното импакт врз заштитата на животната средина. Оттука јасна е позицијата на Унијата во препораките за реформи во даночната сфера кои треба да се во насока на пренасочување на даночното оптеретување кон факторите кои влијаат на загадувањето. Анализата покажува тренд на зголемување на даночните приходи од оданочувањето на моторните возила, кои во основа ја имаат еколошката компонента, на ниво на најразвиените економии на Европската Унија, што пак од друга страна се насетуваат и политиките на самите држави кон употреба на овој фискален инструмент, како од гледна точка на фискалните така и од аспект на еколошки бенефити.

Република Северна Македонија сеуште е во фаза на креирање на стратегија која ќе ги следи европските трендови во делот на зеленото оданочување. Државата пристапи кон донесување на посебен Закон за данок на моторни возила, во кој за прв пат при пресметувањето на данокот е вклучена еколошката компонента условена од нивото на емисија на CO₂. Покрај овој закон донесена е и Стратегија за реформа во даночниот систем (2020-2023) во која еден од приоритетите претставува воведување на зелено оданочување. Од државата се очекува да се зафати со сериозни чекори во делот на даночната реформа која подразбира зелено оданочување, бидејќи тоа е неминовно во услови на енормното загадување на воздухот со кое се соочува. Генерално фискалните и парфискалните мерки кои се воведени, а имаат еколошка компонента, се недоволни, неконзистентни и неефикасни. Потребан е системски приод во решавање на проблемот со загадувањето преку имплементација на позитивните практики на државите членки на Европската Унија, каде еден од главните механизми треба да биде конзистентен и транспарентен даночен систем со силни еколошки компоненти и ефикасна институционална поддршка.

Користена литература:

1. Kosonen, K., Nicodeme, G. The role of fiscal instruments in environmental policy, European Union, 2009.
2. Larsson, M. , The Business of Global Energy Transformation, Palgrave Maxmillian, Hampshire, 2012.
3. Predrag Bejaković, O uvodenju ekoloških poreza u odabranima razvijenim zemljama, достапно на: <https://www.ijf.hr/upload/files/file/PV/2016/6/bejakovic.pdf>.

4. Kosonen, K., Nicodeme, G. The role of fiscal instruments in environmental policy, European Union, 2009.
5. Decision No 1386/2013/EU of the European Parliament and of the Council of 20 November 2013 on a General Union Environment Action Programme to 2020 'Living well, within the limits of our planet' Text with EEA relevance, The 7th Environment Action Programme (EAP), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32013D1386>.
6. European Commission, European green deal, Bruxelles, 11.12.2019. COM(2019) 640 final, 2019.
7. European Automobile Manufacturers' Association, Acea tax guide 2020, Bruxelles, 2020.
8. European Climate Pact, достапно на, https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/pact_en.
9. European Environment Agency. Environmental tax reform in Europe: implications for income distribution on. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011, <http://www.eea.europa.eu/publications/environmental-tax-reform-in-europe>.
10. European Environmental Agency, "Environmental taxation and EU environmental policies", 2016, <https://www.eea.europa.eu/publications/environmental-taxation-and-eu-environmental-policies>.
11. Regulation (EC) No 443/2009 of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 setting emission performance standards for new passenger cars as part of the Community's integrated approach to reduce CO₂ emissions from light-duty vehicles (Text with EEA relevance) *SL L 140, 5.6.2009*.
12. Regulation (EU) 2019/631 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019.
13. Regulations (EC) No 443/2009 and (EU) No 510/2011 (Text with EEA relevance.).
14. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development, достапно на: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>,
15. Здружение на граѓани „Македонски центар за европско образование“, „ЕВРОПСКАТА ЕНЕРГЕТСКА РАМКА, Анализа на сценаријата за пристапувањето во Европската Унија низ призмата на имплементацијата на Стратегијата за енергетика, емисиите и целите утврдени од страна на ЕУ и во другите меѓународни договори - Скопје, 2015.
16. Закон за акцизи, Службен весник на РСМ, од 279/ 19.
17. Законот за моторни возила, Службен весник на РСМ, бр. 261/19.
18. Уредба за начинот на пресметка на данокот на моторни возила и на износите потребни за пресметка на данокот на моторни возила, www.customs.gov.mk/images/documents/motorniVozila/PresmetkaDMV.pdf.

19. Стратегијата за реформа во даночниот систем (2020-2023), Скопје, 2020.
20. www.stat.gov.mk
21. www.eur-lex.europa.eu
22. www.sustainabledevelopment.un.org