УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ - СКОПЈЕ

ГОДИШНИК

НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE

DE LA FACULTÈ DE DROIT „IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE

ВО ЧЕСТ НА
ПРОФ. Д-Р ДИМИТАР БАЈАЛЏИЕВ

СКОПЈЕ, 2022

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ - СКОПЈЕ

ГОДИШНИК
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ГОДИШНИК	ТОМ 60	СКОПЈЕ SKOPJE	2022

ANNUAIRE
DE LA FACULTÈ DE DROIT
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE

Главен уредник:
д-р Александар Љ. Спасов

Уредувачки одбор:
Проф. д-р Гордана Силјановска Давкова
Проф. д-р Каролина Ристова-Астеруд
Проф. д-р Јасна Бачовска Недиќ
Проф. д-р Драги Рашковски
Проф. д-р Петра Дибушер (Белгија)
Проф. д-р Златан Мешкиќ (Босна и Херцеговина)
Проф. д-р Ана Лисе Кјер (Данска)
Проф. д-р Ричард Матланд (САД)
Проф. д-р Славко Ѓорѓевиќ (Србија)
Проф. д-р Марија Игњатовиќ (Србија)
Проф. д-р Али Ресул Усул (Турција)

Секретар на годишникот:
м-р Анастасија Муратовска

Правен факултет „Јустинијан Први“
ул. Гоце Делчев 9б 1000 Скопје, Република Северна Македонија

Лектура: Лилјана Јовановска

Печати: Стоби Трејд, ДООЕЛ

Тираж: 100 примероци

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ - СКОПЈЕ

ГОДИШНИК

НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE

DE LA FACULTÈ DE DROIT „IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE

ВО ЧЕСТ НА
ПРОФ. Д-Р ДИМИТАР БАЈАЛЏИЕВ

СКОПЈЕ, 2022

СОДРЖИНА
НА ГОДИШНИКОТ НА ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ВО ЧЕСТ НА ПРОФ. Д-Р ДИМИТАР БАЈАЛЏИЕВ

ВО ЧЕСТ НА ПРОФ. Д-Р ДИМИТАР БАЈАЛЏИЕВ**...................................V**

Јасна Бачовска Недиќ
АСПЕКТИ НА КЛАСИЧНАТА СОЦИОЛОШКА ТЕОРИЈА ЗА РЕЛИГИЈАТА – ПРИЛОГ КОН ПРАВОТО НА ВЕРОИСПОВЕД ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА 1

Каролина Ристова-Астеруд
РОНАЛД ДВОРКИН – ПРАВНИОТ ФИЛОЗОФ КОЈ ГИ ПРЕДИЗВИКУВА(ШЕ) СУДИИТЕ 15

Тодор Каламатиев, Александар Ристовски
ПРИВРЕМЕНОТО АГЕНЦИСКО ВРАБОТУВАЊЕ КАКО НЕСТАНДАРДНА ФОРМА НА ВРАБОТУВАЊЕ 33

Билјана Поповска, Иванка Василевска
ВЛИЈАНИЕТО НА ИСИХАЗМОТ ВО ВИЗАНТИСКОТО ОПШТЕСТВО (историски преглед) 53

Родна Живковска, Тина Пржеска
ТОЛКУВАЊЕ НА ПРАВНИТЕ НОРМИ ВО ГРАЃАНСКОТО ПРАВО............67

Сашо Георгиевски
ЕВРОПЕИЗАЦИЈА НА МАКЕДОНСКОТО СУДСТВО ВО ПРОЦЕСОТ НА ПРИСТАПУВАЊЕ НА РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА КОН ЕВРОПСКАТА УНИЈА
во прилог кон расправата околу потребната адаптација на правната култура кај македонското судство...83

Горан Коевски, Дарко Спасевски
СТЕЧАЈНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ДОГОВОРОТ ЗА ГРАДЕЊЕ...............119

Ванчо Узунов, Биљана Петревска
АНАЛИЗА НА СОЦИЈАЛНАТА НЕЕДНАКВОСТ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА 137

Рената Тренеска-Дескоска
(НЕ)НАДЛЕЖЕН УСТАВЕН СУД 151

Тања Каракамишева-Јовановска
АНАЛИЗА НА МЛАДИНСКАТА РАБОТА ВО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА..163

Тони Дескоски, Вангел Доковски
НОВАТА ЕВРОПСКА КОНФЛИКТНА (Р)ЕВОЛУЦИЈА ЗА ВОНДОГОВОРНАТА ОДГОВОРНОСТ ЗА НАДОМЕСТ НА ШТЕТА..........193

Татјана Зороска - Камиловска
ТЕОРИСКО-ПРАВНИ РАЗГЛЕДУВАЊА НА ДИМЕНЗИИТЕ НА ПРОЦЕДУРАЛНАТА ПРАВИЧНОСТ ВО ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА СО АКЦЕНТ НА ВРЕМЕНСКАТА ДИМЕНЗИЈА 215

Гоце Наумовски, Есин Кранли Бајрам
НЕКОИ ПРАШАЊА ПОВРЗАНИ СО СТЕКНУВАЊЕТО НА НАСЛЕДСТВОТО ВО РИМСКОТО ПРАВО..235

Мишо Докмановиќ
ПОВТОРНО СОЈУЗНИЦИ – НАДВОРЕШНАТА ПОЛИТИКА НА САД И ГРЦИЈА ЗА ВРЕМЕ НА СТУДЕНАТА ВОЈНА..................................251

Poliksena Gavroska, Ilija Rumenov
INTRODUCTORY ASPECTS OF THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DECISIONS..267

Ненад Гавриловиќ
ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТА ПРЕДИЗВИКАНА ОД ЖИВОТНИ: СЕКТОРСКИ РЕЖИМ ЗА ДИВЕЧ 295

Елена Михајлова-Стратилати
ЗОШТО ТРЕБА ДА ПОСТОЈАТ ЗАКОНИ СО КОИ СЕ КАЗНУВААТ ДЕЛАТА ОД ОМРАЗА..331

Владимир Божиновски
СРЕДНОВЕКОВЕН КОСМОПОЛИТИЗАМ
-Подемот на католичката црква во средниот век-...345

Драги Рашковски
ТЕОРИИ ЗА НАДЛЕЖНОСТ НА СУДОТ И ИЗБОР НА ПРАВОТО КАКО АЛАТКИ ЗА РЕШАВАЊЕ НА СПОРОВИТЕ КАЈ CLOUD ТЕХНОЛОГИЈАТА..357

Александар Спасеновски
СТАТУСОТ НА ВЕРСКИТЕ ЗАЕДНИЦИ И ПРОМЕНАТА НА СОПСТВЕНИЧКИТЕ ОДНОСИ ВО СОЦИЈАЛИСТИЧКА МАКЕДОНИЈА...371

Јелена Трајковска-Христовска
СИСТЕМОТ НА КОНТРОЛА НА УСТАВНОСТА НА ПРАВНИТЕ АКТИ ВО КРАЛСТВОТО ШПАНИЈА...383

Елена Давитковска, Ивана Шумановска-Спасовска
ПОСТАПКАТА ЗА ОСТВАРУВАЊЕ НА ПРАВОТО НА СЛОБОДЕН ПРИСТАП ДО ИНФОРМАЦИИ ОД ЈАВЕН КАРАКТЕР - СОСТОЈБА И ПРЕДИЗВИЦИ -...401

Елена Игновска
КРВНАТА ВРСКА И ЗАЕДНИЧКИОТ ЖИВОТ КАКО КРИТЕРИУМИ ЗА ПОСТОЕЊЕ НА ПРИВАТЕН И СЕМЕЕН ЖИВОТ..421

Милка Ракочевиќ
НАДОМЕСТ НА ШТЕТА КАКО РЕПРЕСИВЕН ИНСТРУМЕНТ ЗА САНКЦИОНИРАЊЕ НА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРОЦЕСНИТЕ ОВЛАСТУВАЊА ВО ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА..441

Катерина Шапкова Коцевска
ФРЕДЕРИК БАСТИЈА: ЗАБОРАВЕНИОТ ВЕЛИКАН НА ФРАНЦУСКИОТ КЛАСИЧЕН ЛИБЕРАЛИЗАМ...457

Елена Макревска-Дисоска, Ирена Кикеркова
ПРОБЛЕМИ И ПРЕДИЗВИЦИ ВО ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ЦЕЛОСНА ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА НА ПАЗАРОТ НА УСЛУГИ ВО РАМКИТЕ НА ВНАТРЕШНИОТ ПАЗАР НА ЕУ...473

Валентин Пепељугоски
ЗАШТИТА НА АВТОРСКОТО ПРАВО КАКО ФУНДАМЕНТАЛНО

ЧОВЕКОВО ПРАВО И ПРОЕКТОТ „СКОПЈЕ 2014“......................................489

Valerii Lazarev, Khanlar Gajiyev, Gracheva Svetlana, Andrei Sidorenko
THE ROLE OF JUDICAL DOCTRINE IN THE EVOLUTION OF LAW ENFORCEMENT: INTERNATIONAL AND NATIONAL ASPECTS.................507

Љупчо Стојковски
ДОБРОТО ПРОТИВ ЗЛОТО? ВОЈНАТА ПРОТИВ ТЕРОРИЗМОТ И ИСИС...537

Катерина Тошевска-Трпчевска, Љубен Коцев, Александар Паришев
ПОДОБРУВАЊЕ НА ЕФИКАСНОСТА НА МЕХАНИЗМОТ ЗА РЕШАВАЊЕ ТРГОВСКИ СПОРОВИ НА СВЕТСКАТА ТРГОВСКА ОРГАНИЗАЦИЈА...553

Анастасија Муратовска
СОЦИЈАЛНА РЕУПОТРЕБА НА КОНФИСКУВАН ИМОТ..........................571

Михаела Мострова
НАДЛЕЖНОСТ RATIONE MATERIAE НА МЕЃУНАРОДНИОТ ЦЕНТАР ЗА РЕШАВАЊЕ НА ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРОВИ (ICSID) 589

Леона Кичеец
ТЕКОВНИ ДИЛЕМИ И ИДЕН РАЗВОЈ НА МЕЃУНАРОДНОТО ПРАВО ВО ОБЛАСТА НА ДИГИТАЛНАТА ТРГОВИЈА 603

Калин Митрески
ВЛИЈАНИЕТО НА МАРКЕТИНГОТ КАЈ ДОБРО ПОЗНАТИТЕ ТРГОВСКИ МАРКИ ПРЕКУ ПРИМЕРОТ НА КОКА-КОЛА 621

Александар Љ. Спасов
„ОПРАВДУВАЊЕ НА ЗЛОСТОРСТВАТА“ – ПРАВНАТА ТЕОРИЈА ВО ВРЕМЕТО НА ГЕРМАНСКИОТ НАЦИОНАЛСОЦИЈАЛИЗАМ...................631

Жанета Трајкоска, д-р Маја Блажевска-Евросимоска
ВРАЌАЊЕ НА ДОВЕРБАТА ВО МАКЕДОНСКОТО НОВИНАРСТВО ПРЕКУ ВОВЕДУВАЊЕ НА ПРИНЦИПИТЕ НА КОНСТРУКТИВНО НОВИНАРСТВО...645

Димитар Балаџиев

ВО ЧЕСТ И СПОМЕН НА ПРОФ. Д-Р ДИМИТАР БАЈАЛЏИЕВ

Почитувани читатели,

Годишникот на Правниот факултет „Јустинијан Први" при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј" во Скопје што го имате во вашите раце е посветен на нашиот долгогодишен професор и доајен на теоретските правни науки, проф. д-р Димитар Бајалџиев. За мене, како уредник на ова издание на Годишникот, претставува голема чест и задоволство на овој начин да се оддолжам на мојот ментор, научен и животен, со кого имав шанса да работам повеќе од две децении. Прво, како негов студент, потоа демонстратор, асистент, магистранд и докторанд, а последните години како еден од научните наследници и продолжувачи на неговото дело на научната област на којашто тој ѝ го посвети целиот свој професионален живот.

Проф. д-р Димитар Бајалџиев е роден во с. Лугунци, во егејскиот дел на Македонија, денешна Грција во 1944 година. Местото и годината на неговото раѓање за неговиот живот имаше многу поголемо значење отколку само географска локација и временска одредница. Во историјата овој период е одбележан со крајот на Втората светска војна, но и почетокот на Граѓанската војна во Грција која најинтензивно се водела токму во регионот што долги години во Грција беше нарекуван Северна Грција, а за нас е татковина на дел од македонскиот народ што остана да живее во рамките на грчката држава по Букурешкиот мировен договор од 1913 година. Професорот Бајалџиев ја споделуваше судбината на илјадниците деца, бегалци од граѓанската војна, кои во 1948 и 1949 година, во времето на најжестоките борби меѓу партизанската Демократска армија на Грција (ДАГ) и грчката кралска војска беа одведени од Грција за да им бидат спасени животите од непрестајните бомбардирања и одмаздничките и репресивни акции на грчката кралска војска. Овие деца беа одведени во повеќе држави, од поранешна Југославија (во тогашната Народна Република Македонија како нејзина федерална единица, но и во Војводина), преку Унгарија, поранешната Чехословачка, Полска, па сè до далечните републики на поранешниот Советски Сојуз како Ерменија, Казахстан и Узбекистан. Професорот Бајалџиев, прво, е упатен во Војводина, а потоа се

враќа во Гевгелија, од другата страна на планината, како што често велеше, блиску, а далеку до своето родно место. Трагичната судбина на Македонците од Грција и, особено, на децата бегалци беше нешто што е длабоко врежано во неговата личност и тема на која постојано се навраќаше. Она што секогаш ме импресионираше кај него беше начинот на кој ја рационализираше личната трагична судбина без да покаже нималку гнев или омраза кон грчкиот народ. Напротив, секогаш велеше дека мора да се помириме и да соработуваме, а трагичната историја да ја паметиме, но не со неа да ја оптоваруваме денешницата и иднината.

По завршувањето на средното образование, тој се запишува на Правниот факултет во Скопје. По дипломирањето, неговиот професионален пат продолжува на факултетот каде што во 1969 година се вработил како асистент на предметот Теорија на државата и правото, на кој предметен професор бил д-р Стеван Габер. Магистрира во 1977 година на тема посветена на влијанието на нормите во јавниот живот на луѓето. По магистрирањето, во 1978 година е избран за предавач на факултетот.

Професор Бајалџиев докторира на тема посветена на влијанието на моралот врз правото. Изборот на таа тема не би била ништо необично за еден теоретичар на правото доколку изборот не бил направен во едно време и владејачки систем кој наметнувал една идеологија, односно еден светоглед кој на правото гледал само од аспект на неговиот инструментален карактер во заштита на волјата на владејачката класа, а општествените појави, вклучително и правото, морале да бидат објаснувани единствено низ визирот на материјализмот негирајќи им каква било друга суштина, со што во методолошка смисла општествените науки биле заробени од вулгарниот материјализам. Одлуката да избере тема од областа на правната аксиологија, од тогашна перспектива, била многу храбар професионален избор што го надминувал методолошкото едноумие.

По докторирањето, во 1985 година, е избран за доцент, во 1990 година за вонреден професор, а во 1995 година за редовен професор на теоретски правни науки (Вовед во правото и Филозофија на правото), на која позиција се пензионираше во 2011 година.

Професионалниот интерес на проф. Бајалџиев не беше насочен единствено кон правната теорија и филозофија. Тој се бавеше и истражуваше и во областа на политичките науки. Така, тој беше предметен наставник и на предметот Основи на политичките науки, односно Политологија на политичките студии и студиите по новинарство на нашиот факултет.

Во овој контекст особено е важно да се истакне дека проф. Бајалџиев е автор и на првите учебници по Вовед во правото (дел прв, посветен на државата и дел втор, посветен на правото) и по Политологија по промената на општествено-политичкиот систем што доведе и до методолошки плурализам во правните и политичките науки. Неговите учебници и денеска се основни

учебници за студентите на правните студии и во таа смисла претставуваат капитални дела во сферата на правната теорија.

Во рамките на нашиот универзитет и факултет, проф. Бајалџиев извршуваше различни должности, меѓу кои, секако е најзначајна неговата должност на декан на Правниот факултет од 2000 до 2004 година, период во кој факултетот ја одбележа педесетгодишнината од своето работење, а ги заврши и подготовките за усвојување на новите наставни програми и транзицијата кон Европскиот кредит трансфер систем во рамките на Болоњскиот процес.

Професор Бајалџиев не беше само посветен професор и научник. Кај него беше многу важна и политичката страна на неговата личност. На јавноста ѝ е познато дека тој беше втор министер за образование од независноста во периодот од 1992 до 1994 година. Често пати знаеше да ми раскажува за сите предизвици со кои се соочувал како министер во држава која штотуку проодувала на патот на независноста. Особено често се навраќаше на тензиите во меѓуетничките односи во тие први години на независноста кои речиси редовно имале влијание врз образовниот систем. Беше задоволен дека, барем за периодот во кој бил министер, успеал да одолее на обидите меѓуетничките тензии да го загрозат нормалното одвивање на образовниот процес.

Но, она што е помалку познато на пошироката јавност е неговиот младински активизам во шеесеттите и почетокот на седумдесеттите години на 20 век. Во пресвртната 1968 година студентски протести не се случуваат единствено во Франција, Германија и САД, туку и во поранешна Југославија. Проф. Бајалџиев во таа година е генерален секретар на Сојузот на судентите на Југославија и од таа многу важна позиција во годината на младинскиот и студентскиот револт тој е директен учесник во организацијата на протестите и разговорите на студентите со тогашниот владејачки режим. Кога разговаравме за ова време, многу често и самиот се чудеше на својата тогашна храброст и идеализам да биде еден од клучните актери во настани кои тогашниот систем воопшто не ги третирал како вообичаено демократско право и составен дел на еден нормален политички систем.

Неговата инволвираност во пресвртните моменти на тогашната Социјалистичка Југославија не завршува во таа 1968 година. Неколку години подоцна во 1972 година, кога доживотниот претседател на поранешната држава Јосип Броз Тито тргнува во пресметка со т.н. „анархолиберали, граѓански елементи и технократи“, проф. Бајалџиев како младинец е член на Извршното биро на Сојузот на комунистите на Македонија. Политичкиот крај на либералната струја во тогашната единствена дозволена партија, на чело со Крсте Црвенковски и Славко Милосавлевски, е крај на политичката кариера, барем за определен период, и на професорот Бајалџиев. Но, во историска смисла, улогата на оваа генерација на македонски политичари е најава за крајот на политичкото едноумие и комунистичката автократија што ќе се случи петнаесетина години подоцна.

Професорот Бајалџиев нè напушти во август оваа 2022 година. Но, неговото физичко заминување не е крај на неговото дело. Како еден од продолжувачите на неговата работа, имам чест да го чувам споменот за него. Овој Годишник на Правниот факултет во негова чест, во кој има трудови од голем број негови колеги и поранешни студенти, е само еден скромен чекор во исполнувањето на таа задача.

Вечна слава драг професоре!

Во Скопје, 9.12.2022 година

проф. д-р Александар Љ. Спасов
уредник на Годишникот

проф. д-р Јасна Бачовска Недиќ[1]

АСПЕКТИ НА КЛАСИЧНАТА СОЦИОЛОШКА ТЕОРИЈА ЗА РЕЛИГИЈАТА – ПРИЛОГ КОН ПРАВОТО НА ВЕРОИСПОВЕД ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

УДК: 316.74:2
342.731
322
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Во времето на социјализмот државата еднострано ја одредуваше природата на својот однос кон црквата, верските заедници и верските слободи и права, условно кажано тоа беа општества без религија на „едно видливо ниво“[2]. Државата беше во позиција на радикален секуларизам.[3] Академскиот,

---

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

[2] Проценката на обемот на секуларизација во едно општество е многу комплициран процес, бидејќи во обѕир се земаат неколку димензии на промените: бројност на членството во верските организации; општествениот статус на верските организации; и религиозноста на поединецот. Иако влијанието на религијата недвосмилено опаѓа, религијата не е во опасност од исчезнување, туку и понатаму ги соединува и разединува луѓето во модерниот свет. Entoni Gidens, *Sociologija*, Beograd, 2005, стр. 577.

[3] Терминот „секуларизам“ е творба на Џорџ Џејкоб Холиок (англиски филозоф) од 1846. Во најчестото световно значење, со него се изразува спротивност на воспоставување на државна црква или фаворизирање на една наспроти други религии. Зборот потекнува од латинскиот збор secularis што значи светско, нешто што не е верско. Секуларизмот прераснал во движење со основна цел одвојување или минимизирање на значењето на религијата во јавниот живот. Секуларното општество би се темелело на научна слика, доминација на науката и филозофијата во однос на религијата. Во една социолошка смисла секуларизацијата е процес во модерните општества кога религиозните практики, верувања го губат општественото значење.
Во основа секуларизмот има две групи застапници. Првите се на став за одвојување на верата од јавниот живот и верата ја сметаат за приватна работа. Другите се застапници на т.н. радикален секуларизам и значи потполно негирање на верата, сметаат дека нема место за вера во јавниот живот. Радикалниот секуларизам ги омаловажува верските чувства, а религијата ја смета за назадна и ретроградна категорија. Секуларизмот како општествен проект на 19 и 20 век има противници особено во религискиот фундаментализам. Секуларизмот или водење на световен живот, втемелен на разум и искуство има свои интелектуални основи во хуманизмот, ренесансата, рационализмот, емпиризмот и просветителството.

односно социолошкиот пристап во разгледувањето на општествено-практичните функции на религијата беше критички (наспроти функционалистичкиот пристап) кој како кај марксистите водеше во крајни атеистички ставови, т.е радикална негација на религијата.

Во доцните 80-ти години и почетокот на 90-тите години започна еден процес на десекуларизација на општеството во постсоцијалистички држави или т.н. млади демократии. Оваа десекуларизација се гледаше преку голема посетеност на црквите, посветеност кон ортодоксните верувања, поддршка на организираната религија преку донации и преку значајноста на религиозните празници (тоа што не би требало да биде одлика на модерно индустриско општество).

На општествено ниво значеше губење на чувството за религиски плурализам, што е еден ретрограден процес. Во однос на верските слободи и права во постсоцијалистичките земји, нивното општествено-политичко апилицирање, но и нивното научно третирање (политикологија, социологија и правна наука) владееше конфузија во поглед на нивната улога и статус, а посебно во однос на новата улога на верските заедници во балканските држави, во кои спаѓа и Република Македонија.

Овие состојби влијаат врз начинот на кој ние сега се занимаваме, на теоретско ниво (и политичко ниво) со правото на вероисповед.

Клучни зборови: *религија, социолошки теории, вероисповед, дефиниции за религијата, право на вероисповед.*

Класична теорија за религијата

Значењето на верските слободи и права е изведено од општествената позиција на религијата и од тој аспект секогаш е потребен еден ретроспективен пристап кон класичниот доктринарен, пред сè социолошки интерес за религијата како општествен фактор. Во тој контекст актуелни се низа поттеми, и тоа: како од социолошки аспект се дефинира религијата; генеза на социолошкиот пристап; најважните социолошки дела кои се однесуваат на религијата; општествената улога на религијата; социјалните функции на одделни религии како, на пример: христијанската филозофија како идеолошка основа на Европа[4]; улогата на религијата во националистичката култура (случајот на Полска, Ирска).

[4] Христијанството станува универзална идеологија што ги обединила одделните култури, традиции и други разлики присутни во општеството. Во 11 век христијанството се дели на западно и источно. Епископот на Рим е прогласен за папа со власт над западното христијанство. Римокатоличката црква има големо влијание врз западната култура, особено преку манастирите. Во 16 и 17 век се појавува друга поделба со појавата на реформацијата. ***Христијанската филозофија како идеолошка основа на Европа...*** Така идејата за природното право се претвора

Научното изучување на религијата е поврзано со марксизмот и неохегелијанството, но секоја позначајна социолошка теорија се обидува да ја објасни религијата како општествена појава. Во овој правец треба да се прави разлика помеѓу *социологија на религијата* и *религиозната социологија (католичка социологија),* која што имала една мисионерска цел.[5] Социологијата на религијата е критика на позитивистичката теорија од 19 век. Како резултат на популарноста на дарвинизмот во тоа време, позитивистичката теорија религијата ја третирала како погрешна и ирационална појава, која ќе исчезне со растот на науката.

Значи, прво, ставот е критички на религијата се гледа како на нешто што е спротивно на науката и развојот. Се објаснува со психолошки расположенија и интелектуални грешки (Спенсер и Конт). Огист Конт, основач на социологијата, целиот општествениот развој всушност го опишува со развојот на мислењето. Првата фаза теолошка, втората метафизичка и третата позитивистичка.

Подоцна во науката се прави обид да се откријат општествените претпоставки за појавата на религијата и дистинкцијата помеѓу позитивната и негативната улога на религијата и нејзиниот развој.

Социологијата отпрво се интересира за религијата како за нерационална, колективна и симболична појава. Таа не се интересирала за историските извори на религијата во примитивното општество. Но, религијата не се базира на погрешно верување, туку е реакција по човековата потрага по суштината. Таа не е индивидуалистичка, туку социјална и колективна појава. Повеќе станува збор за симболите и ритуалите отколку за вербата и знаењето. Оттука растежот на научното знаење е ирелевантно за социјалните функции на религијата.

Класична студија (дело) од овој период е делото на Емил Диркем *Елементарни облици на општествена свест.* Диркем голем дел од својата интелектуална кариера ја посветил на религијата, особено се занимавал со религијата во малите, традиционални општества. Елементарните облици на религискиот живот објавена во 1912 можеби е највлијателната книга во социологија на религијата. Ова дело сè уште има големо влијание врз современата социологија на религијата. Тој тука се посветува социјалните функции на религиозните практики. Диркем не ја поврзува религијата со општествената нееднаквост или моќ, туку со севкупната природа на институциите во општеството. Своето дело го засновува на проучување на тотеизмот кај австралиските Абориџини и тврди дека тотемизмот ја претставува религијата во нејзиниот најелементарен, основен облик.

Вебер, односно неговото дело *Протестантската етика и духот на капитализмот* е еден најдобар пример за општествените последици од христијанските верувања. Вебер се впушта во севкупно проучување на религијата на

во идеја за божје право (jus divinum). Познатите теолози Августин и Аквински зборуваат за вечниот закон (lex aeterna) кој е истоветен со божјиот ум и волја.

[5] Гордон Маршал, Оксфордски речник по социологија, Скопје 2004, стр. 450

глобално ниво. Ниеден научник ни пред него, ни по него не се впуштил во размислување од такви размери. Вебер се впуштил во она што се нарекува светска религија, односно на оние религии кои имаат најголем број верници и кои влијаеле на текот на светската историја. Направил детална студија за гиндуизмот, будизмот, таоизмот и стариот јудизам.

Маркс, всушност сериозно не се занимавал со суштината на религијата, односно немал некои системски опсервации, но неговите ставови извршиле големо влијание подоцна околу проблемот на нејзина инструментализација. Маркс е на ставот дека религијата е самоотуѓување на човекот. Раширено е мислењето дека Маркс сосема ја отфрлал религијата, но тоа е далеку од вистината, според Е. Гиденс. Религијата е „душа на еден бездушен свет“, по Маркс. Според него, религијата во нејзиниот традиционален облик ќе исчезне и треба да исчезне.

Дефиниции

Социолозите ја дефинираат религијата по пат на укажување на сакралното, отколку на верувањето во бог или богови од причина што тоа овозможува споредби, на пример, некои верзии на будизмот не содржат елементи на бог.[6]

Класичната социолошка дефиниција на религијата кажува дека религијата е најстар облик на општествена свест. Има свои природни и општествени основи. Историски се јавува како резултат на човековото незнаење за природата и страв од неа, т.е недостаток на солидно објаснување на човековото постоење (суштината на нашето битие), а современите основи на религијата се: сиромаштијата, социјалните неправди, борбата за успех, па и ако можам да го наречам, радикален прагматизам, позитивизмот како главен етички правец на капитализмот.

Значи е на некој начин обид за објаснување на светот кој вклучува имагинарни и нереални пристапи и е институционализиран вид верувања, обреди, сфаќања и ритуали изразени преку црквата (сè што всушност е предмет наползувањето на религиските права и слободи).

Социјални функции

Како социо-културен и антрополошки феномен, секоја развиена религија има различни социјални функции, меѓу кои како позначајни се диференцираат:

- антрополошко-психолошката која во себе ги обединува емотивната, сознајната и волевата функција и
- социо-културна функција: ритуалната, нормативната и интегративната.[7]

[6] Гордон Маршал, *Оксфордски речник по социологија*, Скопје 2004, стр. 450
[7] М. М. Митровиħ, *Увод у социологији и социологији права*, Београд, 2007, стр. 241

Луѓето имаат *силни релиīиски чувсѿва*, најчесто љубов спрема бога која помага во остварување на индивидуален мир и психичка стабилност. Во тој правец Карл Густав Јунг во неговата книга „Психологијата и религијата“ вели: „бидејќи религијата е еден од најраните и најопштите изрази на човековата душа, природно е дека ниту еден вид психологија што се занимава со психолошката структура на личноста, не може да го занемари фактот дека религијата не е само социолошки или историски феномен, туку дека таа, за голем број луѓе, претставува и едно мошне значајно лично доживување“.[8] *Сознајнаѿа функција* се остварува преку митско-догматскиот пристап или религискиот поглед на свет кој ќе биде актуелен сè додека научно не ја докажеме суштината на нашето постоење. Во тој правец е и *волеваѿа функција*, а тоа е потпирање на „божјата помош“ во животните искушенија, кога нема „рационален излез“.

Риѿуалнаѿа функција на религијата, односно преземање на практични дејства во одредено време, место и начин од страна на припадниците на одредена религија, организирано и во одредени околности, има врска со интегритетот и идентитетот на верските заедници. Историски, со канонизацијата на овие верски ритуали настануваат и првите цврсти општествени норми. *Нормаѿивно-реīулаѿивнаѿа функција* на религијата е во основата на секое општество и секоја култура. Само за потсетување треба да се истакне дека првите претстави за тоа што може да се прави, а што не, што е добро, а што лошо, се утврдиле со помош на закана од казна од натприродни авторитети во кои луѓето колективно верувале – религија. Поврзувањето на поединците кои веруваат во ист бог е во суштината на оваа општествена појава, всушност *religere* (лат.) значи поврзување. Верскиот идентитет е примарен во поширокиот општествен идентитет и важен фактор на интегрирање за припадниците на општествени групи кои веруваат во ист бог.

Од социолошки аспект таа функција или улога на религијата се диференцира како позитивна и негативна. Во почетокот на општествениот развиток, кога човекот ги правел првите чекори во совладувањето на природата, магиската свест претставувала силен психолошки фактор за совладување на стравот од непознатото како прв интегрален поглед на светот на човекот.

Религијата е прв систематски поглед на светот кој подоцна се трансформира во филозофски и научен. Подоцна на неа се надоврзуваат филозофијата и науката.

Долго време во развитокот на општеството религијата е еден од интегративните фактори на општествениот живот. Религијата и нејзините норми, обреди и ритуали вршат интегративна функција, го развиваат колективното чувство на луѓето. Религиозната свест служела за одржување на родовската заедница. Ден денес таа е одржувач на морални системи.

[8] C. G. JUNG, Gesammelte Werke, Walter-Verlag AG Olten, 1971

Клучни концепти во религиското право

Зборовите „вера“, „религија“ и „вероисповед“ имаат исто значење. Меѓународно-правните акти го користат терминот „религија, а во официјалните преводи на овие акти главно се користат термините „вера“ и „религија“. Ниту меѓународните, ниту националните правни акти не дефинираат „што е“ религија (вера), туку запираат на тоа да утврдат што претставува слобода на вероисповед (религија). Со ова не се решава проблемот, бидејќи кога некој ќе каже дека му е повредена слободата на вероисповед, прво што треба да се утврди дали тоа што му е повредено, е воопшто негова вероисповед.

„Свеста“ за припаѓање/припадност кон одредена малцинска група (и како последица на тоа тенденцијата да се заштити културниот идентитет на таа група) не отвора ниту едно прашање врзано за слободата на вероисповедта. Во практиката на Комисијата за човекови права и Европскиот суд за човекови права на Советот на Европа нема конечно толкување на значењето на поимот „вероисповед“.

По правило, најраспространетите религии се прифаќаат како системи на убедување кои се заштитуваат, а на сличен начин се опфатени и малцинските варијанти на тие религии. Постарите религии како што е келтската исто така се квалификуваат за заштита како што и случајот со новите религиски движења (Јеховини сведоци, Скиентологија, Мунова секта и Центарот на боженствената светлина итн.), но во еден предмет е отворено прашањето дали тоа важи и за движењето Вика, така што ако постои сомневање во врска со тоа прашање, може да се очекува подносителот на претставката да го докаже постоењето на „конкретната религија“). Според судската практика на германскиот Врховен управен суд и Уставниот суд, поимот *религија* широко се толкува. Доволно е некоја организација да посведочи или да ги потврдува заедничките верски сфаќања за смислата и совладувањето (решавањето) на човечката егзистенција. Значи религијата значи пред сѐ единствен, основен концепт за смислата на човечкото постоење и одредување на местото на човекот во тој контекст. Притоа под религија не се подразбира само она што одговара на традиционалното европско „духовно богатство“, туку и други уверувања за смислата на човековото постоење, сѐ додека се движат во рамките на одредени темелни норми.

Латинскиот збор *religio* значи, учење кое се однесува на највисокото битие (божество, бог). Фигуртивно означува и „светост, етичко начело длабоко втемелено во личноста, совест, работа на совеста“. Од овој збор се изведени и зборовите *религиозен* и *религиозност.* „Религиозен“ и „религиозност“ се зборови кои произлегуваат од зборот религија.

Религиозен е оној кој е во врска со религијата, кој припаѓа на религијата, оној кој е побожен, насочен, совесен, во кој е длабоко втемелено чувството на должност

кон другите и кон себеси. Религиозност значи: верување во бог, љубов спрема бог, страв од божја казна, живеење во склад со нормите на верата, побожност.

Најшироко распространето е поимањето на религијата како систем од верувања и богослужби кои го ставаат Бог во центарот. За други религијата се верувања во поголем број богови. Денес постојат луѓе кои не припаѓаат на некоја традиционална религија или организирани верувања, туку практикуваат верувања на сопствен начин. Современата религија е систематизирана на примитивни религии: анимизам и супернатурализам, потоа светските религии: теизми и системи на апстрактно верување (таоизам, будизам). Постојат два типа религии: политеистички (верување во повеќе богови) и монотеистички (верување во еден бог). Политеистичките религии се повеќе ритуални отколку теориски, потешко се шират отколку монотеистичките. Најзначајните стари религии биле политеистички (египетска, грчката, римската, нордиската). Речиси сите народи на Европа пред примањето на христијанството биле политеисти. Политеистичките религии денес се речиси исчезнати, исклучок се индуизмот и некои племенски религии.

Монотеизам (на грчки μόνος [monos], „еден“; и θεός [theos], „бог“) претставува верување во едно универзално и сеопфатно божество, т.е бог. Основната разлика помеѓу политеистичките и монотеистичките религии е верувањето во еден бог (монотеизам) или повеќе богови (политеизам). Политеистичките религии се народни, додека монотеистичките религии најчесто се наднационални и универзални (исклучок е јудеизмот) и во начело не се ограничуваат на едно племе, народ или држава. Во сите монотеистички религии можат да се најдат извесни заеднички карактеристики: универзален, наднационален карактер; монотеистичките религии се откриени, а тоа значи дека ги основале и втемелиле пророци; сотериолошки (верување во спасение, спасител); ставање на духовното над материјалното.

Во основа постојат три основни групи теории за религијата. Според првата група теории, религијата е творба или идеја на една (владејачка) група луѓе и се користи како средство за заштита на интересите или привилегиите на таа група. Според идејата на втората група теории, религијата е трајна егзистенционална карактеристика на човечкото битие, а според третата група теории за религијата, таа е само човечка склоност кон суеверие произлезена од недоволното познавање на природата на нештата.

Конфесија (латински: confiteor) во религиозна смисла значи исповед, а во казнено-правна смисла значи признание. Низ историјата на реформацијата конфесијата значела верско признавање на припадноста на некоја протестантска партија (на пример: Аугсбуршка конфесија). Тоа истовремено било давање на идентитет на основачките акти на поедини религиски партии. Низ внатрешна заедничка поврзаност на религиските ориентации и црквените достоинстве-

ници поимот „конфесија“ во почетокот било ознака на реформистичката црква. Со развојот на протестантството (протестантските цркви) поимот почнува да се користи за разликување на христијанските цркви (католичка, православна и бројни протестантски цркви). Исто така се користи и за разликување на трите главни правци во јудеизмот (ортодоксниот, конзервативниот и реформистичкиот), двата главни правци во исламот (шиити и сунити). И во хиндуизмот постојат четири правци (шиваизам, шактизам, вишнаизам и смартизам). Религиска деноминација подгрупа во една религија значи исто што и конфесија.

Вероисповед е потесен поим од религија и се поврзува со конкретна религија. Така православното/католичко хрстијанско вероисповедување може да се означи како најкратко изложени вистини на христијанската вера.

Совеста е инхерентна способност на човечката природа, а во теологијата се толкува како дар од Бога за морално просудување на сопствените постапки и мисли. Според психолошките и психоаналитичките толкувања, тоа е систем на внатрешни морални вредности и правила за тоа што е добро, а што е зло, дозволено или забрането, морално или неморално. Совеста се формира во процесот на социјализација преку идентификација со најважните личности од околината, посебно со родителите. Совеста е манифестација на моралноста на човекот. Тоа е интуитивна способност со која го проценуваме чинот што е извршен или треба да се изврши. Совеста е повеќе од само теориско знаење за доброто и злото, таа е практичен суд со кој се тврди дека нешто за мене е добро или зло. Приговорот на совеста е едно од основните права на човекот, засновано на убедувањето на лице дека е слободно, самостојно да мисли, стекнува и да ги менува своите убедувања.

Убедувањето е степен на прифатеност на причините и доказите за некое тврдење. Се акцентира рационалната природа на односот кон тврдењето, за разлика од *уверувањето* кое претежно се заснова на верување во емоционалните односи. Уверувањето е субјективен суд, став или оценка за некоја појава, заснован на верувањето дека нешто е добро, вистинито, убаво и праведно. Уверувањата се поврзани со ставовите и вредностите, се стекнуваат со социјализација, битно влијаат врз однесувањето и тешко се менуваат. За разлика од верувањата, уверувањата во еден дел се рационално и емпириски втемелени и се подложни на корекција, под притисок на аргументите и доказите.

Мислењето е ментален, претежно симболички процес со кој се сфаќа и се внесува некој поредок во надворешната или внатрешната реалност. Тоа е сето она што спаѓа во апстрахирање, поимање, заклучување, судење, замислување и сеќавање. Мислењето или размислувањето е психолошка функција која ни овозможува со помош на мисловни операции да разградуваме одредени предмети за кои размислуваме. Мислењето е ментален процес кој се карактеризира со расудување и заклучување, т.е сфаќање на причинско-последичните односи помеѓу различни појави и предмети како и создавање на соодветни асоцијации

врз основа на што се овозможува задржување и репродукција. Заради сложеноста и условеноста со емоционалните и други фактори, разликуваме конкретно и апстрактно, логичко и нелогичко, магиско и архаично мислење.

Религиозноста и Европската Унија

По налог на Европската комисија, во повеќето европски земји, била спроведена анкета за религиозност (побожност). Анкетата покажува дека голем степен на религиозност или жители кои се изјасниле како верници имаат Малта (95 %) и Кипар (90 %). Потоа следи Португалија со 81 %, Полска со 80 % и Италија со 74 проценти. Просекот за целата ЕУ е 52 проценти. Под овој просек се Германија со 47 %, Велика Британија со 38 % и Франција со 34 %. Најмалку верници имало во Естонија (16 %) и Чешка (19 %). На прашањето „дали не веруваат во Бога", 18 % од граѓаните на ЕУ одговориле потврдно. Повеќето од нив се во Франција (33 %), по што следи Чешка, Естонија и Германија. Одвоено истражување во Германија, покажало дека 39 % од „многу или силно" им верува на црквите, што е подобро од порано. На Владата ѝ веруваат само 15 %, а на партиите само 10 %. На врвот на полицијата со 73 %, следат претседателот, уставниот суд и универзитетите[9].

За европските земји е карактеристична и *мултирелигиозноста* што се смета за модерна религиска структура, но таа мултирелигиозност не е автохтона, т.е домицилното население само не се разделило во разни конфеции и религии, туку многу религиски учења се донесени од имигрантите.

Динамичната и дисперзирана верска структура од социолошки аспект е силен потенцијал особено во процесот на демократизација. Но, со цел за овој потенцијал да е искористен, потребно е да се работи и тоа на духовното, културно и политичко ниво.

Во едно демократско општество се неопходни две нивоа на верската слобода – индивидуално и колективно: прво, верската слобода е, еден од најважните елементи на идентитетот на верниците и нивните идеи за живот, како што и неверувањето е дел од идентитетот на атеистите; второ, автономното постоење на верските заедници е неотуѓив дел на плурализмот во едно демократско општество, во правец на зачувување на плурализмот и правилното функционирање на демократијата.

Во последно време односот помеѓу правото и религијата сè повеќе го привлекува академското внимание. Во книгата *„Правото и религијата во Ев-*

[9] Ненад Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији,* Београд, 2009. стр. 10

ропа – компаративен вовед“,[10] Норман Дое[11] вели „правото е место на средба помеѓу религијата и политиката“. Секоја држава во Европа има свои национални закони со кои се уредуваат односите помеѓу црквата и државата[12], а ЕУ исто така има правни одредби кои за свој предмет ја имаат религијата.[13]

Споредувањето на националните закони за религијата и покрај постоењето на многу разлики, открива суштински сличности меѓу нив. Врз основа на овие сличности авторот се обидува да ги дефинира основните принципи на религиското право кои се заеднички за земјите членки на Европската Унија. Од особено значење е Европската конвенција за човекови права и слободи и јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права и други меѓународни инструменти (главно на ООН) кои ги регулираат овие прашања.

За оваа проблематика од неопходно значење се основите, изворите и системите на религиското право, верските права и правните дефиниции на религијата. Изворите на верските права се поделени на внатрешни и надворешни, односно на национални и меѓународни извори на правото. Односите меѓу црквата и државата се регулирани со различни правни акти, а освен со уставите и законските акти, регулирани се и со договори меѓу државата и црквите и верските заедници, како и со меѓународните договори. Државите (членките на ЕУ) генерално не ја дефинираат религијата во нивните правни акти и ова прашање го препуштаат на судската пракса.

---

[10] Norman Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, London 2011.

[11] Doe прави споредбено-правна анализа на нормативното уредување на овие односи во државите членки на ЕУ. Националните закони ги анализира во контекст на меѓународните инструменти за верските права и слободи (особено Европската конвенција за човековите права и слободи и судската пракса на Европскиот суд за човечки права, како и останатите меѓународни инструменти (пред се на ООН) кои се однесуваат на оваа проблематика). Во книгата (вовед, десет поглавја и додаток и заклучок) секое поглавје е посветено на клучните теми на религиското право во рамките на што се разгледува нивното правно регулирање во земјите членки на ЕУ. Книгата завршува со Додаток во кој авторот врз основа на сопствените истражувања формулирал 50 принципи на европското религиско право.

[12] Во практиката референцата „црква и држава“ обично ги означува односите кои настануваат помеѓу христијанската религија и владите. Овој концепт има долга историја и единствено значење во политичката мисла која се развивала под влијание на христијанството во западниот свет. Разликата помеѓу црквата и државата не била изразена во претхристијанската цивилизација. До прифаќањето на христијанството од страна на Римското Царство (во 4 век) на световните владетели вклучувајќи ги и римските императори, им се доделувала и врховна верска функција. На владетелот можело да се гледа како на претставник на народот пред боговите, или пак самиот да се смета за божествен. Во античките цивилизации (Кина, Египет, Вавилон, Асирија, Персија и Јужна и Централна Америка) комбинацијата свештеник и владетел била постојана одлика. Давид Милер, *Блеквелова енциклопедија на политичката мисла*, Скопје, 2002, стр. 532.

[13] Norman Doe е професор по право, основач и директор на Центарот за право и религија на Правниот факултет на Униферзитетот Кардиф. Студирал право на Правниот факултет во Кардиф, теологија на Оксфорд, а докторирал на Кембриџ. Областите на истражување на професорот Doe се уставно право, канонско и црквено-државно право.

Критериумите за препознавање на религијата, можат да се најдат во судските одлуки на земјите членки на ЕУ и на ЕСЧП. Пристапот на државите да не ја дефинираат или минимално ја дефинираат религијата се оправдува со потребата за „инклузивност“ и „отвореноста“ на правата, кои што е пожелно за денешното плуралистичко општество. Како што веќе наведено, на уставно ниво можно е да се прави разлика меѓу три модели на односи меѓу државата и црквата кои се длабоко вкоренети во историско наследство, но преку подлабоко разбирање на одредени под-уставни норми може да се вооочат и од одредени сличности.[14]

Првиот систем го карактеризира постоење на тесна уставна врска помеѓу државата и одредена верска заедница, односно постоење на државна (национална, народна, традиционална, втемелена) црква или доминантна религија. Англија, Данска, Грција, Финска и Малта му припаѓаат на овој модел. Системи во кои со уставните одредби државата и црквата се разделуваат, или држави со секуларен карактер и со забраната за обезбедување на финансиска помош на верските заедници, се Франција (со исклучок на три источни одделенија), Ирска, Словенија и Холандија. Во мешаниот систем или познат како кооперативен систем, имаме одвојување на црквата и државата, но со нивна соработка во многу области од заеднички интерес, имаат земјите: Шпанија, Португалија, Италија, Германија, Белгија, Австрија, Балтичко и во земјите на Централна и Источно Европа.

Индивидуалните верски слободи и права и правното регулирање на верската дискриминација и омраза е предмет на второто и третото поглавје. Секоја држава ја гарантира слободата на верата во своите уставни одредби кои се конкретизираат во законите. Слободата на верата (правото на слобода на мислата, совеста и вероисповедта) вклучува две основни права: право да се има или смени верата или уверувањето и слобода на човекот сам или заедно со другите, јавно или приватно, да ја изразува верата или уверувањето преку молитва, проповед, обичаи или обреди. Слободата на верата е апсолутна, додека слободата на вероисповед или убедувањето може да биде ограничена и тоа ограничување треба да е предвидено во законот и неопходно за демократското општество и тоа во интерес на јавната безбедност, заради заштита на јавниот ред, здравјето и моралот или заради заштита на правата и слободите на другите. Низ инкорпорацијата на Европската конвенција за човековите права и слободи, нејзиниот член 9, во нивните национални одредби постои единство во гаранциите на

[14] Авторот ја преиспитува класичната доктрина по која постојат три основни системи на односи помеѓу државата и црквата во Европа: системот на државна црква, посебен (одвоен) систем и кооперативен систем. Врз основа на правна анализа, особено на ниво на закони се доаѓа до заклучок дека доминира моделот на соработка на црквата и државата. Оваа студија, исто така ги анализира на националните закони во контекст на меѓународните инструменти кои за свој предмет ги имаат и верските слободи.

слободата на верата во европските држави. Но, одредени разлики постојат во практикувањето на тие гаранции, како и во рецепција на практиката на Судот за човекови права во Стразбур.

Член 9 Слобода на уверување, совест и религија[15]

1. Секој има право на слобода на уверување, совест и религија, вклучувајќи го и правото на промена на религијата или уверувањето: и слободата да сам или во група, во јавност или приватно, ја изрази својата религија или убедување, преку почитување, поучување, богослужба и обред.

2. Слободата на изразување на религијата или убедувањето може да се ограничи само со закон и доколку е тоа неопходно во едно демократско општество во интерес на националната безбедност, јавната сигурност, здравјето или моралот или за заштита на правата и слободите на другите.

Верската дискриминација е забранета во сите законодавства на земјите членки на ЕУ. Може да се заклучи дека правото на ЕУ има најголемо воедначувачко влијание врз националните права токму во оваа област. Забраната ја опфаќа секоја непосредна и посредна дискриминација, поттикнување на дискриминација и верско шиканирање. Антидискриминационите закони во кои верската дискриминација е инкриминирана, се однесуваат и на корпоративните верски слободи, односно на верските заедници, пред сѐ во врска со мерката во која е и на нив дозволено да дискриминираат, на пример, на основа на верата, полот или сексуалната ориентација.

Верските заедници се наоѓаат во средиштето на анализата на четирите следни поглавја: нивниот правен субјективитет и положба, право на самоопределување, статус и функција на верските службеници, заштита на доктрините и учењата и нивниот имот и финансии. По овие поглавја авторот се фокусира на присутност на религијата во јавната сфера: училиштата, затворите, болниците и војската и религијата во приватната сфера: бракот и воспитување на децата.

Врз основа на анализа на религиско право во Европската Унија Дое го окарактеризирува со седум основни принципи (десетто поглавје): вредност (значење) на религијата, супсидијарност, признавање на правата на националните држави на регулирање на своите религиски основи, верска слобода, верска еднаквост (и недискриминација), право на самоодредување на верските заедници, кооперација и посебна заштита на религијата низ правни исклучоци и привилегии. Всушност Лисабонскиот договор и Повелбата на ЕУ даваат погоден приказ и резиме на споменатите принципи.

[15] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

***

Многу од социолозите сметаат дека како последица на урбанизацијата, културниот плурализам и ширењето на научното знаење е присутен процесот на секуларизација или сѐ помало значење на религијата во модерните општества. Но, друга група социолози истакнуваат дека религијата не исчезнува, туку само само е транформирана. Аналогно за сфаќање на религиското право потребно е негово ставање во поширок општествен контекст преку еден интердисциплинарен пристап во кој социологијата треба да даде вистински одговор на прашањето за современите позиции и улоги на религијата.

Луѓето во современото индустриско општество не се склони своите лични проблеми да ги гледаат низ призмата на историските и општествените промени кои влијаат на нивните животи затоа правната наука мора да негува една социолошка имагинација[16]. Културата во која живееме е склона кон индивидуализам, а тоа значи дека позитивните или негативните состојби најчесто ги поврзуваме со сопствените способности или неспособности. Социолошката имагинација го оспособува оној кој што ја поседува, да ја сфати пошироката општествена и историска сцена и нејзиното значење за индивидуалните животи.

Користена литература

1. Entoni Gidens, *Sociologija*, Beograd, 2005;
2. Гордон Маршал, *Оксфордски речник по социологија*, Скопје 2004;
3. М. М. Митровић, *Увод у социологији и социологији права*, Београд, 2007;
4. C. G. JUNG, Gesammelte Werke, Walter-Verlag AG Olten, 1971;
5. Ненад Ђурђевић, *Остваривање слободе вероисповести и правни положај цркава и верских заједница у Републици Србији,* Београд, 2009;
6. Norman Doe, *Law and Religion in Europe: A Comparative Introduction*, Oxford University Press, London 2011;
7. Давид Милер, *Блеквелова енциклопедија на политичката мисла*, Скопје, 2002;.
8. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) ;
9. Kregar, Sekulic, Ravlic, Grubisic, Uvod u sociologiju, Zagreb, 2008;

[16] Социолошка имагинација е термин кој прв го употребува C.W.Mills (1959). Kregar, Sekulic, Ravlic, Grubisic, Uvod u sociologiju, Zagreb, 2008 стр. 29.

Prof. Dr.sc Jasna Bachovska Nedic[17]

ASPECTS OF THE CLASSICAL SOCIOLOGICAL THEORY OF THE RELIGION – CONTRIBUTION TO THE RIGHT TO RELIGION IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Summary

In the age of the socialism, the state unilaterally determined the nature of its attitude towards the church, religious communities and religious freedoms and rights, in other words, they were societies without religion on a "visible level". The state was in a position of radical secularism. The academic or sociological approach in considering the socially practical functions of religion was critical (as opposed to the functionalist approach) which, as with the Marxists, led to extreme atheistic views, ie radical negation of the religion.

In the late 1980s and early 1990s, a process of desecularization of the society began in post-socialist states or so-called young democracies. This desecularization was seen through large church attendance, devotion to orthodox beliefs, support for organized religion through donations, and the importance of religious holidays (which should not be a feature of modern industrial society).

At the societal level, it meant losing the sense of religious pluralism, which is a retrograde process. Regarding religious freedoms and rights in post-socialist countries, their socio-political application, but also their scientific treatment (political science, sociology and legal science) was confused in terms of their role and status, and especially in relation to the new role of religious communities in the Balkan countries, including the Republic of Macedonia.

These conditions affect the way we now deal, on a theoretical (and political) level with the right to religion.

Key words: *religion, sociological theories, definitions of religion, right to religion.*

[17] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Каролина Ристова-Астеруд[1]

РОНАЛД ДВОРКИН – ПРАВНИОТ ФИЛОЗОФ КОЈ ГИ ПРЕДИЗВИКУВА(ШЕ) СУДИИТЕ

УДК: 340.12Дворкин, Р.
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Трудот прави осврт на животното и правно-филозофското дело на американскиот професор по право, Роналд Дворкин, особено низ призмата на трите основни тези на неговата теорија за правото: тезата за правото како систем на правни правила, правни принципи и правни политики; тезата за постоење „вистински одговор“ на секоја правна ситуација и правен спор заснован на субјективните права; и, тезата за непостоење на судиска дискреција, односно тезата за судиското расудување како правооткривање, а не правосоздавање. Авторката дополнително се осврнува на неговата теорија за правото како „целосност“, односно „интегритет“, како и на неговата теорија за судиското расудување и пресудување како „конструктивно толкување“. Завршно, трудот го анализира значењето и влијанието на Дворкиновата теорија на правото врз современите правно-теоретски и правно-филозофски разбирања за правото, како и врз современото судско правораздавање, вклучително и во рамки на Европската Унија.

Клучни зборови: *Роналд Дворкин, правна филозофија, судиско расудување.*

1. Роналд Дворкин (1931 – 2013) – животна приказна за вљубеноста на еден професор по право во судиското расудување при делењето правда.

Роналд Мајлс Дворкин (Ronald Myles Dworkin) е роден во 1931 год. во Провиденс, Роуд Ајленд, САД , а починал од леукемија на 14 февруари 2013 год.

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

(на Денот на вљубените!) во Лондон на 81 години возраст.[2] Заминал како еден од најчитаните, највлијателните и најцитираните теоретичари на правото од втората половина на 20-тиот век, но со натамошно големо влијание врз правната теорија и правната филозофија и во 21-от век. Своето филозофско и правно образование го завршува како стипендист на универзитетите Харвард и Оксфорд, поточно како стипендист на познатата американска Родс стипендија – Rhodes Scholar, и со „алфа“ и „А“ оцени. Интересен податок од неговото правно образование е дека кога по академскиот престој на Оксфорд Дворкин се враќа на Харвард за да ги заокружи студиите, Правниот факултет на Харвард го ослободува од преостанатите испити, со што тој добива диплома за завршени правни студии без да ги има положено испитите од некои правни области, вклучително и од кривично-правната област. За време на неговиот престој во Оксфорд професорите фасцинирано ги споделувале завршните есеи на „брилјантниот студент од САД“ за меѓусебна дискусија, меѓу кои и современиот „титан на јуриспуденцијата“ и највлијателното име на современиот правен позитивизам – Х.Л.А. Харт. При своето пензионирање во 1969 година, во капацитет на раководител на најпрестижната катедра за правна теорија и правна филозофија – оксфордската, Харт својот говор на збогување го завршил токму со цитат од есеј на својот поранешен студент Р. Дворкин, а кој со години го чувал во своите фиоки. Подоцна, самиот Х.Л.А. Харт го убедувал и регрутирал Дворкин за свој наследник на катедрата, невообичаено отстапување од оксфордските традиции според кои наследниците се тие кои се борат да бидат избрани од својот претходник, а не обратно. По завршување на правните студии, Дворкин најпрво се испробува во правната пракса. Во 1957 година тој станува стручен соработник на еден од најпознатите „селебрити судии“ во тоа време во САД, имено, судијата на Федералниот апелациски суд во Њујорк – Лернд Хенд (Learned Hand), воедно една од најпосакуваните стажантски позиции за која се бореле најдобрите студенти по право во САД, не само затоа што Хенд важел за еден од најдобрите судии во САД, туку и затоа што бил познат по промовирање на кариерите на своите штитеници. Од тоа време се пренесуваат две анегдоти за Дворкин. Првата анегдота е дека стариот судија Хенд, веќе навлезен во осмата деценија на својот живот, побарал од Дворкин да не му ги пишува првите верзии на пресудите, како што тоа е вообичаено за другите стручни соработници, туку да ги чита и да дава мислења и критики на завршните верзии на пресудите кои стариот судија веќе ги одобрил и допишал, процес во кој двајцата биле во постојан конфликт на мислења и дебата. Втората анегдота е врзана за неговата идна сопруга, Бетси Рос (Betsy Ross), девојка од богато и угледно њујоршко семејство, од „оние кои живеат на Петтата Авенија“ (како што пренесоа некои од медиумите по повод неговата смрт), а која во тој период, исто така, била една од стажантките на

2 Ronald Dworkin, Scholar of the Law, is Dead at 81, *The New York Times*, February 14, 2013;

судијата Хенд. На една од нивните први средби, Дворкин ја замолил Бетси да одат до куќата каде живеел судијата Хенд за да му остави пред влезната врата некакви материјали, за што биле претходно договорени со судијата. Се случува судијата да ја отвори вратата и да ги покани на гости младите стажант(к)и да испијат „по некое суво мартини", но гостувањето се растегнува на два часа муабети за низа правни теми на денот. По завршувањето на гостите, Бетси, видно импресионирана, го запрашала Дворкин „А ако се одлучам да ти бидам девојка, дали тоа значи дека ќе имам шанси да се сретнувам и со судијата почесто?." Се венчаваат следната година (1958 год.). Подоцна, славниот судија Хенд самоиницијативно ќе го препорача Дворкин на еден од најмоќните судии во Врховниот суд на САД – судијата Феликс Франкфуртер (Felix Frankfurter), пишувајќи му на својот колега дека Дворкин е „стручен соработник над сите стручни соработници" („law clerk to beat all law clerks"). Франкфуртер ја прифаќа препораката и му ја нуди престижната позиција на Дворкин, но тој одбива, одлука за која подоцна ќе се изјасни како за една од најголемите грешки во животот. Наместо тоа, тој се одлучува за њујоршката адвокатска канцеларија „Суливен и Кромвел" (Sullivan and Cromwell), каде работи во периодот меѓу 1958 – 1962 година, и каде се специјализира во меѓународни правни трансакции, и каде, меѓу другото, како еден од најзначајните клиенти му станува познатото шведско банкарско семејство Валенберг (Wallenberg). По тоа искуство, во 1963 година, Дворкин конечно навлегува во професорските води, добивајќи ја престижната катедра по јуриспруденција (Wesley N. Hohfried Chair of Jurisprudence) на Правниот факултет на Универзитетот Јеил. Следува катедрата по јуриспруденција на Оксфорд каде предава во периодот меѓу 1969 – 1998 година. Интересно за неговата универзитетска кариера е дека во 1975 година ја одбива професорска позиција на најпрестижниот Харвард (освен како гостински предавач), претпочитајќи го тогаш далеку понепрестижниот Универзитетот во Њујорк, а по сугестија на историчарот и советник на претседателот Кенеди, Артур Шлесингер (Arthur Schlesinger), кој го советувал Дворкин да се лоцира во Њујорк „бидејќи Њујорк, а не Бостон, е градот за возрасните". Со слична логика, откога Дворкин го напушта Оксфорд, тој прифаќа професорка позиција на Универзитетскиот колеџ во Лондон, меѓу другото, и заради афинитетите на „елегантната девојка од Петтата Авенија", сопругата Бетси, на која не ѝ годела провинцијалноста на Оксфорд и ги претпочитала можностите на Лондон како „град на возрасните". Во целина, неговата академска кариера се одвивала на линија Њујорк – Лондон, но со гостински предавања на низа други престижни и помалку престижни универзитети.

Р. Дворкин важи за професор кој уживал да пишува и да коментира, особено одлуки на Врховниот суд на САД, но и да предава и да дебатира (тој е еден од најзастапените современи правни филозофи на Јутјуб!), многу често

и жестоко, а особено со своите противници и критичари, сосема спротивно од неговиот приватен лик како благ и весел карактер кој сакал да се дружи, забавува, да ужива во добра храна и музика (особено опера), како и да патува: „Дворкин е една од најнеаскетските личности кои ги познавам, секогаш дотеран, како и еден од најнашетаните познавачи на светот“, ќе изјави во 2005 година еден од неговите најблиски колеги и пријатели, филозофот Томас Најџел (Thomas Nagel), воедно и негов партнер во водењето на *Колоквиумот по политичка, правна и социјална филозофија* на Универзитетот во Њујорк, секогаш ставајќи го Дворкин во контраст со аскетската појава на еден друг голем титан на модерната правна и политичка филозофија, неговиот професор Џон Ролс (John Rawls), а со кој патем двајцата често биле во академска дружба.[3]

Р. Дворкин зад себе остава импресивен опус на влијателни и преведувани дела во кои ја изложува својата теорија за правото, а за која многумина приврзаници, но и критичари, сметаат дека попрецизно е да се окарактеризира како „теорија за судиското расудување.“ Неговата теорија обликуваше и сè уште обликува генерации и генерации правници во западниот правен свет, не само во академијата, туку и во (право)судството, а особено низ судовите во САД и во Европа/ЕУ. Како негови најзначајни дела се сметаат: *За сериозен пристап кон индивидуалните права* (1977)[4], *Империја на правото* (1986 – една од најцитираните книги по право на 20-тиот век!)[5], *За правдата во судиски тоги* (2006)[6] и *Правда за ежовите* (2011)[7]. Дворкиновото влијание и популарност во и вон правничките кругови, во 2007 год. професорот Т. Најџел ги објаснува на следниот начин: „нему му успева да ги објасни тешките морални прашања во рамки на правото, политиката и општеството на еден многу луциден начин, кој истовремено е разбирлив и за академскиот свет, но и за лаиците во правото, без притоа да се служи со разводнување или упростување на истите“.[8] Во септември истата година Дворкин е добитник на Holberg International Memorial Prize, наград која ја доделува норвешката влада во чест на данско-новрешкиот писател Лудвиг Холберг за достигнувања во областа на општествените науки, правото, уметноста и теологијата, заради неговите „елаборации на либерално-егалитарната теорија“ и за „оригиналната и многу влијателната теорија на правото со која го сместува лежиштето на правото во моралот, со карактеристично спојување на апстрактните филозофски идеи и аргументи со секојдневните грижи од областа на правото, моралот и политиката“.[9] Во ноември 2012 година Претседателот на

---

3 *Ibidem;*
4 Dworkin, R., *Taking Rights Seriously,* Duckworth, London, 1977;
5 *Id., Law's Empire,* Fontana, London, 1986;
6 *Id., Justice in Robes,* Belknap Press of Harvard University Press, 2006;
7 *Id.., Justice for Hedgehogs,* Harvard University Press, 2011;
8 *Supra* фуснота бр. 2;
9 Види на: https://www.holbergprisen.no/en/ronald-dworkin.html (последна посета на 8.11.2019);

Италијанската Република му ја доделува на Дворкин наградата за јуриспруденција „Балзан“, приватна награда во чест на италијанскиот бизнисмен и борец против фашизмот Еугенио Балзан за „фундаментални достигнувања во областа на јуриспруденцијата, окарактеризирани со нагласена оригиналност и јасност на мислата, и во рамки на едно континуирано и плодно меѓудејство на етичките и политичките теории со правната пракса“.[10] Дворкин е познат и како „Г-н Правда“ („Mister Justice“), особено така именуван од страна на шкотскиот правен филозоф Нил Мекоркмик (Neil MacCormick), и тоа, со двојно значење: прво, заради неговата теорија посветена на индивидуалните права и правдата (барање на лежиштето на правото во моралот, односно во концептите за правда); и, второ, заради неговата фасцинираност со судиите, судиската работа и судиското расудување (теорија на правото како теорија за судиското расудување). Таквото именување не е случајно, дотолку повеќе што во англискиот јазик, поконкретно во правните традиции на американско-англискиот јазик на САД, сите судии се именуваат, односно титулираат со „Judge“, освен судиите на Врховниот суд на САД, кои се именуваат, односно титулираат со „Justice“, имено, со терминот „Правда“, со преносно (и ексклузивно) значење на „делители на правда“, наместо „делители на право“, како што е вообичаено за сите други судии. На тој начин, му се оддава врвно признание на Дворкин во однос на неговата правна теорија, воедно и уважување на неговиот правнички ум кој бил на ранг вообичаено резервиран за судија на Врховниот суд на САД, иако тој тоа никогаш не станал, впрочем, не бил никогаш ниту номиниран ниту за највисокиот суд, но ниту за било кој друг суд во САД.

2. Клучните тези на Дворкиновата теорија на правото

2.1. Теза прва: Правото не е систем на правни правила, туку систем на правни правила, правни принципи и правни политики. Р. Дворкин започнува да ја обликува оваа своја теза уште во првата фаза на својата кариера, опсежно елаборирана во неговото дело *За сериозен пристап кон индивидуалните права* (*Taking Rights Seriously*), и истата е изведена со фронтален напад врз правниот позитивизам, особено оној на неговиот професор и највлијателен современ правен позитивист Х.Л.А. Харт. Јадрото на нападот се состои во тезата дека правото не претставува само систем на правни правила чиј статус е решен во смисла на припадност на правниот поредок преку стекнување соодветно „педигре“ – правила донесени од претходно дефинираниот правосоздавач/законодавецот и во соодветна претходно регулирана процедура – нешто што Харт го именува како „правила на признание“ (Rules of Recognition) или „мастер прави-

[10] Види на: https://www.balzan.org/en/prizewinners/ronald-dworkin (последна посета на 8.10.2019);

ло“ (Master Rule) и врз основа на кои судиите добиваат дискреција да одлучуваат за „сите други случаи“ кои не се опфатени со ваквите правила (создавање на правни правила преку судски преценденти)[11], туку дека правото е систем од правни правила, правни принципи и правни политики, кои, за разлика од правните правила, не се формулирани како „сè или ништо“, односно како цврсти и експлицитни правни правила. Притоа, според Дворкин, за судиското расудување од клучно значење се токму правните принципи и правните политики, особено кога во судската пракса на решавање конкретни случаи „што е правото во даден случај?“ е предмет на правна дилема, односно правна контроверза.

Под „правни принципи“ Дворкин подразбира „стандарди во правото преку кои не се реализира некакава зацртана и/ли посакувана економска, политичка или социјална цел, туку се барање, односно императив на правдата, ферплејот или друга димензија на моралноста во општеството“.[12] Пример кој тој првично го користи за илустрирање на правните принципи, е одлуката на највисокиот суд на државата Њујорк во случајот *Riggs v. Palmer*. [13] Се работи за случај во кој, внук кој бил определен за тестаментален наследник на својот дедо, знаејќи за тоа, од мотиви на алчност, за да дојде побрзо до наследството, го убива својот дедо. И покрај тоа што тогашниот важечки закон за наследување не предвидувал експлицитно лишување од наследство, во вакви ситуации судот пресудил внукот да биде лишен од наследство, повикувајќи се токму на правен принцип, поконкретно, повикувајќи се на правниот принцип „никој не смее да профитира од злото што го направил“, образложувајќи дека ваквиот принцип е инхерентен на природата на правото да раздава (чувство на) правда во општеството. Со други зборови, судот во конкретниот случај не одлучил врз основа на експлицитно правно правило, туку врз основа на правен принцип. Како што појаснува Дворкин, правните принципи се морални пропозиции кои најчесто, експлицитно или имплицитно, веќе се содржани во правните акти, имено, во уставот, законите и други претходно донесени судски одлуки.

Кога станува збор за поимањето на „правните политики“, Дворкин истакнува дека станува збор за „стандарди преку кои се идентификува одредена цел која треба да се постигне со правото, позитивно или негативно дефинирана, а која најчесто треба да се постигне со задржување или подобрување на економската, политичката или социјална состојба или карактеристика на општествената заедница во која делува правото“[14] (на пример, правната политика за намалување на бројот на сообраќајни несреќи). Дворкин истовремено укажува дека разграничувањето меѓу правните политики и правните принципи многу

[11] Hart, H.L.A., *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1961;
[12] Dworkin, R., op.cit. 4, стр. 26;
[13] 115 N.Y. 506 (1889);
[14] Dworkin, R., op. cit. 4, стр. 22;

често е тешка задача бидејќи во реалноста на праворaздавањето може да се случи правен принцип да се прикаже како цел (на пример, цел на општеството е и никој да не профитира од своето зло), а може да се случи и одредена правна политика да се декларира или идентификува како правен принцип (на пример, дека принципот на утилитаристичката правда за обезбедувањето максимална среќа за максимален број луѓе треба да се смета истовремено и како правна политика, односно цел на секој закон). Секако, понекогаш се случува дури и правните принципи да наликуваат на правни правила. Во секој случај, според Дворкин, разликите меѓу правните норми и правните принципи во оперирање на правото се од логичен карактер, и токму по тоа можат да бидат идентификувани и разграничени: и правните правила и правните принципи даваат „инструкција“ како и во што се состои правната обврска и како да се дојде до одлука во даден случај. Но, тие меѓусебно се разликуваат во начинот како се даваат „инструкциите“. Правните правила делуваат на „сè или ништо“ – начин (на пример, дека договор или тестамент мора да биде осведочен со потпис од тројца сведоци, или пак кога нешто е експлицитно дозволено/експлицитно забрането), дури и кога предвидуваат исклучоци. Таквиот „се или ништо“ пристап не е вообичаен во оперирањето на правните принципи. На пример, во случајот на гореспоменатиот принцип „никој не смее да профитира од своето зло“ нужно не се подразбира дека правото никогаш не дозволува оттргнување од овој принцип. Напротив, има серија на правни правила и ситуации кога субјектите на правото најлегално ќарат од своите повреди токму на овој правен принцип (на пример, кај институтот на одржување во граѓанското право – ако доволно долго се користам со нечиј имот без да реагира сопственикот, може да се стекнам и со сопственост врз истиот; во работното законодавство – ако не дадам отказ во законски предвидениот отказен рок и преминам веднаш на друго, подобро платено работно место, може ќе бидам обврзан да му платам оштета на претходниот работодавец, но правото не ми ја одзема новата работа и новата, повисока плата). Значи, принципите не содржат однапред утврдени услови за примена кои се применуваат секогаш и во секоја ситуација. Она што ни даваат правните принципи е „логика на расудување“ и ни даваат „причини“ кои во даден контекст на правни факти и правни ситуации треба да се земаат предвид, и да ни помогнат да донесеме одлука. Во таа смисла, во различни контексти, правните принципи може да водат до различни резултати, а особено ако истите се во ситуација на балансирање со други принципи (на пример, кога принципот за заштита на потрошувачите треба да се балансира со принципот на слободната договорна волја). Оттука, правните принципи имаат димензија која правните правила ја немаат, имено, димензијата на флексибилност, на „тежина“ и на „значење“ во даден правен контекст**.** Обратно, кај правните правила, доколку има судир меѓу правилата, едното правило отпаѓа како правно нерелевантно

во даден контекст. Впрочем, меѓу другото, затоа и постојат правила за судир на правилата, правила за хиерархија на правните правила, како и *правилата lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*, итн. Оттука, правните принципи се клучни за контекстуализирање во правното расудување, како и за носење одлука во праворaздавањето, а особено кога во различни правни правила и контексти се користат правни стандарди како „(не)разумно“, „небрежност“, „значајно“ „(не)правично“, „прекумерено“ и сл. Сумарно, правните правила или важат и се применуваат во даден случај, или, обратно, истите се бескорисни во даден случај, токму заради нивната карактеристика на ригидност од типот „сè или ништо“. Од друга страна, правните принципи може, но не мора, да се земаат предвид, или да им се придаде одредена релевантност во зависност од тежината и значењето што истите го имаат во даден правен контекст, токму заради својата карактеристика на флексибилност. Врз основа на сето ова, Дворкин оди чекор понатаму и ја превртува наопаку основната теза на правните позитивисти – дека правните принципи не се некакво обично дополнување на системот на правните правила, туку напротив, според него, правните принципи всушност се еден од конститутивните елементи на истиот тој систем заедно со правните правила. Правните принципи, заедно со правните правила ја сочинуваат „империјата на правото“, и само таа и таква целосност го објаснува правото како реален процес во општеството. Дополнително, во овој правец може да се истакне дека ваквиот пристап на Дворкин претставува и имплицитна критика на правниот позитивизам за немање своја теорија за судиско расудување и праворaздавање во конкретни случаи.

2.2. Теза втора: Во речиси сите правни ситуации и правни спорови постои „вистински правен одговор“ кој може да се извлече од правата на субјектите на правото („Right Answer Thesis“; „Rights Thesis“). Во своето дело *Империјата на правото* (*Law's Empire)* од 1986 година, Р. Дворкин целосно ја дообликува својата теорија за на правото, воедно позната и како теорија за „правото како целосност“ или за „правото како интегритет“ (law as integrity).[15] Под влијание на правната мисла на Л. Фулер, во јадрото на теоријата на правото како целосност, односно интегритет е Дворкиновото гледиште дека правото е процес кој „од почеток до крај“ претставува нагласено креативен процес на толкување, односно процес на „конструктивно толкување“. Со ставањето дефинирачка нагласка на „целосноста“, односно „интегритетот“ се апострофира фактот дека во правото и правното толкување, слично како во толкување на уметничките дела (на пример, уметничка слика, книжевно дело), секое добро толкување цели кон прикажување на делото како кохерентна и хармонична целина на сите негови делови и аспекти, а сето тоа во функција на „уживање на субјектот кој го

[15] Dworkin, R., op.cit. 5;

гледа делото“.[16] Според Дворкин, речиси и да нема случај во правната пракса, вклучително и во т.н. „тешки случаи“ (кога има нејаснотии во однос на содржината и значењето на позитивно-правните правила во контекст на фактите на даден случај), како и во случај на „правните празнини“ (случаи кои делуваат дека не се покриени со позитивно-правните правила), во кои (судијата!) не може да дојде до т.н. „вистинскиот одговор“. Во тој правец, Дворкин го нуди својот метод на „конструктивно толкување“, заснован во голема мера на т.н. метод на рефлективен еквилибриум на Џ. Ролс[17]. Според него, вообичаено, правниците, вклучително и судиите, задоени со правно-позитивистичкиот дух, тргнуваат од „намерата на правосоздавачот“ и „граматичкото читање“ на правните правила, и во тој и таков „калап“ се обидуваат да ги сместат фактите на случајот. Ваквиот пристап функционира сè додека не се дојде до „тешките случаи“ и случаите на „правни празнини“ каде сериозно се заглавува, по што на праворaздавачите наводно не им преостанува ништо друго освен да „создадат“ ново правно правило, особено чест пристап и феномен кај судството, и преку судиската дискреција како *modus operandi*, дотолку повеќе што и современиот правен позитивизам, во принцип, нема проблем со тоа судиите да создаваат правни правила, а не само законодавците. Дворкин, напротив, тврди дека преку процесот на конструктивно толкување судиите само го „откриваат“ правното правило, секако преку градење „теорија за правото“ за конкретниот случај која го дава „вистинскиот одговор“, односно „вистинскиот калап“ за дадените факти на тој случај. Тој и таков процес на конструктивно толкување се состои од три фази[18]: а) „прет-толкувачка фаза“ – тоа е фазата во која судијата ја зема предвид целината на правните извори (устав, закони и претходни судски одлуки), и истата претставува процес кој интелектуално и логички наликува на „уметничкото толкување и пишување на книжевна новела во серија (chain novel) од страна на авторот“; б) „фаза на толкување“ – во оваа фаза се земаат предвид идентификуваните правни избори, и истите се балансираат со релевантните правни принципи и правни политики; и, в.) „пост-толкувачка фаза“ – фазата на пресудување во која судијата ја донесува својата одлука преку наоѓање на „вистинскиот одговор“ од аспект на правните правила, правните принципи и правните политики, а сето тоа на еден кохерентен и униформен начин заради запазување на целосноста, односно интегритетот како квалитет на правниот поредок. Со други зборови, „теоријата

[16] *Id.* стр. 52;

[17] Терминот „рефлективен еквилибриум“ е скован од страна на Џ. Ролс во неговото дело „Теорија на праведноста“ и се однесува на методологија по која се доаѓа до содржината на принципите на правдата. Поконкретно, рефлективниот еквилибриум е процес на обезбедување кохерентност меѓу различни вредносни стојалишта по пат на логична делиберација и усогласување меѓу општите принципи и расудувањето за поединечни случаи во даден контекст. За подетално, види: Rawls, J., *A Theory of Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971;

[18] Dworkin, R., op.cit. 5, стр. 146-153;

на судијата“ треба да ја идентификува и да ја рефлектира морално-политичката теорија изразена во јадрото на правниот поредок. Во еден демократски политичко-правен поредок тоа во крајна линија значи судиско расудување и пресудување од аспект на тоа кои се правата и слободите на граѓан(к)ите – судијата секогаш треба да трага по тој одговор, и секогаш во заштита на тие права и слободи. Според логиката на Дворкин, ако секоја општа теорија на правото се сведува на тоа „до каде може да оди државната присила“, основната функција на судиите е да го дадат тој одговор секогаш рестриктивно во однос на државната присила, а секогаш екстензивно во однос на слободите и правата на субјектите на правото. Оттука, според Дворкин, правото не треба да се разбира како „организирана присила“ (како, на пример, во теоријата на правото на Х. Келзен), туку секогаш како „оправдана присила“, а тоа не бара само гола „семантика на правото“, туку конструктивно толкување во секој правен случај. Критичарите на Дворкин истакнуваат дека неговата теорија за правото, односно неговата теорија за судиско расудување е релевантна само за во демократските политичко-правни системи, а не и за сите други, односно дека неговата теорија нема карактер на општа теорија за правото.[19] Од друга страна, тезата дека речиси нема правен случај, односно правен спор без „вистински одговор“ истовремено значи дека субјектите на правото пред судот имаат право секогаш да го очекуваат и добијат „вистинскиот одговор“ што ќе значи манифестација на интегритетот и униформноста на правото. Поинаку кажано, нивните спорови, нивните слободи и права, никогаш не смеат да останат нерешени заради правно-позитивистичка дисфункционалност како последица било на каприците на судот во случаите на правни празнини и на т.н. тешки случаи (арбитрерно создавање на нови правни правила *ex post facto* од страна на судиите, особено изразена опасност во земјите каде судските преценденти се извор на правото), било заради препраќање до „правосоздавачот“ (најчесто, законодавецот) и на тоа надоврзаните неизвесности, односно дали тој ќе се реши да создаде нови правни правила, а сето тоа кумулативно без значење за субјектите на правото од аспект на итноста на нивните животни и правни маки низ ходниците на правото. Не случајно, за да ја апострофира оваа своја поента, Дворкин ќе истакне: „Не постојат правни празнини, постојат само добри и лоши правници“.[20] Севкупно, Дворкиновиот модел на конструктивно толкување на судиите им дава простор за креативно развивање на правото на начин преку кој тие ќе изразуваат „лојалност кон минатото право“ (позитивното право и претходните пресуди), но со истовремено демонстрирање креативност во расудувањето и пресудувањето со „теорија на правото за во конкретиот случај“. Сето тоа не ги прави ниту робови на позитивното право, ниту пак им дава лиценца за некаква

[19] Види, Penner, J., *Law as Integrity: Dworkin's Interpretative Turn,* **во** Penner, J. et al. *Jurisprudence and Legal Theory. Commentary and Materials,* Oxford University Press, Oxford, 2005, стр. 393–394;
[20] *Id.* стр.393;

апсолутна судиска дискреција за радикално отстапување од позитивното право, и за одлучување по свој каприц. Според него, токму оваа и ваква комбинација која несомнено бара врвна судиска вештина го обезбедува „интегритетот на империјата на правото“.

2.3 Теза трета: Судијата не располага со судиска дискреција во расудувањето и пресудувањето. Како сето горенаведено изгледа од позиција на судиите? Која е суштината на севкупниот процес на судиското расудување и пресудување? Дали сето тоа е резултат на гола судиска дискреција, или на нешто друго? Сумарно, Дворкин своите одговори на овие прашања ги дава на еден оригинален начин, односно преку создавање на идеално-типски модел на супер-судија кој го именува Херкул, а кон чиј идеален пример треба да стремат сите реални судии. Тој супер-судија има профил на неприкосновен познавач на позитивното право кое тој треба да го применува, но истовремено е и морален и политички филозоф кој го толкува правото кое треба да го раздава, секогаш барајќи да го идентификува правниот одговор кој е морално и политички најоптимален за даден конкретен случај. Тоа ефективно значи дека Дворкин не ја прифаќа позицијата на „чистата теорија на правото“ (Х. Келезен), како и воопшто на правниот позитивизам за правото и правното/судиското расудување и одлучување како процес ослободен од секакво морално и политичко вреднување, дури ни во однос на правните вредности на кои експлицитно или имплицитно се заснова правниот поредок. Во овој контекст станува уште појасно дека конструктивното толкување за кое зборува Дворкин е всушност градење „теорија на правото“ за даден случај која во крајна линија се сведува на идентификување одговор за супстанцијалната содржина на правото кое ќе се применува во дадениот случај, и како таа ќе биде вреднувана и мерена од аспект на политичките и моралните обѕири, нешто што особено е видливо во т.н. тешки случаи и случаите на правни празнини. Оттука, како што има поентирано Дворкин: „правната теорија и правната филозофија се вградени во секое судиско расудување и пресудување, тие се секогаш присутниот и тивок придружник на секоја судска пресуда“.[21]

Секако, првото и очигледно прашање е како Херкул расудува и пресудува? Во веќе споменатото негово дело, *Империјата на правото,* аспектите на т.н „политичка моралност на правото“ Дворкин ги разложува на три елементи, воедно конститутивни на процесот на судиско расудување и пресудување. Секој од нив може да „влече“ на своја страна, но судијата Херкул како „објективен моралист“ мора добро да ги премери и да го најде „вистинскиот одговор“ кој се вклапува на фактите на дадениот случај и на „минатото право“, секако во смисла на целиот процес на конструктивно толкување како што беше претходно опишан. Тие три елементи се[22]:

[21] Dworkin, R., *“Natural” Law Revisited,* University of Florida Law Review (1982), стр. 173;

[22] Dworkin, R., op.cit. 5, стр. 65–96;

а) Правда (Justice) – во даден конкретен случај, овој елемент тргнува од идентификување кое е правото на субјектот на правото, како и која е правната политика која идеален и безгрешен првосоздавач/законодавец, постојано посветен на обезбедување еднаква грижа и почит кон субјектите на правото, би ги ставил во експлицитните правни правила (според Дворкин, на пример, токму овој елемент бил клучен во декларирањето на правото на абортус на жените во *Roe v.Wade* од страна на Врховниот суд на САД);

б) Процедурална правна сигурност (Procedural Due Process) – Императивот на овој елемент е предвидливоста, односно судските пресуди треба да бидат секогаш предвидливи, освен ако не претежнат правдата или ферплејот како елементи. Тоа значи избегнување на одлуки за суштината на случајот спротивно од очекувањата и претходните разбирања за тоа кои се правилата на однесување врз основа на кои субјектите на правото го организирале своето дејствување. Со други зборови, претходните судски преценденти може да се менуваат само ако тоа го наметнуваат елементите на правдата или ферплејот;

в) Ферплеј (Fairness) – Во праксата овој термин постојано поимно се меша со правдата. Впрочем, Џ. Ролс кога зборува за правдата зборува за фер однос („justice as fairness"), под што се подразбира „правен резултат до кој е дојдено низ процес во кој сите засегнати страни имале еднакви и фер шанси да го бранат и аргументираат својот случај, односно својата страна на случајот".[23] Самиот Р. Дворкин најпрво го прифаќа ова значење, по подоцна тој го доразвива концептот, и истакнува дека во Херкуловото судиско расудување, под ферплеј всушност се подразбира и „одлука заснована на мнозинското мислење за тоа кои се правата на субјектите на правото".[24] Оттука, според него, може да се случат ситуации кога елементот на правдата бара едно, а популарното односно мнозинското мислење бара нешто друго. Од друга страна, елементот на ферплеј е особено релевантен при толкувањето во однос на материјалната содржина на законите – во таквите случаи, за да се запази императивот на овој елемент, судиите повеќе треба да се раководат од актуелните гледишта на политичарите и јавноста, отколку од историското толкување на намерата на правосоздавачот/законодавецот (на пример, преку проучување на стенограми, извештаи од законодавниот процес, и сл.).

Кумулативно, супер-судијата Херкул ги зема предвид сите три елементи, ги премерува внимателно (особено ако се во меѓусебен конфликт) и последователно го наоѓа политички најоптималното решение, односно одлука/пресуда која се вкалапува во правниот материјал за одлучување. Тоа ефективно значи дека, иако судијата е врзан за зборовите на пишаните правила (законски или судски преценденти), сепак тој/таа може некои аспекти на тие правила да

[23] Ob. cit. 17, стр. 20;
[24] Dworkin, R., op.cit. 5, стр. 91;

ги толкува како „вградени грешки“, а својата одлука/пресуда да ја заснова на нивно екстензивно толкување со помош на правните принципи, а во прилог на оправданите и легитимни права на субјектите на правото, кои би им следувале во секој случај кога не би постоеле таквите „вградени грешки“ (embedded mistakes) во правото. Поинаку кажано, ако се работи за судија во повисок суд, тој/таа може да се раководи од правилото/прецедентот доколку тоа го бара процедуралната правна сигурност. Но, ако правдата или ферплејот наметнуваат нешто друго, тогаш судијата во своето *ratio decidendi* секогаш ја има опцијата да ги толкува пишаните правила на начин со кој ефективно ќе ги третира само како „процедурална гравитациона сила“ или како „вградени грешки“ зад кои суштински стои некое право на субјектите кое било пропуштено да биде регулирано експлицитно од страна на правосоздавачот/законодавецот, истите да ги „извади на површина на правото“ и да ги вкалапи во постојниот правен поредок, секако со примена на споментата методологија на конструктивно толкување (најчесто по пат на аналогии, како што се вели во вообичаениот правнички јазик). Оттука, многу е важно да се истакне дека според Р. Дворкин во ниеден случај на судиското расудување и пресудување не смее да се изгуби предвид дека правото (правните правила, правните принципи и правните политики) се секогаш „пропозиции за правата на субјектите на правото“.

Но, ако правото е секогаш „пропозиција за правата на субјектите на правото“, веднаш се наметнува прашањето за меѓусебниот однос и динамика меѓу субјективните права, од една страна, и „јавниот интерес“ и „доброто на заедницата“, од друга страна, за што Дворкин е сосема свесен. Ова прашање е особено актуелно за судството во т.н. тешки случаи за кои дури ни избраните политичари не се согласуваат во смисла на легислативните политики кои (треба да) ги вградуваат во законите, а, впрочем, сето тоа не спречува да се јавуваат правни спорови кои тропаат на вратата на судството. Имплицитно, тоа го наметнува и прашањето како може неизбрани претставници на државната власт, имено судиите, да одлучуваат за прашања на правни/легислативни политики? Одговорот на Дворкин е дека преку гореопишаниот процес на конструктивно толкување судиите всушност не одлучуваат за легислативни политики, туку за правата на граѓаните по пат на „откривање на правото“. Следствено, според него, прашањето, односно дилемата е вештачки поставена, бидејќи зад секој „јавен интерес“ и „добро на заедницата“ контекстуализирано и практично (како што впрочем е и судското одлучување) стојат експлицитни или имплицитни права на субјектите на правото, и дека концептите на „јавниот интерес“ или „доброто на заедницата“ имаат повеќе психолошко и политичко значење, а не и материјално-правно значење. Според него, дополнителна корист од одлучувањето на судиите за вакви ситуации е тоа што тие не се подложни и зависни од разноразните лоби групи и групи за притисок како што неизбежно е случајот со избраните политичари.

Секако, Дворкин директно и јасно се осврнува и на надоврзаното и неизбежно прашање: дали судиите преку судиската дискреција создаваат нови правни правила, попознато како „судиска легислативна дејност“ (legislating from the bench), односно како „судиски активизам“? Ова прашање има политичко и уставно значење и истото се поставува во секое демократско општество во кое демосот/граѓанството е суверенот кој ги носи правните правила, непосредно (на пример, преку референдум, граѓански иницијативи, петиции, собраниски облик, итн.) или посредно (преку избраните парламентарци кои ја конституираат законодавната власт). Судиите како претставници на државната власт, односно како еден од трите столбови на државната власт, кои притоа не се непосредно избрани од граѓанството на избори, немаат демократски легитимитет да донесуваат правила „во име на граѓаните“, туку смеат само да применуваат правни правила донесени во „име на граѓаните“. Сепак, сето ова не го отстранува прашањето за судиската легислативна дејност, односно за т.н. судиски активизам, особено во т.н. тешки случаи и случаите на правни празнини. Поконкретно, дали и колку судиите преку толкувањето на правото кое треба да го применат, како и преку „начелните ставови“ и „начелните правни мислења“, особено во највисоките судови, креираат нови правни правила? Општо земено, правниот позитивизам проблемот на судиската легислативна дејност настојува да го избегне со подобрување на правниот јазик, со кодификации на цели правни области и сл. Но, во крајна линија, и правниот позитивизам признава дека судските прецеденти ефективно претставуваат процес на создавање нови правни правила и како такви мора да се третираат за извор на правото, проблем кој од аспект на демократската теорија, односно демократската суштина на политичко-правниот поредок може да се разреши или ублажи преку непосреден избор на судиите од страна на граѓанството, или од страна на неговите избрани претставници, имено, од страна на парламентите или непосредно избраните шефови на држава. Но, Дворкиновиот одговор на ова прашање е сосема јасен – судиите само го откриваат правото, не го создаваат, дури и во т.н. тешки случаи и случаите на правни празнини. Судиите во своето судиско расудување и пресудување не смеат да применуваат арбитрерно свои лични морални и политички видувања и убедувања, туку тие имаат правничка одговорност, по пат на конструктивно толкување, да го откриваат правото кое веќе постои, да го откријат „политичкиот морал“ кој е во содржината на (нејасните) правни правила, правните принципи и правните политики, сите заедно разбрани како пропозиции за правата на субјектите на правото. Поинаку кажано, не се работи за процес на правосоздавање, туку за процес на правооткривање – доколку судиите го владеат правничкиот занает, тие секогаш ќе знаат да го откријат „вистинскиот одговор“ на секој правен случај, како и во однос на секој правен материјал пред кој се исправени.

3. Завршен осврт врз Дворкиновата теорија на правото. Во рамки на големата делбена линија меѓу јуснатурализмот и јуспозитивизмот, теоријата за правото на Роналд Дворкин вообичаено се сместува во природно-правните теории, и истата вообичаено се квалификува како критичка алтернатива на модерниот правен позитивизам. Уште поконкретно, таа се смета за најдиректна критичка алтернатива на модерниот правен позитивизам на неговиот професор од Оксфорд, Х.Л.А. Харт, како и на неговото капитално дело *Концептот на правото* (1961).[25] Во оваа смисла, како што беше изложено претходно во трудот, Дворкин е далеку повеќе под влијание на теориите за правото (и за правдата) на Л.Фулер (Lon Fuller) и Џ. Ролс (John Rawls), особено во однос на Ролсовиот метод на рефлективен еквилибриум. Но, од т.н. втора фаза на академската кариера на Дворкин, а која вообичаено се окарактеризирува како „Дворкиново толкувачко свртување" (Dworkin's interpretative turn), неговата теорија на правото јасно се позиционира како меѓуалтернатива на правниот позитивизам и на јуснатурализмот истовремено, по што истата станува позната како „толкувачка теорија за правото" (Interpretative Theory of Law), односно како „теорија за конструктивно толкување на правото" (Theory of constructive interpretation of law). Дополнително, со оглед на тоа што Дворкин ја истражува природата на правото преку напаѓање на (модерниот) правен позитивизам на негов терен, како и на теренот на „живото право", многу повеќе отколку на теренот на „правото на хартија", тој нужно е насочен да ја гради својата теорија преку ставање нагласен, можеби дури и исклучителен фокус на процесот на судиското расудување во конкретни случаи, пред сè во т.н. тешки случаи и случаите на правни празнини, што пак, ги наведува неговите критичари да ја редуцираат неговата теорија за правото на „теорија за судиското расудување" (Theory of Adjudication), а не како општа теорија за правото.[26] Според Дворкин, неговиот фокус токму на судиското расудување и пресудување е сосема исправен пристап од епистемолошки аспект, бидејќи тој сметал дека токму во анализата на расудувањето во т.н. тешки случаи и случаите на правни празнини најдобро може да се види вистинската природа на правото. Секако, голем дел од неговата теорија за судиско расудување и пресудување се заснова на проучување на контекстот на англо-американското прецедентно право, на улогата на судиите и судските прецеденти во тие и така обликувани правни системи, но тоа не значи дека таа има ограничено сознајно значење за природата на правото во целина, односно и за во другите правни системи, вклучително и во рамки на правниот простор на (континентална) Европа. Напротив, неговата теорија е релевантна за севкупната проблематика на судиско расудување и пресудување, а во континентална Европа е особено релевантна за развојот на правото во рамки на т.н. Стразбуршки режим на човековите

[25] Hart, H.L.A., *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1961;
[26] Raz, J., *Ethics in the Public Domain,* Clarendon Press, Oxford, 1994, стр. 186–187;

права (Европскиот суд за човекови права), како и за процесот на „интеграцијата преку правото" во рамки на Европската Унија, кој пак најмногу се потпира на „центрифугалното" влијание на одлуките на Судот на правдата на ЕУ во Луксембург, и во ситуација на меѓудејство и нужната хиерархија со националното законодавство и судиско правораздавање на ниво на државите членки на ЕУ, а секако, и особено во судството и по вообичаената судиска логика на хиерахија во правото – хиерархија во судството. Европската судска „машинерија" сѐ повеќе се потпира на повикување на правните принципи, нешто што индицира сериозно влијание токму на теоријата на правото на Р. Дворкин. Впрочем, може да се констатира постоење на јасна тенденција во развојот на правниот поредок на ЕУ за поотворено и поголемо прифаќање на влијанија од традициите и методологијата на англо-американскиот модел на прецедентно право, односно од нивните судиски традиции, но и на со нив поврзаните академски доктрини и правно-филозофски школи. Во оваа смисла, најдобар и ударен индикатор се токму носечките концепти и принципи на „супрематија на правото на ЕУ" и на „директен ефект на правото на ЕУ", а кои во правниот поредок на ЕУ се внесени токму по пат на судски преседани на Судот на правдата на ЕУ, а не по преферираниот позитивно-правен пат на конститутивните договори на ЕУ. Исто така, поекстензивното внесување на поголема и експлицитна листа на субјективни граѓански права во самото право на ЕУ се должи најпрво на судски одлуки на ЕУ-судството, со последователна верификација и поконсеквентна систематизација со „тврди" правни извори, како што е Повелбата за фундаменталните права на ЕУ што го придружува Лисабонскиот договор од 2009 година. Тоа секако е и во согласност со една друга централна тема во рамки на Дворкиновата правна филозофија, имено, онаа „за сериозен пристап кон индивидуалните права", секако не само во судиското „конструктивно толкување", секогаш во потрага по „вистинскиот одговор", и секогаш во прилог на правата на субјектите на правото, а тоа пак има исклучително влијание и значење за севкупната онтологија и телеологија на правото на ЕУ.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Coleman, J. and Shapiro S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law,* Oxford University Press, Oxford, 2002;

Dworkin, R. *Taking Rights Seriously,* Duckworth, London, 1977;

- *"Natural" Law Revisited,* University of Florida Law Review , 1982;
- *Law's Empire,* Fontana, London, 1986;
- *Justice in Robes,* Belknap Press of Harvard University Press, 2006;

- *Justice for Hedgehogs,* Harvard University Press, 2011;
Hart, H.L.A., *The Concept of Law,* Clarendon Press, Oxford, 1961;
Hayman, R.L.Jr. and Levit, N. *Jurisprudence. Contemporary Readings, Problems, and Narratives,* West Group Publishing, St. Paul, Minnesota, 1994;
Penner, J., Schiff, D. and Nobles, R. (eds.), *Jurisprudence and Legal Theory. Commentary and Materials,* Oxford University Press, Oxford, 2005;
Rawls, J., *A Theory of Justice,* Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971;
Raz, J., *Ethics in the Public Domain,* Clarendon Press, Oxford, 1994;

ИНТЕРНЕТ-ИЗВОРИ

Ronald Dworkin, Scholar of the Law, is Dead at 81, *The New York Times*, February 14, 2013;
Ronald Dworkin, Citation of the Holberg Prize Academic Committee , https://www.holbergprisen.no/en/ronald-dworkin.html;
2012 Balzan Prize for Jurisprudence, Ronald Dworkin (USA), https://www.balzan.org/en/prizewinners/ronald-dworkin;

Prof. Dr. sc Karolina Ristova – Aasterud[27]

RONALD DWORKIN – THE LEGAL PHILOSOPHER WHO CHALLENGED THE JUDGES

Summary

The article makes an overview of the lifework and the theory of law of the American professor and legal scholar Ronald Dworkin. The main focus is placed on three key theses of his theory of law: first, the law is not consisted of legal rules only, but of legal rules, legal principles and legal policies; second, there is a "right(s) answer" to each and every legal situation or legal dispute: and, third, there is no judiciary discretion because the judges do not legislate from the bench, but only discover the law through a process of constructive interpretation. In conclusion, the author analyses the relevance of Dworkin's theory of law for the legal academia's understanding of the law, as well as its influence on the contemporary judiciary and adjudication, including in the framework of the European and EU's legal space.

Key words: *Ronald Dworkin, Legal Philosophy, Judicial Reasoning*.

[27] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Тодор Каламатиев[1]
проф. д-р Александар Ристовски[2]

ПРИВРЕМЕНОТО АГЕНЦИСКО ВРАБОТУВАЊЕ КАКО НЕСТАНДАРДНА ФОРМА НА ВРАБОТУВАЊЕ

УДК: 349.22-057.115(497.7)
331.53.07-057.115:340.13(497.7)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Предмет на проучување во овој труд се т.н. „нестандардни форми на вработување“ (атипични работни односи) со посебен осврт кон привременото агенциско вработување. Привременото агенциско вработување се анализира од аспект на македонскиот трудовоправен систем, т.е. Законот за агенциите за привремени вработувања.

Авторите, темелно ги разработуваат „трипартитните“ правни односи кои се воспоставуваат помеѓу: привремените агенциски работници и агенциите за привремени вработувања, привремените агенциски работници и работодавачите корисници и агенциите за привремени вработувања и работодавачите корисници. Основна цел на трудот е преку сеопфатна анализа на правниот режим за уредување на привременото агенциско вработување во Република Македонија, да укаже на неговите слабости и недоследности кои предизвикуваат „несигурност“ и „ранливост“ во положбата на привремените агенциски работници и нивната работно-правна заштита.

Клучни зборови: *нестандардни форми на вработување, привремени агенциски работници, агенции за привремени вработувања, работодавачи корисници.*

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св.Кирил и Методиј“ во Скопје;

[2] Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”, Универзитет „Св.Кирил и Методиј” во Скопје.

ВОВЕД

Современите пазари на труд се карактеризираат со повеќеслојни промени врз основните контури на работните односи, како резултанта на промените кои произлегуваат од: глобализацијата, структурата на економските дејности, технологијата, организацијата на деловно-производствените активности и флексибилноста и дерегулацијата на пазарите.

Со ***глобализацијата***, државните граници и географската далечина ја губат клучната улога во организирање на производството, како и на понудата и побарувачката на добра и услуги. Глобализацијата е директно поврзана со меѓународната конкуренција која врши директно соочување на глобалните пазари помеѓу земјите (во развој) во кои работниците имаат релативно пониски приходи и развиените земји во кои постојат повисоки приходи на работници.

Промените во структурата на економските дејности, првенствено се предизвикани од зголеменото учество на услужните дејности во националните доходи на развиените земји, или т.н. терцијаризација. Тоа го потврдуваат и статистичките показатели кои укажуваат дека приближно 70 % од вкупниот број вработени во ЕУ-27, работат во „услужниот“ сектор, за сметка на аграрот и производството (примарен и секундарен сектор).[3]

Технолошките промени, во последните четири децении, може да се опсервираат преку две димензии. Првата димензија конвергира со супституцијата на трудово-интензивните со капитално-интензивни методи на производство (замена на човечкиот фактор со современи техники на производство и роботика). Втората димензија се однесува на воведувањето современи информатичко-телекомуникациски технологии во работните процеси. Технолошките промени воспоставуваат радикално нов пристап во организацијата на работата и извршувањето на деловно-производствените процеси.

Промените во организацијата на деловно-производствените активности, се последица од процесот на „екстернализација“[4], кој се опреде-

---

[3] Според достапните податоци, шест земји од редот на најзначајните европски економии (Германија, Велика Британија, Шведска, Франција, Шпанија и Италија) забележуваат намалување на уделот на вработените во секторот „индустрија“ во периодот од 1974 до 1994 година, и тоа од 6,4 % во Италија до 12, 6 % во Велика Британија. Истовремено, овие земји одбележуваат пораст во уделот на вработени во услужниот сектор во опсег од 11,9 % во Германија до 20,3 % во Шпанија. За ова види: D. Bagič, Industrijski odnosi u Hrvatskoj (Društvena integracija ili tržiš sukob, TIM press, 2010), стр.44.

[4] Во теоријата и практиката фигурираат повеќе различни термини кои може да се третираат како супститути. На пример, терминот „аутсорсинг“ (анг. outsourcing) е карактеристичен за земјите кои се под влијание на англиското деловно право; терминот „екстернализација“ (фра. externalization) се употребува во Франција; терминот „терцијализација“ (шпа. terciarización) е карактеристичен за Шпанија. Во рамките на овој труд, користиме паралелна употреба на овие термини кои имаат

лува како пренос на редовните деловни активности (функции и процеси) на претпријатијата на екстерни вршители на услуги кои врз основа на (најчесто) долгорочен (облигационо-правен или трговски) договор се обврзуваат да вршат определени услуги за претпријатијата кои ги ангажирале.[5]

Конечно, крајните последици од структурните промени кои влијаеја врз преиспитување на „архитектурата“ на работните односи, ја инспирираа институционализацијата на **флексибилноста и дерегулацијата на пазарите на труд.** Основна цел на флексибилноста и дерегулацијата на пазарите на труд претставува зголемувањето на конкурентноста на претпријатијата која сама по себе влијае врз зголемување на вработеноста, односно намалување на стапката на невработеност.

Споменатите општествено-економски промени имаат свое влијание врз релацијата помеѓу т.н. „стандардни“ и „нестандардни“ форми на вработување. Поимот „стандардна форма на вработување“, т.е. „стандарден работен однос“ во социолошка смисла, се третира како форма на вработување која се карактеризира со „стабилност, социјална заштита, субординација и организација на работата во полно работно време“ и чиј правен основ е договорот за вработување. [6] Во нормативна смисла, овој поим ги опфаќа работните односи на неопределено време и со полно работно време, засновани помеѓу еден работник и еден работодавач, во деловните простории на работодавачот и под негов надзор и контрола.[7] Современите правни режими на работните односи, гравитираат околу моделот на стандардниот работен однос, кој продолжува да биде примарен предмет на трудовото право, а субјектите чии работни аранжмани се најкомпатибилни со овој правен однос, се стекнуваат со најповолен правен третман и најекстензивна работно-правна заштита.[8] Сепак, видоизменувањата на современите пазари на труд, под влијание на глобализацијата, промените во структурата и организацијата на деловно-производствените односи, флексибилизацијата, но и порастот на стапката на вработеност на жените го ставаат на преиспитување моделот на „стандарден работен однос“ и водат кон нови, „нестандардни“ форми на вработување кои често пати се

идентично значење. Терминот „екстернализација“ има генерално значење и екстензивна примена и го употребуваме како институт кој ги обединува сите практики и варијанти на аутсорсинг на деловно-производствени активности, како и на „поддоговарање“ (анг.subcontracting) и „отстапување“ (анг.leasing) на работници.

5 D. Chamberland, *Outsourcing – The sourcing column*, (Canadian Corporate Council, Volume 12, Number 5, March/April, 2003), стр.73.

6 Bosch.G et al., Working Time and the Standard Employment Relationship, (Edited by Jean-Yves Boulin, Michel Lallement, Jon.C. Messenger and Francois Michon, in Decent Working Time – new trends, new issues, International Labour Office, Geneva, 2006), 44.

7 Fudge.G, R.Owens et al., Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms, (Oñati International Series in Law and Society, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2006), стр. 10.

8 D.McCann , Regulating Flexible Work, (Oxford University Press, 2008), стр. 8.

наоѓаат надвор од персоналниот опсег на заштита на работното законодавство и колективните договори.

Во рамките на нестандардните форми на вработување, сè почесто го среќаваме и т.н. „привремено агенциско вработување“, кое е предмет на уредување и на македонското работно законодавство.

1. Нестандардни версус стандардни форми на вработување

Дефинирањето на поимот *„нестандардни форми на вработување“* претставува комплексна задача. Околност која го отежнува определувањето на овој поим е недостатокот на унифициран терминолошки пристап.[9] Номиналниот назив „нестандардни форми на вработување“, односно „нестандардни работни односи“, произлегува од најприфатливиот начин на дефинирање на овие модели и тоа како модели *кои се спротивни* на моделот на „стандардно вработување“, односно „стандардниот работен однос“.[10] *„Правната дисекција“ на архетипниот опис на стандардниот работен однос го крие и самото определување на нестандардниот работен однос и идентификувањето на категоријата нестандардни работници. Оттука, нестандардните форми на вработување, се разликуваат од стандардните, врз основа на неколку параметри какви што се:* **времетраењето на работата (работниот однос), траењето и организацијата на работното време** и **локацијата на местото на работа**. Во однос на *времетраењето на работата*, како и *траењето и организацијата на работното време* може да се заклучи дека стандардните форми на вработување конвергираат со **вработувањето на неопределено време и вработувањето со полно работно време**, додека нестандардните форми на вработување вклучуваат бројни дисторзии на овие параметри кои што се состојат од ограничување на времетраењето на работниот однос **(вработување на определено време)** и редуцирање на бројот на работни часови **(вработување со неполно работно време)** или реорганизација на работното време **(вработување со флексибилно работно време)**. Нестандардните форми на вработување ги третираат и т.н. **„мултилатерални“ релации** помеѓу работниците и работодавачите кои доаѓаат до израз при отстапувањето (лизингот) на работници помеѓу компаниите или во случај на инволвирање на **агенции за привремени вработувања.** Дополнително, тие опфаќаат и определени просторни (спацијални) димензии кои ја утврдуваат можноста од засновање работен однос **надвор од „традицио-**

9 Во теоријата се среќаваат повеќе различни синоними кои го дефинираат овој термин. Такви се: „атипични работни односи“, „флексибилни работни односи“, „несигурни работни односи“ и слично.

10 За ова види: D.McCann, op.cit.9, стр.4–5.

налните простории на работодавачот“, при што станува збор за работници кои работат на издвоено работно место (од дома) или работници – телеворкери. Во теоријата, разликите помеѓу стандардниот и нестандардниот работен однос се нарекуваат **„девијации“** на нестандардните во однос на стандардните форми на вработување. Така, нестандардните работни односи се карактеризираат со неколку „девијации“ во однос на стандардниот работен однос, помеѓу кои спаѓаат: **девијацијата во однос на времетраењето на работниот однос** (која го опфаќа оној облик на нестандардна форма на ***вработување која се врши на определено време***); **девијацијата во однос на континуитетот и личната достапност на работникот за работа** (која се однесува на нестандардната форма на вработување која го опфаќа вршењето на ***привремени и повремени работи***); **девијацијата во однос на траењето и организацијата на работното време** (која се однесува на нестандардната форма на вработување со ***неполно работно време*** или нестандардната форма на вработување со ***флексибилно работно време***); **девијацијата во однос на билатералноста на работниот однос** (која се однесува на нестандардните форми на вработување кои вклучуваат „трета“ страна, која најчесто ги опфаќа ***агенциите за привремено вработување***) и **девијацијата во однос на местото на работа** (која се однесува на нестандардната форма на ***вработување на издвоено работно место***).[11]

Основните разлики помеѓу нестандардниот и стандардниот работен однос се состојат во следните параметри и карактеристики: 1) перманентност и континуитет (нестандардниот работен однос се заснова на определено времетраење); 2) вршење на работата во традиционалните простории на работодавачот и билатералност (нестандардниот работен однос може да се состои од работни аранжмани кои се вршат на издвоено работно место/надвор од традиционалното седиште на работодавачот и тој може да вклучува „трета“ страна, односно „посредник“ кој ја „разводнува“ директната субординација помеѓу традиционалните субјекти (работникот и работодавачот) и 3) редуцирана работно-правна заштита (работниците кои засновале нестандарден работен однос, често пати имаат помалку права од работен однос и намалена работно-правна заштита, во споредба со работниците кои засновале стандарден работен однос). [12]

11 За ова види: Veneziani.B, The Employment Relationship, (The Transformation of Labour Law in Europe, A comparative study of 15 countries 1945-2004, Oxford and Portland, Oregon, 2009), стр. 114–121.

12 За ова види: Walker.B, How does non-standard employment affect workers? A Consideration of the evidence, (New Zeland Journal of Employment Relations, 36, 2013), стр. 2.

2. Привременото агенциско вработување како нестандардна форма на вработување во македонскиот трудовоправен систем

Привременото агенциско вработување претставува нестандардна форма на вработување која е присутна во македонскиот трудовоправен систем. Во споредба со останатите нестандардни форми на вработување, кои се уредени со Законот за работните односи[13], привременото агенциско вработување својот правен основ го пронаоѓа во Законот за агенциите за привремени вработувања од 2016 година.[14] Во меѓувреме, Собранието на Република Македонија ја ратификуваше и Конвенцијата на МОТ за приватните агенции за вработување (бр.181),[15]а Министерството за труд и социјална политика на Република Македонија во соработка со социјалните партнери подготви и нов Закон за приватните агенции за вработување кој во моментов има статус на предлог-закон кој сè уште не е усвоен од Собранието на Република Македонија.[16] Одредби преку кои ја препознаваме можноста за привремено агенциско вработување кај работодавачите од јавниот сектор, пронаоѓаме и во Законот за вработените во јавниот сектор.[17]

Законот за агенциите за привремени вработувања, го воспоставува општиот правен режим на привременото агенциско вработување во Република Македонија. Со него се уредуваат условите и начинот на основање на агенции за привремени вработувања, како и условите и начинот на привременото вработување за вршење на привремени работи кај друг работодавач.[18]

Привременото агенциско вработување претпоставува постоење на трипартитен правен однос кој вклучува три страни и тоа: агенција за привремено вработување; привремен агенциски работник и работодавач корисник. *Агенцијата за привремено вработување* се дефинира како правно лице, кое во согласност со закон склучува договори за вработување со привремени агенциски работници со цел да ги отстапи на привремена работа кај работодавачи корис-

13 За ова види: Закон за работните односи, Сл.весник на Р Македонија, бр.62/05, чл. 46 – чл.55.

14 За ова види: Закон за привремените агенциски вработувања, Сл.весник на Р Македонија, бр. 49/06.

15 Конвенцијата на МОТ за приватните агенции за вработување (бр.181) е ратификувана на 26.3.2012 година.

16 Предлог-закон за приватните агенции за вработувања на Министерството за труд и социјална политика на Република Македонија од јули 2016 година.

17 Заради вработување во случај на „замена на привремено отсутен работник, кој е отсутен повеќе од еден месец“, „привремено зголемен обем на работа“, „сезонска работа“, „работа на проект“ или „пополнување на празни места во кабинетите на определени институции во Република Македонија“, раководното лице на институцијата inter alia, може да склучи и договор за отстапување на вработен со Агенција за привремени вработувања (За ова види: Закон за вработените во јавниот сектор, Сл.весник на Р Македонија, бр.27/14, член 22, став 8).

18 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 1.

ници да работат под нивен надзор и раководство.[19] Согласно актуелните расположливи податоци, во Регистарот на агенции за привремени вработувања на Министерството за труд и социјална политика на Република Македонија, запишани се вкупно 18 агенции за привремени вработувања.[20] Под поимот *„привремен агенциски работник“* Законот препознава работник со договор за вработување со агенција за привремено вработување кој има можност да биде отстапен на привремена работа кај работодавач корисник да работи под негов надзор и раководство.[21] Конечно, *„работодавач корисник“* може да биде правно или физичко лице за кого и под чиј надзор и раководство работи привремен агенциски работник.[22] Во Република Македонија, не постојат официјални статистички податоци за точниот број привремени агенциски работници, ниту како составен дел од вкупниот број работници кои засновале работен однос на определено време, ниту пак, како составен дел од вкупниот број вработени во земјата без оглед на времетраењето на нивниот работен однос. Привремените агенциски работници се ангажирани во приватниот,[23] но тие се присутни во голем број и во јавниот сектор. Тие можат да се пронајдат како на пониско, така и на повисоко квалификувани работни места.[24]

2.1 Правен однос помеѓу привремениот агенциски работник и агенцијата за привремени вработувања

Правен основ за засновање на договорниот (работен) однос помеѓу привремениот агенциски работник и агенцијата е „договорот за вработување“, додека правен основ за засновање на договорниот однос помеѓу агенцијата и работодавачот корисник е „договорот за отстапување на работник“.[25] Законот за

19 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 3-а, став 1, точка 3.

20 За ова види: Регистар на агенции за привремени вработувања на Министерството за труд и социјална политика на Република Македонија.

21 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 3-1, став 1, точка 4.

22 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 3-1, став 1, точка 5.

23 Врз основа на интервјуто спроведено со претставникот на Агенцијата за привремени вработувања „Партнер“ (водечка Агенција за привремени вработувања во Република Македонија која има регистрирано повеќе од 18.000 лица во својство на нејзини членови и потенцијални привремени агенциски работници), дојдовме до сознание дека претежниот дел од привремените агенциски работници кои се регистрирани во оваа агенција се отстапуваат на работодавачи корисници од приватниот сектор и тоа во сферата на градежништвото, услугите и слично.

24 Во практиката, привремените агенциски работници се вработуваат на работни места: општ работник, помошен работник, градежен работник, слаткар, келнер, оператор на компјутер, техничар, стручен соработник и слично. (За ова види: http://www.partner.com.mk/ пристапено на 10.9.2016)

25 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, глава III, точка 1 „Договор за отстапување на работник на работодавач корисник“ (член 11-член 13) и точка 2 „Договор за вработување” (член 13 – член 18).

агенциите за привремени вработувања, предвидува посредна примена на одредбите од Законот за работните односи со кои се уредува „стандардниот“ договор за вработување врз договорот за вработување склучен помеѓу привремениот агенциски работник и агенцијата за привремени вработувања.[26] Тој ја пропишува и задолжителната содржина на договорот за привремено агенциско вработување[27], но сепак, не ја разрешува дилемата „дали привремените агенциски работници склучуваат договори за вработување на определено или неопределено време со агенцијата, без оглед на времетраењето на нивното отстапување кај работодавачот корисник, кое секогаш мора да биде од привремен карактер“. Ваквата недореченост нѐ води кон заклучокот дека правниот режим за регулирање на привременото агенциско вработување не ја предвидува можноста за склучување на договор за вработување на неопределено време помеѓу привремениот агенциски работник и агенцијата за привремени вработувања, ниту пак го уредува „временскиот вакуум“ и правата на привремените агенциски работници помеѓу две последователни отстапувања. Во практиката, привремените агенциски работници, вообичаено склучуваат договори за вработување на определено време со агенциите за привремени вработувања, а времетраењето на овие договори кореспондира со времетраењето на отстапувањето на работникот кај работодавачот корисник. Договорите за вработување важат до одреден датум или одреден временски период, со чие истекување, престанува и нивната важност.[28] Врз основа на овие договори, привремените агенциски работници можат да се ангажираат на привремена, но и повремена основа, а времетраењето на нивниот ангажман може да изнесува најмалку еден работен ден за кој работникот се стекнува со право на соодветна плата (дневница) како и придонеси за социјално осигурување.[29]

Правниот режим за регулирање на привременото агенциско вработување во Република Македонија, се карактеризира со несистематичност во уредувањето на правата и обврските на договорните страни. Законот за агенциите за привремено вработување предвидува начелни одредби со кои се уредува *правото на еднаков третман*, *правото на плата* и *правото на заштита на безбедност и здравје при работа на привремените агенциски работници*. Со оглед на тоа што Агенцијата за привремени вработувања е само формален, а не и фактички работодавач на привремените агенциски работници, прелиминар-

26 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 13, став 3.

27 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 13, став 2.

28 За ова види: Општи услови за обезбедување на привремени работници (Интерен акт на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“ кој важи и се применува за сите понуди и договори кои се однесуваат на обезбедување на работници за вршење на привремени работи кај работодавачот корисник), Скопје, 2012. стр.11

29 Врз основа на сознанијата стекнати од интервјуто со претставникот на Агенцијата за привремени вработувања „Партнер“.

ниот заклучок кој произлегува од законското регулирање на правата на привремените агенциски работници се состои во фактот дека de jure, привремените агенциски работници ги уживаат сите материјални (платежни) и нематеријални (неплатежни) права идентично како и останатите работници кои директно засновале работен однос кај работодавачот корисник. Ваква, начелна определба пронајдовме и во одредени интерни прописи кај поединечни Агенции за привремени вработувања чии одредби понатаму се преточуваат и во договорите кои ги склучува агенцијата со привремениот агенциски работник и работодавачот корисник. Според овие прописи, врз привремениот агенциски работник кој е во работен однос со агенцијата, во целост се применува и важи Законот за работните односи како во поглед на правата, така и во поглед на обврските.[30] Од интерните прописи и самите договори за привремено агенциско вработување може да се утврди дека привремените агенциски работници се стекнуваат со права на плата и сите останати материјални надоместоци поврзани со работењето, придонеси од плата за задолжително социјално осигурување, ограничено работно време, годишни одмори и отсуства (само платени), како и работниците кои се во редовен работен однос кај работодавачот корисник.[31] Анализирајќи ги споменатите интерни прописи, пронајдовме и одредени суптилни аспекти од уредувањето на обврските на привремените агенциски работници. Во таа насока, тие предвидуваат обврска за привремените агенциски работници за плаќање на договорна казна (пенал) доколку склучат договор за привремено вработување со агенцијата, меѓутоа на договорениот ден не се појават на работното место кај работодавачот корисник или пак во периодот за кој е склучен договорот за вработување сакаат да го прекинат работниот однос без посебна причина.[32] Постоењето на вакви одредби во договорите за привремено агенциско вработување отвораат повеќе практични прашања за нивната дозволеност/ништовност од аспект на општото работно законодавство, но тие наметнуваат и комплексна теоретска дилема за самата правна природа на договорите за привремено агенциско вработување и тоа од аспект дали во нив доминираат облигационо-правните примеси или тие се посебни, трудово-правни договори (sui generis). Агенциите за привремени вработувања кои имаат формално-правен статус на работодавачи во однос на привремените агенциски работници, имаат обврска да се однесуваат како „добри работодавачи“.[33] Тоа, пред сè произлегува од нивниот статус на

30 Општи услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“, Скопје, 2012, стр. 16.

31 Општи услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“, Скопје, 2012, стр. 17–20.

32 Според Општите услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“, Скопје, договорната казна (пеналите) кои е должен да ги плати работникот изнесува 30 % од висината на договорената нето-плата.

33 Општи услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено

„посредници“ помеѓу работниците и работодавачите корисници, при што тие се должни да ги реализираат обврските од работниот однос (пред сè паричните) во име и за сметка на работодавачот корисник. Во таа насока, Законот за агенциите за привремени вработувања предвидува дека агенцијата подготвува и доставува посебна пресметка за плата и придонеси од плата, за вработените кај работодавачот корисник за секој работодавач корисник поединечно и за вработените во Агенцијата за привремени вработувања.[34] Во практиката, често пати привремените агенциски работници се наоѓаат во незавидна материјална положба, бидејќи агенциите за привремени вработувања доцнат или нередовно им ги исплаќаат платите или придонесите за социјално осигурување кои ги оствариле работејќи кај работодавачот корисник. Ваквата практика, понекогаш е последица и од самите „договорни“ одредби кои произлегуваат од договорите за привремено агенциско вработување.[35] Притоа, извесноста во исплаќањето на платата и придонесите за задолжително социјално осигурување, е во директна зависност од доброто деловно работење и совесното исполнување на обврските кои произлегуваат од договорот за отстапување на работник склучен помеѓу работодавачот корисник (кој „фактички“ ги сноси трошоците за исплаќање на платата на отстапените работници кои работат под негов надзор и раководство) и агенцијата за привремени вработувања.

Законот за агенциите за привремени вработувања, не содржи одредби со кои се уредува одговорноста на договорните страни за сторена штета на работа или во врска со работата. Во таа насока, одговорноста за надоместок на штетата се утврдува врз основа на прописите на општото договорно право и спецификите кои произлегуваат од работното законодавство, т.е. Законот за работните односи. Во практиката, пронајдовме клаузули во договорите за привремено вработување врз основа на кои Агенцијата за привремено вработување се иззема од одговорност за штетата или загубите кои ќе ги причинат привремените агенциски работници кон работодавачот корисник или кон трети лица. Сметаме дека Агенцијата за привремени вработувања како формален работодавач, не може да се изземе од т.н. „објективна одговорност“ за штетата на работа или во врска со работата која привремениот агенциски работник му ја причинил на трето лице или на работодавачот корисник. Всушност, тоа значи дека Агенцијата за привремени вработувања, би имала обврска да ја надомести штетата причинета од страна на привремениот агенциски работник во негово име и за негова сметка, но потоа таа има право на регресно побарување во од-

вработување „Партнер“, Скопје, 2012, стр. 15.

34 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 11-а

35 Во практиката, пронајдовме договори за привремено агенциско вработување во кои постојат клаузули дека агенцијата за привремени вработувања нема обврска да им исплати плата на привремените агенциски работници кои се ангажирани кај работодавачот корисник пред плаќањето на фактурата од страна на работодавачот корисник.

нос на работникот кој има непосредна, индивидуална и лична одговорност за штетата која ја причинил на работа или во врска со работата и тоа намерно или со крајна небрежност. Правна празнина постои и во случаите на одговорноста за надомест на штета која му е сторена на привремениот агенциски работник од страна на работодавачот. Македонското работно законодавство, не содржи одредба со која ќе ја адресира одговорноста на работодавачот корисник и/или агенцијата за привремени вработувања во случај кога привремениот агенциски работник ќе претрпи штета на работа или во врска со работата, ниту пак, ја разрешува дилемата „дали барањето за надомест на штета, привремениот агенциски работник треба да го упати до агенцијата за привремени вработувања (како формален работодавач) и/или до работодавачот корисник (како фактички работодавач)". Овие дилеми, не се разрешени ниту во новиот предлог-закон за приватните агенции за вработување.

Конечно, составен дел од корпусот на прашања кои го тангираат односот помеѓу привремениот агенциски работник и агенцијата за привремено вработување е и заштитата на работникот од отказ. Законот за агенциите за привремени вработувања, не содржи одредби со кои се предвидуваат основаните причини за отказ, ниту пак постапката за откажување на договорот за вработување на привремените агенциски работници. Ваквата состојба нѐ води кон прелиминарниот заклучок дека заштитата од отказ на привремените агенциски работници ќе произлезе од генералниот закон, а тоа е Законот за работните односи. Сепак, Законот за агенциите за привремени вработувања од своја страна, предвидува извесни специфики за откажувањето на договорите за вработување на привремените агенциски работници кои се однесуваат на отказните рокови и неоснованите причини за откажување на договорот за вработување на привремениот агенциски работник. Во таа насока, Законот предвидува можност за „предвремено" раскинување на договорот за вработување и тоа како од страна на агенцијата за привремени вработувања, така и од страна на привремениот агенциски работник, со писмено известување пет дена однапред за договори за вработување склучени до 30 дена и со писмено известување десет дена однапред за договори за вработување склучени над 30 дена.[36] Оваа одредба, имплицитно упатува кон заклучокот дека страните кои го склучуваат договорот за вработување, имаат можност и да го откажат, т.е. дека агенцијата за привремено вработување е овластена да му го врачи отказот на договорот за вработување на привремениот агенциски работник, без оглед на фактот што причините за отказот настанале кај работодавачот корисник. Сметаме дека de lege ferenda, законодавецот би требало да ги прецизира основаните причини за предвремено раскинување на договорот за вработување (пред сѐ) од страна на агенцијата. Ова, оттаму што во практиката, агенциите често пати им ги откажуваат дого-

36 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 17, став 1.

ворите за привремено агенциско вработување или ги заменуваат привремените агенциски работници кои работат кај работодавачот корисник со нови, врз основа на слободен наод и дискрециона одлука. Конечно, Законот за агенциите за привремени вработувања предвидува и автентична неоснована причина за откажување на договорот за привремено агенциско вработување, во однос на одредбите за неосновани причини за отказ уредени во Законот за работните односи. Во таа насока, Законот за агенциите за привремени вработувања утврдува дека престанок на потребата за работникот кај работодавачот корисник пред истекот на рокот наведен во договорот не може да биде причина за раскинување на договорот ниту меѓу работодавачот корисник и агенцијата за привремени вработувања ниту меѓу агенцијата за привремени вработувања и работникот.[37]

2.2 Правен однос помеѓу привремениот агенциски работник и работодавачот корисник

За разлика од правните односи кои се воспоставуваат помеѓу привремениот агенциски работник и агенцијата за привремени вработувања, како и агенцијата за привремени вработувања и работодавачот корисник, привремениот агенциски работник и работодавачот корисник не склучуваат никаков формален договор помеѓу себе. Тоа значи дека нивниот правен однос има повеќе фактички отколку формален карактер и тој се воспоставува со самиот факт на „отстапување на привремениот агенциски работник на работа кај работодавачот корисник, под негов надзор и раководство“. Вообичаено, правата и обврските помеѓу работникот и работодавачот корисник се реализираат со посредство на агенцијата за привремени вработувања. Во секој случај, Законот за агенциите за привремени вработувања, предвидува начелна одредба дека работодавачот корисник и работникот се должни да ги почитуваат одредбите од овој закон, одредбите од друг закон и колективен договор кои го обврзуваат работодавачот корисник во врска со правата и обврските непосредно поврзани со извршувањето на работите.[38] Работодавачот корисник е одговорен за управувањето и надзорот врз работата што ја врши привремениот работник, па оттука, тој има одредени специфични овластувања кои се протегаат особено во сферата на безбедноста и здравјето при работа. Дополнително, Законот предвидува и други две обврски на работодавачот корисник кои истовремено претставуваат права на отстапените работници. Овие обврски, односно права се остваруваат директно во релацијата помеѓу отстапениот работник и работодавачот корисник. Станува збор за должноста на работодавачот корисник да ги информира отстапените агенциски работници за сите објавени огласи за слободни работни места кај работодавачот

37 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 17, став 2.
38 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 16, став 2.

корисник[39], како и за обврската за обезбедување на еднаков пристап на отстапените работници до обуките предвидени за вработените кај работодавачот корисник[40]. Законодавецот е свесен за улогата на договорите за привремено агенциско вработување како „отскочна даска“ во кариерниот развој на привремените агенциски работници кои треба да водат до постојано и стабилно вработување на работниците. Оттука, Законот за агенциите за привремени вработувања ги третира како неважечки и ништовни одредбите во договорите за привремено агенциско вработување со кои се забранува или спречува склучување на договори за вработување помеѓу работодавачот корисник и отстапениот агенциски работник по неговото отстапување.[41]

Работното законодавство на Република Македонија, вклучувајќи го и Законот за агенциите за привремени вработувања, ја нагласува потребата за заштита на работниците при работа. Во таа насока, Законот за агенциите за привремени вработувања му припишува директни овластувања на работодавач, на работодавачот корисник кој е одговорен за здравјето и безбедноста при работа на отстапениот работник како и за примената на прописите со кои се уредува заштитата при работа. [42] Дополнително, Законот предвидува и заштита на жените за време на бременост, раѓање и родителство и нега на дете, како и заштита на децата и младите лица доколку тие имаат статус на отстапени агенциски работници и притоа врз нив се применуваат одредбите од прописите за работните односи, прописите за безбедност и здравје при работа и прописите за еднаквиот третман на жените и мажите.[43]Во практиката, работодавачот корисник има различни конкретни обврски поврзани со заштитата на здравјето и безбедноста на отстапените агенциски работници. Помеѓу нив ги среќаваме и обврските за: обука на работникот за безбедно извршување на работните задачи; обезбедување на просториите и опремата за работа во која работникот треба да ја извршува работата; итното и неодложно известување на надлежните органи во случај на повреда и несреќа при работа; обезбедување на заштитна опрема при работа во зависност од видот на работата и слично.[44] Конечно, Законот за агенциите за привремено вработување го предвидува и правото на работникот да одбие работа во случај кога работодавачот корисник, нема да му обезбеди заштита на здравјето и безбедноста при работа во согласно соодветните прописи.[45]

39 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 3-г, став 1.

40 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања член 3-г, став 2.

41 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 3-д

42 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 15.

43 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 3-в.

44 Општи услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“, Скопје, 2012, стр.18.

45 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 16, став 4, алинеа 1.

2.3. Правен однос помеѓу агенцијата за привремени вработувања и работодавачот корисник

Правен основ за регулирање на односот кој се воспоставува помеѓу агенцијата за привремени вработувања и работодавачот корисник во врска со отстапувањето на работник за вршење на привремени работи, е договорот за отстапување на работник.[46] Договорот за отстапување на работник, всушност претставува облигационен, односно трговски договор со кој, агенцијата за привремени вработувања се обврзува дека ќе му отстапи еден или повеќе работници на работодавачот корисник за привремено вршење на одредени работи под негов надзор и раководство, а работодавачот корисник од своја страна, се обврзува дека ќе ѝ исплати соодветен надоместок на агенцијата за извршената услуга.[47] Тој е формален договор (задолжително се склучува во писмена форма)[48]и по неговото склучување, работодавачот корисник задолжително доставува по еден примерок од договорот до инспекцијата на трудот и до Агенцијата за вработување на Република Македонија во рок од пет дена од денот на неговото склучување.[49] Законот за агенциите за привремени вработувања ја пропишува и задолжителната содржина на договорот за отстапување на работник.[50] Обврските преземени со договорот за отстапување на работник мора да се почитуваат (pacta sunt servanda) бидејќи нивната примена се рефлектира и врз договорот за привремено агенциско вработување, а со тоа и врз самата правна положба на отстапениот агенциски работник. Во таа насока, судската пракса во Република Македонија е во најмала мера „резервирана" во поглед на предвременото раскинување на договорите за отстапување на работник од страна на работодавачот корисник.[51]

46 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 11, став 1.

47 Покрај овој договор, во практиката договорните страни склучуваат и генерален (општ) договор за соработка, со кој агенцијата за привремени вработувања ќе се обврзе да му обезбедува на работодавачот корисник работници, секогаш кога кај него ќе се појави таква потреба.

48 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 11, став 2.

49 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 12, став 3.

50 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања член 11, став 3.

51 Тужителот (Агенција за привремени вработувања) и тужениот (работодавач корисник од јавниот сектор) склучиле договор за отстапување на работници, со кој тужителот се обврзал на тужениот да му отстапи седум работници за вршење на точно определени привремени работи за период од една година, врз чија основа, понатаму тужителот склучил седум поединечни договори за вработување со секој од отстапените работници. Тужениот предвремено го раскинал договорот за отстапување на работници повикувајќи се на правото на раскинување на договорот поради променети околности (член 122 од Законот за облигационите односи). Притоа, тужениот ги темелел своите наводи за предвремено раскинување на договорот за отстапување врз основа на фактот што не се обезбедени финансиски средства од Буџетот на РМ за финансирање на овие привремени вработувања, т.е. поради недостатокот (немањето) на согласност од страна на Министерството за финансии. Во правниот спор во второстепена постапка, **Апелациониот суд Скопје** со **Одлуката ТСЖ.бр.-553/11 од 15.9.2011** ја потврдил Одлуката на Првостепениот суд

На склучувањето на ваквиот договор му претходат повеќе дејствија кои се одвиваат на релација „агенција за привремени вработувања“ – „работодавач корисник“. Во практиката, инцијално дејствие кое води до соработка помеѓу Агенцијата и работодавачот корисник е известувањето од страна на работодавачот корисник за намерата да се ангажира привремен агенциски работник кое вообичаено се поднесува во форма на барање за ангажирање на привремен работник.[52] Од своја страна, Агенцијата регрутира физички лица кои ги регистрира како потенцијални привремени работници укажувајќи им дека тие во исто време имаат статус и на можни кандидати за вработување. По барањето на работодавачот корисник за ангажирање на привремен работник, Агенцијата врши селекција од регистрираните привремени агенциски работници кои ги исполнуваат квалификациите барани за конректното работно место, упатувајќи ги на интервју (разговор) кај работодавачот корисник. Изборот помеѓу интервјуираните работници кој го врши работодавачот корисник е правен предуслов за склучување на договорот за вработување помеѓу агенцијата и отстапениот агенциски работник.

Агенцијата за привремени вработувања, се стекнува со право на наплата на надоместокот за услугите кои му ги врши на работодавачот корисник поврзани со привремените вработувања на работници.[53] Законот ѝ забранува на Агенцијата за привремени вработувања да бара надоместок за овие услуги од лицата кои ги вработува и отстапува на друг работодавач корисник.[54] Во практиката, висината на надоместокот (провизијата) што агенцијата ќе го побарува од работодавачот корисник зависи од повеќе предуслови како што се: бројот на ангажирани работници; времетраењето на договорот за вработување; дали агенцијата има трошоци поврзани со дообука, т.е. доквалификација на работниците и слично.[55] Притоа, провизијата вообичаено се исплаќа во облик на процент од (бруто) плата.[56]

дека тужениот незаконски го раскинал договорот поради променети околности, утврдувајќи дека тој бил должен во времето на склучување на договорот да ги земе предвид тие околности или навремено да ги избегне или совлада. Дополнително, Второстепениот суд ја потврдил Одлуката на првостепениот со која се усвоило тужбеното барање на тужителот за исплата на фактурираниот долг по основ на ангажирање на работници од страна на тужениот.

52 Општи услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“, Скопје, 2012, стр.18.

53 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 8, став 1.

54 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 8, став 2.

55 Општи услови за обезбедување на привремени работници на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“, Скопје, 2012, стр. 22

56 На пример: до 10 ангажирани работници, провизијата на Агенцијата изнесува 10 % од договорената бруто-плата; до 20 ангажирани работници, провизијата на Агенцијата изнесува 8 % од договорената бруто-плата; до 30 ангажирани работници, провизијата на Агенцијата изнесува 7 % од договрената бруто-плата и слично.

На крај, наведуваме дека законодавецот предвидел определени оправдани ограничувања при склучувањето на договорите за отстапување на работници помеѓу агенцијата и работодавачот корисник. Работите за кои привремениот агенциски работник може да биде отстапен на работодавачот корисник, треба да бидат од „привремена природа“ и тие таксативно и umerous clausus се определени во Законот за агенциите за привремени вработувања. Во таа насока, Законот за агенциите за привремени вработувања утврдува дека договор за отстапување на работници може да се склучи во случај на: замена на привремено отсутен работник; привремено зголемен обем на работа; сезонска работа; работа на проект; специфични неконтинуирани работи кои не се дел од претежната дејност на работодавачот корисник и непредвидливи краткотрајни активности што се јавуваат во вршењето на претежната дејност на работодавачот корисник.[57]Анализирајќи ја оваа одредба, доаѓаме до заклучок дека законодавецот посредно воспоставува објективни причини за засновање на работен однос помеѓу агенцијата и работникот и објективни услови за отстапување на работникот на работодавачот корисник. Законот за агенциите за привремени вработувања предвидува и понатамошни ограничувања во процесот на отстапување на привремените агенциски работници кои се насочени кон спречување и заштита од злоупотреби на нивниот работен однос. Оттука, Законот воспоставува и максимален рок за ограничување на отстапувањето на работникот за вршење на исти привремени работи кај работодавачот корисник и тоа додека трае потребата, но не подолго од една година.[58] Агенцијата за привремени вработувања не смее да отстапува работник за вршење на исти работи кај ист работодавач без прекин или со прекин подолго од една година.[59] Слично како и кај Законот за работните односи со кој се регулираат договорите за вработување на определено време, Законот за агенциите за привремени вработувања не го предвидува временскиот период на прекин на договорите за отстапување на работник кој ќе се смета за доволен за прекинување на максималниот рок од една година дозволен за отстапување на привремените агенциски работници за вршење на исти работи кај работодавачот корисник. Во практиката, законските ограничувања кои произлегуваат од правниот режим за регулирање на привременото агенциско вработување речиси и да не се почитуваат. Агенциите за привремени вработувања и работодавачите корисници не секогаш ги земаат предвид „објективните причини“ кои de jure им го ограничуваат правниот простор за склучување на договори за отстапување на работници. Уште поизразено „заобиколување“ на законските прописи постои во случаите на фиктивна и противправна „промена“ на работните места на отстапените агенциски работници по истекот на

57 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 4, став 1.

58 За ова види: Закон за агенциите за привремени вработувања, член 4, став 3.

59 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 4, став 4.

максималниот рок од една година кој го ограничува ангажирањето на привремени агенциски работници за вршење на „исти“ работи. Со тоа, привремените агенциски работници се „држат“ во положба на прекарност, несигурност и неизвесност на нивниот работен однос, а вакви практики се присутни како во приватниот, така и во јавниот сектор. Севкупноста од законските одредби кои се однесуваат на оправданите ограничувања при склучувањето на договорите за отстапување на работници ги заокружуваме со две дополнителни одредби. Во таа насока, договорот за отстапување на работници inter alia, не може да се склучи: ако корисникот во претходниот период од шест месеца од деловни причини им го откажал договорот за вработување на работниците кои работеле на работите за кои се бара отстапување на работник како и за отстапување на работник на друга агенција за привремени вработувања или од еден на друг корисник.[60]

ЗАКЛУЧОК

Нестандардните форми на вработување претставуваат своевиден антипод на стандардните форми на вработување. Во современите трудовоправни системи и на современите пазари на труд се пронаоѓаат повеќе различни нестандардни форми на вработување како што се: вработувањето на определено време, привременото агенциско вработување, сезонската работа, привремената и повремена работа, вработувањето со неполно работно време, работата со флексибилно работно време, како и секоја можна комбинација која произлегува од групирање на претходните нестандардни форми на работа.

Законот за работните односи на Република Македонија ги уредува следните нестандардни форми на вработување: договор за вработување на определено време; сезонска работа; договор за вработување со скратено работно време; договор за вработување со неполно работно време; договор за вработување со неполно работно време со повеќе работодавачи; договор за вработување со вршење на работа дома; договор за вработување на куќни помошници и договор за вработување на деловни лица (менаџерски договор).

Привременото агенциско вработување е предмет на уредување на Законот за агенциите за привремени вработувања. Со овој Закон се воспоставува правниот режим за регулирање на трипартитниот правен однос кој вклучува три страни и тоа: агенција за привремено вработување; привремен агенциски работник и работодавач корисник. И покрај постоечката правна рамка со која се регулира привременото агенциско вработување, општиот заклучок е дека македонското работно законодавство треба да трпи бројни промени во насока на

60 Закон за агенциите за привремени вработувања, член 11, став 4, алинеа 2 и 3.

доуредување на оваа нестандардна форма на вработување и тоа во насока на подобра и поквалитетна заштита на положбата и правата од работен однос на привремените агенциски работници.

БИБЛИОГРАФИЈА

1. Bagič. D, *Industrijski odnosi u Hrvatskoj* (Društvena integracija ili tržiš sukob), TIM press, 2010.
2. Bosch.G et al., *Working Time and the Standard Employment Relationship*, (Edited by Jean-Yves Boulin, Michel Lallement, Jon.C. Messenger and Francois Michon, in Decent Working Time – new trends, new issues), International Labour Office, Geneva, 2006.
3. Chamberland.D.A, *Outsourcing – The sourcing column*, (Canadian Corporate Council, Volume 20. 12, No.5), 2003.
4. Fudge.J and R.Owens, *Precarious Work, Women and the New Economy*, (Hart Publishing), 2006.
5. McCann.D , *Regulating Flexible Work*, (Oxford University Press), 2008.
6. **Veneziani.B**, *The Employment Relationship*, (The Transformation of Labour Law in Europe, A comparative study of 15 countries 1945-2004, Oxford and Portland, Oregon), 2009.
7. **Walker.B**, *How does non-standard employment affect workers? A Consideration of the evidence*, (New Zeland Journal of Employment Relations, 36), 2013.
8. Закон за работните односи, Сл. весник на Р Македонија, бр. 62/05
9. Закон за привремените агенциски вработувања, Сл. весник на Р Македонија, бр. 49/06.
10. Закон за вработените во јавниот сектор, Сл. весник на Р Македонија, бр. 27/14.
11. Конвенција на МОТ за приватните агенции за вработување (бр. 181), ратификувана на 26.3.2012 година од Собранието на Република Македонија
12. Општи услови за обезбедување на привремени работници (Интерен акт на Агенцијата за привремено вработување „Партнер“), Скопје, 2012.
13. Одлука на Апелациониот суд Скопје ТСЖ.бр.-553/11 од 15.9.2011

Prof. Dr.sc Todor Kalamatiev[61]
Assoc. Prof. Dr.sc Aleksandar Ristovski[62]

TEMPORARY AGENCY EMPLOYMENT AS A NON-STANDARD FORM OF EMPLOYMENT

Summary

This paper examines the non-standard forms of employment (atypical employment relationships) with a particular reference to the temporary agency employment. Temporary agency employment is analyzed from the aspect of the Macedonian labour legislation.

The authors thoroughly elaborate the "tripartite" legal relations which are established between the: temporary agency workers and temporary employment agencies, temporary agency workers and employers-users and temporary employment agencies and employers-users. The basic aim of this paper is to indicate the weaknesses and inconsistencies that cause "uncertainty" and "vulnerability" in the position of the temporary agency workers and their employment protection through a comprehensive analysis of the legal regime of temporary agency employment in Republic of Macedonia.

Key words: *non-standard forms of employment, temporary agency workers, temporary employment agencies, employers-users.*

61 Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
62 Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Билјана Поповска[1]
проф. д-р Иванка Василевска[2]

ВЛИЈАНИЕТО НА ИСИХАЗМОТ ВО ВИЗАНТИСКОТО ОПШТЕСТВО
(историски преглед)

УДК: 271.2-587:316.422(495.02)
271.2-587-9(495.02)
271.2-587-36Григориј
Палама, св.(495.02)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Нашиот интерес во трудот е насочен кон карактеристиките на широка политичка трансформација во Византија, со особен акцент на влијанието кое го извршила појавата на исихазмот и протагонистот на ова духовно движење, свети Григориј Палама. Исто така, нашето внимание е посветено на компаративната историска анализа на христијанскиот егзистенцијализам во корелација со мистичната православна традиција, која со својата големина и влијанието кое го извршила од аспект на духовноста, и истовремено прераснал во едно вистинско движење кое се имплементирало во учењето за православната духовност, односно исихазам, а во исто време ги зајакнало темелите врз кои до ден денес е изградено православното христијанство.

Клучни зборови: *Православно христијанство, Византиска Империја, Св. Григориј Палама, исихазам.*

Историски преглед

Со *Едиктот* за верска толеранција од Милано на Константин од 313 година во Римската Империја започнала новата ера на целосната општествено-политичка и културна трансформација. Од аспект на политичко-правните сфаќања, оваа трансформација ги создала главните христијански идеолошки

---

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

[2] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје.

правци, кои и по шизмата на Империјата продолжиле да имаат првенствено влијание во христијанска Европа.[3] Во својата основа, христијанството за прв пат било дефинирано од страна на *патријархот Игнатиј Антиохиски* во 107 година од н.е., додека називот „христијани“ за прв пат се среќава во *Делата на светите апостоли од светиот апостол Лука* во кои е наведено дека учениците на Евангелието во Антиохија се првите кои биле наречени христијани.[4] Значајно е да се истакне дека уште од самиот зачеток на христијанството, особено огромно влијание извршиле и погледите на рано христијаните за карактерот и местото на христијанската црква. Во оваа смисла: „црквата ѝ припаѓа на христијанската заедница, подеднакво на лаиците и на свештениците. Станувало збор за „невидлива црква“, лоцирана во срцето на верникот, а не во крутата и посредничка институција, персонифицирана во свештеничкиот сталеж. Црквата претставувала заедница на верниците, а само Бог знае кој е вистинскиот верник, а кој е лицемер и конвертит: „Според тоа, вистинската црква е невидлива, освен за Бог, и нема потреба од видлива црква, организирана од страна на луѓето“.[5]

Во текот на целиот период на ширењето на христијанството, т.е. од втората половина на I век од н.е. кога истото се здобило со религиската визура која ја сочинувале патријарсите и црковната организација, па сè до неговото формално признавање за религија во рамките на Римската Империја со *Миланскиот едикт за толеранцијата на религиите* од 30 април 313 година од н.е., како и подоцна во 380 година кога станало и официјална државна религија во Империјата заклучно до Големата шизма, биле зацврстени и развиени темелите на христијанството кое станало императив на западната цивилизација. Во овој поглед, била изградена и христијанската традиција која преку развиениот и мошне сложен религиско-филозофски концепт, ги вклучила во својот бит двете основни компоненти кои го дефинираат христијанството, т.е. културата и религијата. Според Вера Георгиева: Мнозина византолози сметаат дека во Византија не постоела „духовна свежина“. Повикувајќи се на Острогорски, кој оценува дека целата византиска култура била еклектична и епигонска, и притоа заклучувајќи дека овој недостаток бил надополнет со силината на „синтезата“ во која се соединиле римската држава и култура и христијанството, со што римското право во суштина ја сочинувало основата на византиската држава, а грчката филозофија основата на византиското образование.[6]

Оттаму, одлуките на Вселенските (екуменските) собори претставуваат

---

[3] Sarkic, Srђan, *Pravne i politicke ideje u Istocnom Rimskom Carstvu*, “Naucna knjiga”, Beograd, 1984, стр. 252.

[4] *Свето писмо (Библија), Нов Завет*, шесто издание, Библиско здружение на Република Македонија – Скопје, 2002. стр. 149.

[5] Шкариќ, Светомир, Иванов, Ѓорге, *Политички теории – среден век*, Култура, Скопје, 2012. стр. 19.

[6] Георгиева, Вера, *Филозофија на исихазмот*, Табернакул, Скопје, 1993. стр. 3.

важен извор на христијанската вера и патоказ за пресметката со ересите. Вселенските собори претставуваат собори на епископите од целата вселена (екумена) со цел да се одржи единството на црквата... Биле одржани седум Вселенски собори, со различна содржина и влијание врз христијанската вера. Но, едно им е заедничко – сите се одржани во Мала Азија, на повеќе места, во период од 325 до 787 година, на предлог на византиските императори. Тој период се смета за „златен период“ на христијанската црква, но и период на внатрешни поделби и борби. Првата позначајна поделба настанала веќе во IV век, од моментот кога *Константин I Велики* ја преместил престолнината на Римската Империја од Рим во Константинопол. Од тој момент започнува и конфликтот помеѓу Римската и Константиновата катедра за превласт во христијанскиот свет.[7]

Познато е дека во 529 година од н.е. царот *Јустинијан I* донел одлука со која ги затворил сите филозофски школи во Атина. На овој начин во суштина било извршено комплетното расчистување со античкиот филозофски и општествен начин на живеење и била означена победата на христијанството на целата територија каде владеел Рим. Во овој период, Константинопол сè повеќе се издигнувал и развивал, при што прераснал во вистински центар и во интелектуална и во политичка смисла на зборот.

Големата поделба помеѓу Западната и Источната Римска црква, како политички процес со кој фактички се поделила големата Римска Империја на два дела, во 1054 година, од една страна го означила крајот на единството во Христијанската црква и истовремено од друга страна го започнала процесот на новите идеолошки и културни правци кои во наредните историски фази ќе го создадат двојниот идеолошки карактер на европско тло. „Во основата на ова конечно одвојување на источните цркви од западното христијанство бил судирот со Рим поради тоа што римскиот папа сакал да полага право на врховна власт и поради отфрлањето на реченицата што западната црква ја додала во Никејското кредо[8], во која се вели дека Светиот дух произлегува „од Синот“ како и од Отецот.“[9]

Во поглед на државно-правниот развој, влијанието на христијанството станало нераскинлив дел од општествено-политичкото живеење во Римската Империја. Првенствено, истото го наоѓаме во односот на владетелот спрема законот, кој ја означувал огромната улога врз општествениот развој во византиското царство, која ја извршил *Јустинијан I* со кодифицирањето на

[7] Шкариќ, Иванов, *Политички теории*... (цит. дело). стр. 38–39.

[8] (л.з.) Првиот вселенски собор од Никеја, во мај 325 година од н.е. го утврдил Светото Тројство, како догма на христијанската вера. Со тоа симбол на верата е „Бог Отецот, Синот Божји и Светиот Дух“.

[9] *Нов Лајонов прирачник Религии во светот*, Кристофер Партриџ, Младинска книга, Скопје, 2009. стр. 324.

римското право – *Corpus iuris civilis*.[10] Во тој контекст, идејата за божественото потекло на Царството ја пронаоѓаме уште во воведот на вториот дел од *Corpus iuris civilis* т.е. во *Digestite* или *Pandectite* (цит.): „Бидејќи според Божјата волја управуваме со нашето Царство, која ни ја пренесе неговото божјо величество, и среќно ги водиме војувањата, со мир се украсуваме и со цврстина ја одржуваме државата".[11] Понатаму, во друг пододдел од *Дигестите*, се сретнуваме со следнава одредба: „Го оснаживме сегашниот закон со намера да ја отстраниме секоја нееднаквост и неправда; и со негова помош, штитејќи ги сакаме да ги сочуваме на сигурно и ненападнати останатите закони на државата, според кои ние лично ја добивме царската власт од Бога, секогаш надевајќи се дека нашата држава вечно ќе биде сигурна".[12]

Во Јустинијановото законодавство е присутна и идејата дека царот доаѓа веднаш после Бога: (цит.) „..само Бог и царот кој го следи Бога можат со него (се мисли на Царството) да управуваат правично и со умереност".[13] Оттаму, можеме да ја заклучиме и причината поради која царот често ги започнувал своите наредби со зборовите „Во името на нашиот господ Исус Христос", како верување дека владеел во Христовото име. Истото го наоѓаме и во Јустинијановиот рескрипт до Велизар од 534 година од н.е.: (цит.) „Во името на нашиот господ Исус Христос, секогаш сме ги започнувале сите акции и потфати. Бидејќи од него сме го добиле правото на царската власт; со него го склучивме вечниот мир со Персијците; со него ги отфрливме најлутите непријатели и најголемите тирани; од него ни е дадено да ја браниме Африка и да ја потчиниме под нашата власт; со Него треба да го управуваме Царството мудро и силно да го држиме под нашата власт ... Значи, со Неговото провидение сега му ја довеируваме нашата душа и подготовката на нашата војска и воените команданти".[14] На овој начин уште од самиот почеток била создадена посебната филозофија на живеење во која поединецот требало да се создаде преку Божјиот образец, кој му е зададен преку Божјото владетелско право на земјата.

Од друга страна, кога говориме за Византиската Империја, едно од основните прашања кое се наметнува е она за причините коишто овозможиле Источното Царство да ги преживее кризите кои ја зафатиле Империјата во IV и во V век и како резултат на кои пропаднало Западното Римско Царство. Можеме да ги констатираме следниве причини: *Прво:* Пренесувањето на престолнината во Константинопол, односно на Исток, што било резултат, од една страна, на богатството на источните провинции што довело до поместувањето на

[10] Ransimen, Stiven, *Vizantijska civilizacija*, Minerva/Subotica – Beograd, 1964. стр. 70 – 71.
[11] Ibid. стр. 66.
[12] Ibid. стр. 67.
[13] Ibid. стр. 68.
[14] Ibid. стр. 73.

економскиот центар на државата од Рим во Константинопол и од друга страна поволната геостратешка положба на Константинопол. *Второ:* Специфичноста на економиката во источните провинции во кои се задржало во многу поголема мера слободното селанство, така што, ја преживеало многу полесно кризата на робовладетелското стопанство. *Трето:* Развиеното градско стопанство (биле зачувани, од античкиот период, низа на големи градови како Цариград, Солун, Антиохија, Александрија) трговијата и занаетчиството обезбедувале приходи за издршка на државниот апарат и на наемничката војска. *Четврто:* Постоењето на цврста државна власт, којашто го обезбедувала единството на државата и идеолошкиот монопол на црквата којашто го обезбедувала идеолошкото единство, како и меѓусебниот однос на црквата и државата којшто бил дефиниран со фактот што владетелот бил во врвот на државната организација, меѓутоа фактички и поглавар на црквата. И *Петто:* Карактеристиките на субјективниот политички фактор и внатрешната и надворешната политика (без морални принципи) познати и под поимот *византизам*, исто така, влијаеле за одржувањето на континуитетот на државата.[15]

Едно од основните прашања кое се поставува кога се говори за Византиската држава е секако прашањето за односот помеѓу државата и црквата, односно за односот помеѓу световната и црковната власт и евентуалниот примат на едната или на другата.

Во овој поглед, во историографијата честопати се употребува терминот *цезаропапизам* поаѓајќи од следниве моменти: владетелот бил сметан за избран од Бога; честопати бил арбитер во врска со прашањата врзани за црковните догми; тој претседавал на екуменските консили и тој ги поставувал патријарсите. Оттука произлегувало дека владетелот бил највисок поглавар на црквата и иако таа била значаен чинител во социјално-политичкиот и идеолошкиот живот на Византија, факт е дека сè до крајот останала превласта на државната власт.[16]

Основите на ваквиот однос помеѓу црквата и државата, го гледаме во фактот што „вселенското царство“ и „вселенската црква“ биле врсници и едното било одраз на другото. Всушност, сеопштото прифаќање на христијанството бил првиот чекор во потчинувањето на црквата на царскиот режим, затоа што царот бил сметан за Христов политички претставник на Земјата. Оттука, изворот на неговиот авторитет и автократската власт се изведувал токму од неговото својство на христијански владетел, при што како таков тој бил под постојан притисок да постапува соодветно, да покаже *philantropia*, односно божествена благост во своите акти, како и да ги сочува идеолошките основи на

[15] За ова види повеќе кај Драган Зајковски, *Христијанството во Македонија од 313 до 700 година: векови на консолидација, етаблирање и дефинирање*, Тримакс, Скопје, 2013.

[16] Поповска, Билјана, *Историја на правото, втор дел*, „2-ри Август Штип“, Скопје, 2007. стр. 64.

ортодоксијата и на црквата. Ова пак, од своја страна покажува еден однос меѓу државата и црквата којшто, како што забележуваат низа историчари, повеќе бил однос на меѓусебна соработка и содејство, отколку однос на превласт. Во овој поглед, важно е да истакнеме, дека во својата *VI новела*, од март 535, упатена на *цариградскиот патријарх Епифан*, *Јустинијан* истакнал дека: „Најголемите подароци кои божјата благост ... им ги подарила на луѓето се црковната и световната власт ... од кои, претходната служи за божји работи, а другата ги штити човечките работи; обете потекнуваат од едно исто начело и истите го определуваат човечкиот живот. И така, ништо нема да бара поголема грижа од царот од чесноста на свештенството, зашто тие постојано му се молат на Бога за нив (царевите). Зашто, ако свештенството во секој поглед е безгрешно и верно на Бога, а световната власт ... владее правично и правилно со државата ... која ѝ е доверена, ваквата хармонија ќе резултира со усогласеност, којашто ќе востанови сѐ што е корисно за човечкиот род.“[17]

Оттука произлегувала меѓусебната зависност и соработка помеѓу световната и црковната власт, со тоа што црквата имала значајна потпора од државата, меѓутоа од друга страна, целата црковна организација и хиерархија во голема мера биле зависни од императорската власт. Последното, сепак, било остварување во рамките на тезата дека „Бог воспоставил две власти: царот за државата и патријархот за црквата“, така што императорите не се мешале многу во црковните работи.

Во оваа смисла исто така важно е да се напомене дека Источната црква пред Големата шизма во 1054 година, се соочила со големите поделби уште на соборите во Ефес од 431 година и во Халкедон во 451 година. На овие собори се расправало околу одредувањето на односот помеѓу човечката и божествената природа на Исус Христос. Како резултат на овие превирања, настанала Несторијанската црква која била концентрирана во Персија, како и монофизитските цркви со потекло во Египет, Сирија и Етиопија.[18]

---

[17] Ibid. стр. 65.

[18] „... Третиот вселенски собор е одржан на барање на царот Теодосиј II, од 22 јуни до 30 јули 431 година во Ефес, поради нападот на симболот на верата од страна на несторијанците. Несториј (428 – 431), цариградски патријарх, тврдел дека Исус Христос има две одвоени личности, од кои божествената произлегува од Отецот, а човечката од Дева Марија. Тој тврдел дека Дева Марија родила човек, а не Бог и затоа не може да се нарекува Богородица, туку „Христородица... Четвртиот вселенски собор е одржан во Халкедон, град од другата страна на Босфор, во период од 8 октомври до 1 ноември 451 година, поради појавата на монофизитското учење. Монофизитите тврделе дека Христовата човечка личност е целосно стопена со божествената личност и дека поради тоа има една, а не две природи. Монофизитите упорно го бранеле своето учење, станувајќи малцинство на Халкидонскиот собор. Тие го предизвикале првиот раскол во христијанската источна црква, со формирање на Коптската црква во Етиопија, на Јакобитската црква во Сирија и на Ерменската црква во Ерменија, како монофизитски цркви...“. Шкариќ, Иванов, *Политички теории*... (цит. дело). стр. 39–40.

Веќе по физичката делба на Империјата како резултат на шизмата во Византија било создадено тлото врз кое се издигнал духовниот и културниот етос карактеристичен за оваа Империја и од кој фактички се изродила православната црква.

Појава и развој на исихазмот

Карактеристиките на крупните политички трансформации во Византија во XIII и во XIV век, ги одбележува влијанието кое го изврши појавата на исихазмот и на неговиот главен протагонист Свети Григориј Палама.

Изворите ни говорат дека Палама бил роден во 1296 година и дека потекнувал од Мала Азија. Пораснал на дворот на царот *Андроник II Палеолоī*, кој бил еден од најрелигиозните цареви на Византиската Империја. Имено, Василевсот, го олицетворувал идеалот на теократијата.

Во тоа време, традиционалниот византиски свет бил сериозно загрозен од латинските крстоносци од запад, а потоа и од север, од Златната орда, со победата над Киевското велико кнежество околу 1240 година. Сето ова во голема мера ја зголемило кризата во Империјата која ги следела како лоша сенка владетелите од династијата *Палеолози*.[19] Виталноста и улогата на православната црква во овој период, во многу што го намалило влијанието на патријарсите, состојба која најсилно се чувствувала во престолнината и во другите поголеми градски центри. Исто така, во периодот од IX до XIV век, Црквата често заземала статичен став кој бил условен од формалниот конзервативизам на официјалната теологија. Поголемиот дел од Византијците, вклучително и Епископите, верувале дека по извојувањето на борбата над иконоборството во 843 година, дека црковната традиција го добила својот конечен израз во формулациите од седумте вселенски собори и дека според тоа, не е потребно ништо повеќе.[20]

Во момент на таквата сеопшта криза во Византиската Империја, се појавила новата духовна сила, пренесена преку енергијата на доцновизантискиот

---

[19] Оболенски, Димитри, *Визан̄тискио̄т комонвел̄т, Ис̄точна Евро̄па 500 – 1453*, Слово, Скопје, 2002. стр. 297.

[20] Според Георгије Острогорски, *О веровањима и схва̄тањима Визан̄тинаца*, Просвета – Београд, 1970. стр. 203 (цит.) „...Нема сомнеж и никој денес не одрекува дека византиската култура била најголемата култура на средниот век. Неоспорна е и религиозната основа на оваа култура, која се напојувала и инспирирала од пред сè од религиозните доживувања. Меѓутоа, науката реално внимание им посветува само на првите векови од религиозниот развој на Византија и само на оној период кога се удирале темелите на догматската структура на христијанската црква. За проучувањето на подоцнежниот развој направено е многу малку и колку и тоа да е чудно, за тоа не се искажува интерес. Дури и владее мислењето дека не постоел никаков подоцнежен развој и дека на прагот од средниот век духовниот живот во Источното Царство, кој дотогаш бликал, одеднаш запрел на мртва точка, достигнувајќи го својот крај, обременет во неподвижниот и безживотниот формализам...

мистицизам т.е. *исихастичката традиција*.[21] Таа била претставена преку аскетското движење кое започнало помеѓу православното монаштво и била предводена токму од св. Григориј Палама (1296 – 1359). Палама се застапувал за применувањето на една мистична апофатичка теологија која се фокусирала врз прашањето на обожувањето. Според него, христијаните можеле преку применувањето на таканаречената „умно-срдечна молитва" и преку насочувањето на мислите и на духот, во ритамот на дишењето изговарале „Господи помилуј". Движењето на исихазам како свој идеал го поставиле „чисто контемплативниот живот" и нивното прво и главно барање претставувала внатрешната концентрација насочена кон непрекинливата молитва во себе. Оваа непрекинлива внатрешна концентрација ги доведувала исихастичките калуѓери во состојба на екстаза и предизвикувала во нив чувство на неискажливо блаженство и привид на небесна светлина.[22]

Во својата филозофска смисла, овој степен го претставувал и врвот на животот во исихија: доживувањето на такво внатрешно блаженство, за кое говорат сите мистици – исихасти предадени на овој вид аскеза. „Поимот „исихаст" сам за себе има мошне старо потекло во источната црква; исихастите се споменуваат уште од времето на отците од старохристијанската црква. Во V век го наоѓаме во палестинскиот манастир на св. Сава, извесниот пустиник Јован, кој живее во исихија и го уживал сеопштото почитување".[23] Во оваа смисла, евидентно е дека филозофијата на исихастите има и свое егзистенцијалистичко значење кое произлегувало од нејзината основна цел: целосен спас на човештвото, со концептот на спас на индивидуата преку која се спасуваат сите. За исихастите, човекот како личност претставува неповторлив и незаменлив субјект во целата вселена. Оттаму, секој човек посебно, преку патот на познанието и преку личното општење со Бога може да се обоготвори. Тие ја развивале перцепцијата која ги открива тајните за божјиот живот преку тајната за човекот.

Изворите укажуваат дека за исихастите се зборува и во *Јустинијановото законодавство* и во *41 канон* на *Трулскиот собор*. Дури и во рановизантискиот

[21] „Христолошкото прашање, прашањето за природата на Христовата личност, повлекувало многу други прашања, како на пример, прашањето за односот на душата и телото, божествената „природа" и природата на човекот. Во одговорот на овие прашања се вклучила и филозофијата. Започнало систематско користење на логиката во излагањето на богословските проблеми и одбраната на христијанските догми. Делата на богословите добиваат логичка структура од аристотеловски тип... Методот на филозофирање во Византија сосема се разликувал од античкиот бидејќи се работи за различно искуство на човекот и светот и доживување на Бог. Најдобар пример за таа разлика е исихастичкиот метод". Види Георгиева, Вера, (цит. дело). стр. 6.

[22] Митрополит Струмички Наум, *Школа за исихазам, основна*, Библиотека Воведение, Велјуса, 2011.стр. 20.

[23] Острогорски, (цит. дело), стр. 207.

период животот во исихија бил сметан за особено богоугоден и свет, но во истовреме – особено во *Јусшинијановише новели* – јасно се искажува тежнението овој вид аскеза да се ограничи, како штетна за колективниот манастирски живот и за монашката активност. Според Острогорски, во рановизантискиот период исихазмот се идентификувал со пустинаштвото (види изјавата на *Нил Синајски* и *Јусшинијановаша Новела 133*) и во овој период сè уште го немал значењето на посебен мистично-аскетски правец со кој се стекнал подоцна.

Како најзначаен духовен родоначалник на светогорските исихасти, како според своето учење така и според својот животен пат, бил *Симеон Нов Боīослов* (на крајот на X и на почетокот на XI век), кој претставува најзначаен мистичар на византиската црква, од овој период. Како и за исихастите од XIV век, така и за него највисоката цел на сите негови напори било гледањето на боженствената светлина; а најважната животна мисија претставувало моралното просветлување, без кое човек не може да ја постигне бараната светлост, моралното просветлување по патот на вложувањето во себе си, по пат на духовна концентрација. Тие го прифатиле Симеоновото учење и самите постојано укажувале на него како на свој учител. Воедно, исихастите биле првите следбеници на овој голем мистичар.

Значајно е да споменеме и дека иако овој духовник во времето на својот живот имал бројни следбеници и по својата смрт бил прогласен за светец, дури по 300 години кои го делат од исихастичкото движење на *Свеши Гриīориј оg Палама* неговото учење останало непознато и било обновено дури во XIV век.[24]

По неговиот пример се развило пустиножителското монаштво на Света Гора Атонска и насекаде низ Балканот, а особено во Бугарија, каде キпријан од Трново ја проширил исихастичката традиција преку Дунав во Русија.

Постулатот на кој се темелела религиозно-филозофската матрица на исихазмот на *Свеши Гриīориј Палама* бил потврдата на Божјата иманентност во историјата и во човекот. Овој подвижник и голем црковен светител на залезот од големата империја го најавил новиот правец кон кој требало да се движи духовноста на православната екумена. Палама ја потврдил во текот на својата духовна мисија вистината за светителското видување на Бога, залагајќи се за несоздадената природа на благодетта и на божествената светлина. Во Паламината терминологија, токму таа несозданост е она со што Бог суштински се разликува од другите битија. Карактеристика на овие битија е дека се создадени, а кога заедничарејќи со Бога ќе ја надминат својата ограниченост, тие учествуваат во несоздадениот живот. Според тоа, тоа што христијанинот го бара и тоа што Бог му го дава во светотаинската благодет е несоздадениот Боженствен живот. Во тој поглед, говорејќи за натприродната способност на човекот да го спознае Бог, преку посредништвото и присутноста на Светиот дух,

[24] Ibid. стр. 209.

го забележуваме следново во неговите списи: „...Зашто во светлината се гледа светлина, па во слична светлина се наоѓа и она што гледа. Ако не подејствува кон нешто друго одделувајќи се од друго, и тоа самото станува светлина целото, вподобувајќи се на она што го гледа...“[25]

Она што е исто така карактеристично за исихазмот во доцновизантискиот период е содржано во фактот дека истиот претставувал огромна негација на описот на доцното византиско православие како стерилно и безживотно. Ова предизвикало силен протест од страната на доктринарниот втемелен теократски систем на разбирање, кој бил предводен од *Варлаам од Калабрија*. „Варлаам го обвинил Палама за ширење на месалијанство, при што го оспорил тврдењето на Светителот за фактичката реалност на обожувањето. Едно од еретичките учења на месалијаните или на богомилите коишто биле осудени од страната на Црквата, било тврдењето дека „со своите телесни очи“ ја гледаат Божествената суштина“.[26] Во својата апологетика, Палама се изјаснил дека: „да се види Бог ’лице во лице‘ не претставувало исто што и ’да се види Божествената суштина’“. Според него, натсуштествениот Бог никако не може да биде идентификуван со каков и да е филозофски поим за суштественоста. Во својата суштина, како и кај другите свети отци на Православната црква, и кај Палама не постои спротивставување во однос на личноста и суштината на Бог. Според него тие секогаш одат заедно, бидејќи личноста секогаш има суштина, а суштината никогаш не е гола, т.е. не постои сама по себе, издвоена од личноста која е нејзин носител.

Успехот на Палама придонел до тоа јасно да се постави разликата помеѓу улогата на Православната црква и политичките интереси на Византиската Империја. Сето тоа придонело православното христијанство поставено врз темелот на византискиот исихазам, со сета своја христоцентрична доследност и со сопствениот религиозен апсолутизам да успее да се конзервира и да го преживее речиси петстотини години шеријатот на Османската Империја.[27]

Заклучок

Источната црква се појавила како повластено тело во животот на Византиското Царство, при што таа, во рамките на истото, во текот на својот историски развој се преобразила во моќна мисионерска и екуменска религија,

---

25 Маендорф, Јован, *Свети Григориј Палама и православната мистика.*, Велјуса, 2001. стр. 132.
26 Ibid. стр 133.
27 Додовска, Василевска, Иванка, *Версајскиот систем од 1919 година (Механизмите за доброволна размена на малцинства и нивното влијание врз Македонското прашање во првата половина на XX век)*, РесПублика, Скопје, 2016. стр. 24.

која ја уживала целосната заштита од Империјата. Од тие причини, нашето внимание во трудот го посветивме на компаративната историска анализа на најосновните елементи на развојот на христијанството во корелација со мистичната православна традиција, која во својот обем и влијание го надминала аспектот на духовноста и прераснала во едно вистинско движење кое се занимавало со учењето за православната духовност т.е. *исихазам*. Во рамките на овој испреплетен сет на видливиот со невидливиот развој во христијанската црква неминовно е да се обрне достојно внимание и на аспектите и значењето на духовната димензија во рамките на православието бидејќи истата била пресудна во одржувањето на духовниот и општествено-политичкиот развој на христијаните и во текот на целиот период од владеењето на Византија, но и понатаму во рамките на Отоманската Империја. Во оваа смисла, неопходно е исто така, да се води сметка за употребата на терминологијата како што е персонализам и егзистенцијализам, бидејќи истите термини во рамките на современата европска филозофија имаат своја филозофска содржина и од таа причина е особено тешко да бидат пренесени на уникатната реалност на значењето на *Светото тројство*. Во оваа смисла, евидентно е дека византиските филозофи сметале дека разумот треба да биде во согласност со мудроста која се содржи во откровението на божјите закони. Истите било потребно да бидат проектирани преку волевата активност која произлегува од дејствувањето на умот и имплементирани преку умносрдечната молитва. На овој начин исихазмот претставува важен сегмент врз основа на кој е изградена основата на православното монаштво.

Главното кредо кое влијаело на оваа непоништлива синергија на духовноста предводена во *Името на Светото тројство* и суштински испреплетена со општествено-политичкиот систем на живеење била секако молитвата[28], која укажува на првенството на личноста над природата во Бога со што православното учење за монархијата на Господ Бог и врз неа заснованата тројна природа силно ги зацврстила темелите врз кои се одржало и врз кое се заснова православното христијанство до ден денес.

Библиографија

- Sarkic, Srђan, *Pravne i politicke ideje u Istocnom Rimskom Carstvu*, "Naucna knjiga", Beograd, 1984.
- *Свето писмо (Библија), Нов Завет*, шесто издание, Библиско здружение на Република Македонија – Скопје, 2002.

[28] За ова види повеќе кај: Понтиски, Евагриј, Св. Никифор Осаменик, Св. Григориј Синаитски, Св. Симеон Нов Богослов, *За молитвата*, Табернакул, Скопје, 2001.

- Шкариќ, Светомир, Иванов, Ѓорге, *Политички теории – среден век*, Култура, Скопје, 2012.
- Георгиева, Вера, *Филозофија на исихазмот*, Табернакул, Скопје, 1993.
- *Нов Лајонов прирачник Религии во светот*, Кристофер Партриџ, Младинска книга, Скопје, 2009.
- Ransimen, Stiven, *Vizantijska civilizacija*, Minerva/Subotica – Beograd, 1964.
- Зајковски, Драган, *Христијанството во Македонија од 313 до 700 година: векови на консолидација, етаблирање и дефинирање*, Тримакс, Скопје, 2013.
- Поповска, Билјана, *Историја на правото, втор дел*, „2-ри Август Штип", Скопје, 2007.
- Оболенски, Димитри, *Византискиот комонвелт, Источна Европа 500 – 1453*, Слово, Скопје, 2002.
- Острогорски, Георгије, *О веровањима и схватањима Византинаца*, Просвета – Београд, 1970.
- Митрополит Струмички Наум, *Школа за исихазам, основна*, Библиотека Воведение, Велјуса, 2011.
- Маендорф, Јован, *Свети Григориј Палама и православната мистика.*, Велјуса, 2001.
- Додовска, Василевска, Иванка, *Версајскиот систем од 1919 година (Механизмите за доброволна размена на малцинства и нивното влијание врз македонското прашање во првата половина на XX век)*, РесПублика, Скопје, 2016.
- Понтиски, Евагриј, Св. Никифор Осаменик, Св. Григориј Синаитски, Св. Симеон Нов Богослов, *За молитвата*, Табернакул, Скопје, 2001.

Prof. Dr.sc Biljana Popovska[29]
Assoc. Prof. Dr.sc Ivanka Vasilevska[30]

THE INFLUENCE OF ISHISHASM IN BYZANTINE SOCIETY (HISTORICAL OVERVIEW)

Summary

Our interest in this paper is set toward the characteristics of the extensive political transformation in Byzantium, especially the influence which conducted the emergence of the isichasm and its lead protagonist, St. Gregory Palama. Our attention is dedicated to the comparative historical analysis of the Christian's existentialism in the correlation with the mystical Orthodox tradition, which whit its volume and influence outgrew the aspect of spirituality, and grew up into one real movement which engaged into teaching about the Orthodox spirituality, i.e. isichasm, and at the same time strengthened the foundations upon which is built the Orthodox Christianity today.

Key words: *Orthodox Christianity, Byzantine Empire, St. Gregory Palama, isihasm.*

[29] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[30] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Родна Живковска[1]
проф. д-р Тина Пржеска[2]

ТОЛКУВАЊЕ НА ПРАВНИТЕ НОРМИ ВО ГРАЃАНСКОТО ПРАВО

УДК: 340.132.6
347:340.132.6
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Предметот на анализа во овој труд се значењето на толкувањето на правните норми во граѓанското право, видовите и методите на толкување. Во трудот се претставува појавата и развојот на толкувањето на правните норми од периодот на римското право до денес. Толкувањето како процес на утврдување на вистинското значење на правните норми во трудот се анализира низ призмата на две доминантни теории – објективна и субјективна. Во трудот исто така се претставени и анализирани видовите толкување на правните норми според субјектот кој го врши толкувањето, степенот на општост на толкувањето и методот на толкување. Притоа, акцентот е ставен на толкувањето на правните норми од областа на граѓанското право.

Клучни зборови: *толкување, методи на толкување, автентично толкување, службено толкување, логички методи, граѓанско право, правни норми.*

Вовед

Правните норми како правила за поведение се упатени до субјектите на правото, кои се должни да се запознаат со нивната содржина, да го усогласат своето однесување со тоа што е пропишано, како и да ги остваруваат правата кои со правните норми им се определени и загарантирани. Во европско-конти-

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје;

[2] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

ненталните правни системи, во кои се вбројува и правниот систем на Р Македонија, правните норми се изразуваат во пишана форма, т.е. се содржани во правните прописи како извори на објективното право. Правните прописи, стануваат достапни за субјектите во правото со нивното објавување во официјални јавни гласила. Во правниот систем на Р Македонија, законите и другите правни прописи се објавуваат во „Службен весник на Република Македонија“[3], а влегуваат во сила по истекот на рокот наречен vacatio legis[4]. Функцијата на vacatio legis се состои во тоа да им се даде можност на субјектите во правото да се запознаат со донесениот пропис, односно да ги осознаат правните норми кои тој ги содржи. Во тој момент всушност започнува и процесот на толкување на правните норми како процес преку кој се „**утврдува вистинското, т.е. точното значење на правните норми**“[5].

1. Појава и развој на толкувањето на правните норми

Потребата од толкување настанала уште со настанокот на првите правни норми, но толкувањето како интелектуална активност има свој развоен пат кој датира уште од времето на римското право. Во старото римско право толкувањето на правните норми се сведувало на утврдување на буквалното, т.е. лексичкото значење на правната норма. Во периодот на претткласичното и класичното римско право правната јуриспруденција почнала да укажува на разликата помеѓу утврдувањето на буквалното значење на законот и утврдувањето на смислата, т.е. „духот на законот“[6]. Во периодот на феудализмот дозволено било само толкувањето на правото кое го вршел суверенот (кој и го создава правото), а во раниот капитализам пак, преовладувало буквалното толкување на правните норми содржани во граѓанските кодекси[7]. Науката за толкување на правните норми вистински почнала да се развива кон крајот на XIX и почетокот на XX век кога повеќе правни школи давале свои теории за толкувањето на правните норми.

Во зависност од тоа како го определуваат толкувањето, теориите за тол-

---

[3] „*Законите, другите прописи и општи акти пред да влезат во сила се објавуваат во ,,Службен весник на Република Македонија”.*“, Види: чл. 39, Закон за Собранието на Република Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 104/09.

[4] Терминот „vacatio legis“ го подразбира времето (рокот) од објавувањето до примената на законот или друг пропис кој најчесто изнесува 8 дена од денот на објавување во Службен весник, но во одредени ситуации законодавецот може да определи пократок или подолг период.

[5] Така: Д. Бајалџиев, *Вовед во правото, Право,* (Македонска ризница, Куманово, 1999), стр. 269. Исто и: А. Групче, *Граѓанско право (Општ дел),* (Култура, 1980), стр. 94. Како и: М. Павлова, *Гражданско право, Обща част, Том първи,* (Софи-Р, 1995), стр. 113.

[6] Види: М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 117.

[7] Види: *Исто.*

кувањето на правните норми се групирани во т.н. субјективна теорија и т.н. објективна теорија. Според застапниците на субјективната теорија, толкувањето како интелектуална активност треба да стреми да го утврди значењето на правната норма кое го дава законодавецот, т.е. *ако нормата е јазички нејасна или двосмислена, треба да се истражува волјата и намерата на законодавецот кои постоеле при донесувањето на таа норма*[8]. Претставниците на објективната теорија пак, сметаат дека основна улога на толкувањето на правните норми *е да го открие вистинското значење на правната норма*, но не од аспект на волјата и намерата на законодавецот, туку од аспект на објективната стварност (општествените прилики) во која таа се применува. Според претставниците на оваа теорија, вистинското значење на правната норма се открива тогаш кога нормата ќе се анализира во даден општествен контекст (правен, политички, економски, социјален итн.)[9].

Современата правна теорија смета дека субјективната и објективната теорија не треба да се сфаќаат како изолирани една од друга, и дека при толкувањето на правните норми пожелно е да се земат предвид постулатите и од едната и од другата теорија. На овој начин сфатено, толкувањето на правните норми претставува интелектуална активност преку која се утврдува намерата и целта на законодавецот, но истовремено се земаат предвид и општествените прилики во кои толкуваната правна норма треба да се применува. Тоа е неопходно бидејќи правната норма претставува апстрактно правило кое се применува на конкретни случаи кои настануваат во определена општествена стварност. Определување на улогата и значењето на толкувањето на правните норми преку комбинирање на постулатите од субјективната и објективната теорија во правната наука е познато како еволутивно гледиште за толкувањето[10].

Толкувањето како интелектуален процес и методите на толкување денес се предмет на проучување на посебна научна дисциплина наречена херменевтика[11].

[8] Види: M. Pavčnik, *Teorija prava: prispevek k razumevanju prava*, (GV Založba, Ljubljana, 2007), стр. 662. Критичарите на субјективната теорија забележуваат дека утврдувањето на намерата и волјата на законодавецот на што упатува оваа теорија е мошне тешко (речиси невозможно) ако се земе предвид дека законодавецот најчесто е колегијално тело со променлив состав каде за создавање на правната норма се одлучува со мнозинство гласови. Поаѓајќи од ова критичарите на субјективната теорија констатираат дека т.н. „волјата на законодавецот“ е дериват од волјите на физичките лица во негов состав, т.е. на мнозинството од тие лица. Како таква „волјата на законодавецот“ не може точно да се утврди од две причини: прво – затоа што може да се промени составот на законодавното тело и второ – затоа што се менува волјата на членовите на законодавното тело. Поблиску за ова: М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 119.

[9] Повеќе за ова види: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 271–271. Исто и: М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 119.

[10] Види: Ж. Бершел, *Обща теория теорија на правото,* 1993, стр. 227.

[11] Види: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 275. Исто и М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 113.

2. Видови толкувања на правните норми

1. Постојат повеќе видови толкувања на правните норми кои се определени по најразлични критериуми: а) субјектот кој го врши толкувањето, б) степенот на општост на толкувањето и в) методот на толкување.

а) Според *субјектот кој го врши толкувањето* на правните норми, се разликува ***официјално толкување*** и ***неофицијално толкување***[12].

- ***Официјалното толкување*** го вршат субјекти кои се со закон овластени или задолжени да вршат толкување на правните норми и тоа може да биде *автентично* и *службено*.

Автентичното толкување го врши органот кој го донел прописот. Во правниот систем на Р Македонија автентично толкување дава Собранието на Р Македонија[13] на правните норми содржани во законите[14]. Исто така, автентично толкување може да даде и друг субјект кој со закон е овластен да донесе определен општ правен акт. Така, на пример, автентично толкување има дадено Управниот одбор на Адвокатската комора на Република Македонија на членот 1 од Тарифата за награда и надоместок на трошоците за работа на адвокатите[15]. Управниот одбор на Адвокатската комора е органот кој согласно ставот 2, точка 5 од членот 34 на Законот за адвокатура[16] е надлежен да ја донесе Тарифата како општ правен акт, а како доносител дава и автентично толкување на

[12] Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 95. Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 280–281. М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 120–121.

[13] „*Собранието на Република Македонија:*
— го донесува и изменува Уставот;
— донесува закони и дава автентично толкување на законите; ...", чл. 68, Устав на Р Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 52/92.

[14] Собранието на Република Македонија има дадено повеќе автентични толкувања на правни норми како што се: Автентично толкување на членот 64 ставови 1 и 2 од Законот за денационализација („Службен весник на Република Македонија" број 20/98, 31/2000, 42/2003, 44/2007, 72/10, 171/10 и 55/13)) објавено во Сл. весник на РМ, бр. 43/14; Автентично толкување на членот 23 став 3 од Законот за договорен залог („Службен весник на Република Македонија" број 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/11 и 74/12), објавено во Сл. весник на РМ, бр. 92/12; Автентично толкување на членот 35 од Законот за изменување и дополнување на Законот за просторно и урбанистичко планирање („Службен весник на Република Македонија" бр. 91/2009), објавено во Сл. весник на РМ, бр. 04/10; Автентично толкување на членот 64 од Законот за денационализација, објавено во Сл. весник на РМ, бр. 20/09; Автентично толкување на членот 9 точка 3 од Законот за денационализација, објавено во Сл. весник на РМ, бр. 14/09 и др.

[15] Види: Автентично толкување на Тарифата за награда и надоместок на трошоците за работа на адвокатите, Сл. весник на РМ, бр. 111/15.

[16] Сл. весник на РМ. бр. 59/2002, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/11 113/12 и 148/15.

правните норми содржани во тој општ правен акт. Автентичното толкување има најголема правна сила затоа што е задолжително за сите субјекти во правото[17].

Официјалното толкување е толкувањето кое го вршат субјектите кои се задолжени да вршат толкување на правните норми во својата работа. Тоа се судовите, органите на државната управа и други субјекти со јавни овластувања кои донесуваат конкретни правни акти (пресуда, решение) со кои одлучуват за правата и обврските на физичките и правните лица. За разлика од автентичното толкување, официјалното толкување има помала правна сила, односно тоа е задолжително само за лицата на кои се однесува конкретниот правен акт (Така на пример: тужителот и тужениот како странки во парничната постапка се врзани за толкувањето на судот содржано во правосилната пресуда донесена по повод нивниот спор, учесниците во управната постапка се врзани за толкувањето на надлежниот управен орган содржано во правосилното и извршно решение со кое е одлучено по нивното барање, итн.).

Посебен вид официјално толкување е *толкувањето на Уставниот суд на Р Македонија* кога ја цени уставноста и законитоста на правните прописи, како и *толкувањето на Врховниот суд на Р Македонија* кога донесува начелни ставови и начелни правни мислења.

Толкувањето на Уставниот суд на Р Македонија при оценка на уставноста и законитоста на правните акти е задолжително за сите субјекти во правото, вклучувајќи го тука и законодавниот орган[18]. Овој вид официјално толкување значително се разликува од официјалното толкување на другите надлежни органи. Тоа не се однесува на примената на правната норма во конкретен случај, туку е апстрактно и ја проценува усогласеноста на хиерархиски пониска правна норма со хиерархиски повисока правна норма (усогласеноста на законска и подзаконска со уставна норма или усогласеноста на подзаконска со законска норма).

Врховниот суд на Р Македонија врши официјално толкување на правните норми, не само кога одлучува во конкретен случај, туку и кога донесува

[17] Некои автори сметаат дека автентичното толкување не е толкување во вистинска смисла затоа што законодавецот при толкувањето донесува нова норма со помош на која ја појаснува претходно донесената норма, така што тие стануваат составен дел од правниот систем. Така: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 281–282.

[18] „*Уставниот суд на Република Македонија:*
— одлучува за согласноста на законите со Уставот;
— одлучува за согласноста на другите прописи и на колективните договори со Уставот и со законите;...“, чл. 110, Устав на Р Македонија.

начелни ставови[19] и начелни правни мислења[20] со кои се определува како правната норма треба да се применува во правниот живот и кој е опсегот на нејзината примена. Ова толкување има за цел да обезбеди единство во примената на правните норми и е задолжително за сите судии на Врховниот суд.

- ***Неофицијално толкување*** е незадолжително толкување кое го вршат сите заинтересирани субјекти во правото[21]. Тоа може да биде *лаичко*, *стручно* и *научно*. *Лаичкото толкување* е толкување од страна на субјектите на правото кои немаат стручни познавања од областа на правото, т.е. не се правници. *Стручното толкување* го вршат правниците при извршување на својата професионална дејност (нотарите при извршување на нотарските работи, адвокатите кога даваат правна помош и ги застапуваат странките и сл.). *Научното толкување* е толкување на правната наука кое се разликува од стручното толкување, по тоа што е апстрактно и непристрасно. Правната наука со критички пристап го изучува и толкува правото такво какво што е (de lege lata), притоа давајќи насоки и сугестии за негов понатамошен развој (de lege ferenda).

---

[19] *„Начелен став –начелно правно мислење:*
I.Странките можат да склучат порамнување по предметот на спорот (судско порамнување) како пред парничниот суд од прв степен, така и пред парничниот суд од втор степен.
II.Судско порамнување пред првостепениот суд странките можат да склучат сè до правосилно завршување на спорот, односно до донесување на правосилна одлука.
III.Странките можат да склучат судско порамнување пред второстепениот суд само кога второстепениот суд одлучува на расправа, закажана по повод поднесената жалба.
IV.Судот од втор степен, не може да го врати административно предметот на првостепениот суд, по повод предлогот на подносителот на жалбата за склучување на судско порамнување, ако еднострано е предложено склучувањето на судското порамнување.
V.Кога странките предложиле склучување на судско порамнување по донесувањето на првостепена пресуда, против која е изјавена жалба, во записникот за судско порамнување, треба да се наведат податоци за првостепената пресуда, за поднесената жалба, изјавите на странките, начинот на кој се уредуваат односите (целосно или делумно). Кога странките со судското порамнување само делумно ги уредуваат односите, за преостанатиот спорен дел од граѓанско-правниот однос, ќе се одлучува по жалбата против првостепената пресуда.
VI.Доколку се склучи судско порамнување пред првостепениот суд, а предметот е испратен по жалба пред второстепениот суд, во тој случај првостепениот суд е должен да го извести второстепениот суд за склученото судско порамнување, а тоа може да го сторат и странките.“донесен на Општата седница на Врховниот суд на Република Македонија одржана на 9.12.2009 година.

[20] „*Начелно правно мислење: Договорот за награда за адвокатски услуги склучен помеѓу адвокат полномошник и странка, во делот со кој висината на наградата се определува во процентуален износ, а ќе биде пресметана по правосилното окончување на постапката, кога судот ќе донесе одлука за висината на надоместот – сумата ќе стане неспорна, Е НИШТОВЕН*“, донесено на Општата седница одржана на ден 1.3.2012 година.

[21] Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 95. Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 283–286. М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 120–121.

Стручното и научното толкување на правните норми како видови неофицијално толкување не се задолжителни и не ги обврзуваат субјектите на правото, меѓутоа и покрај тоа тие имаат значајна улога во правниот живот. Цивилистите укажуваат дека стручното и научното толкување на правните норми кое е убедливо и поткрепено со цврсти аргументи, може да обврзе со својата „морална сила“[22], или поточно да влијае врз субјектите кои вршат официјално толкување истото да го прифатат и на тој начин да го трансформираат во официјално толкување.

б) Во зависност од степенот на општост на толкувањето на правните норми, тоа може да биде ***айсшракшно (ойшшо)*** и ***каузално***[23].

- ***Айсшракшно шолкување*** е толкувањето кое не е директно поврзано со примената на правната норма на конретен случај како што е автентичното толкување, толкувањето на Уставниот суд на Р Македонија и научното толкување.

- ***Каузалнош шолкување*** е толкување на правната норма поврзано со нејзината примена во конкретен случај. Како каузално толкување се смета официјалното толкување кое го вршат судовите и надлежните органи кога со конкретни правни акти одлучуваат за правата и обврските на физичките и правните лица, толкувањето на Врховниот суд при донесување начелни ставови и начелни правни мислења, како и нефицијалното лаичко и стручно толкување.

в) Според *мешодош на шолкување,* толкувањето на правните норми може да биде: ***јазично***, ***лоīичко***, ***сисшемско***, ***исшориско*** и ***шелеолошко***.

- ***Јазичнош шолкување*** е толкувањето на правните норми со утврдување на нивното јазично значење[24]. Користењето на знаците на јазикот е прв и основен метод на толкувањето на правната норма затоа што секое запознавање со нејзината содржина започнува со толкување на значењето (лексичко, граматичко, синтаксичко, интерпункциско) на зборовите и речениците со кои е изразена правната норма. Недостатокот на јазичното толкување произлегува од фактот што јазикот како средство за комуникација е несовршен, па определени зборови и изрази може да имааат повеќе значења, или да се нејасни, што доведува до тоа различно да бидат интерпретирани од страна на субјектите на кои им се упатени. Оваа појава во правото е непожелна затоа што создава правна несигурност. Во случаите кога јазичното толкување не е доволно за да на јасен

[22] Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 95.
[23] Види: М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр.120.
[24] Види: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 96. Исто и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 305. Како и М. *op.cit,* ф. 5, стр. 121.

и недвосмислен начин се утврди значењето на правната норма, дополнително се применуваат другите методи на толкување.

- ***Логично толкување*** претставува толкување на правните норми со примена на логичките методи: *аналогија*, *argumentum a contrariio*, *argumentum a maiori ad minus*, *argumentum a minori ad maius* и *argumentum a fortiori*. Ова толкување на правните норми се смета како надополнување на јазичното толкување и е од особено значење кога јазичните изрази се недоволно јасни и противречни. Со примена на логичките методи се навлегува во суштинското значење на правната норма која во крајна линија мора да биде логична, како што правниот систем мора да претставува единствена и усогласена логична целина.

Аналогијата е логички метод преку кој се овозможува проширување на примената на една правна норма на граѓанскоправни односи кои не се регулирани со нејзината содржина[25]. Во цивилната доктрина се истакнува дека правните норми како апстрактни правила не можат секогаш да ги предвидат сите можни ситуации кои ќе настанат во правниот живот, посебно ако се земе предвид фактот дека граѓанскоправните односи се динамични и постојано се развиваат и менуваат. Тоа е причината за настанување на т.н. „правни празнини“ во уредувањето на граѓанскоправните односи. Овие правни празнини при толкувањето на правните норми се пополнуваат со користење на аналогијата како логички метод. Аналогијата може да биде *законска* и *правна*. *Законската аналогија* подразбира користење на постојна правна норма од определен правен пропис како основа за уредување на сличен однос, но кој не е уреден со нејзината содржина. Така, на пример, во членот 119 на Законот за сопственост и други стварни права[26] (понатаму: Закон за сопственост) е содржана одредба со која се пропишува кој ќе стекне право на сопственост на објектот со земјиштето кога и градителот и сопственикот на земјиштето се совесни лица[27]. Меѓутоа, Законот

[25] Види: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 99. Исто и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 239.

[26] Сл. весник на РМ, бр. 18/2001, 92/2008, 139/2009 и 35/10.

[27] *„Ако градителот е совесен, во смисла на одредбите на член 117 ставови 1 и 2 од овој закон, а сопственикот на земјиштето не знаел за изградбата, во случај кога вредноста на градежниот објект е значително поголема од земјиштето, градежниот објект заедно со земјиштето му припаѓа на градителот, а тој за земјиштето му должи на сопственикот надоместок според пазарна цена на земјиштето.*

Ако вредноста на земјиштето е значително поголема судот, по барање на сопственикот на земјиштето, градежниот објект ќе му го досуди нему и ќе го обврзе да му ја надомести на градителот градежната вредност на објектот според градежната цена на објектот во местото во кое се наоѓа.

Ова барање сопственикот може да го поднесе во рок од три години од денот на завршувањето на изградбата на градежниот објект.

Ако градителот е совесен, а сопственикот на земјиштето не знаел за изградбата, во случај кога вредноста на градежниот објект и вредноста на земјиштето е приближно еднаква, градежниот објект, односно градежниот објект и земјиштето, судот ќе му ги досуди на сопственикот на земјиштето или на градителот, водејќи сметка за нивните потреби, а посебно за нивните

не содржи одредба како да се постапи доколку и двете лица се несовесни, што значи за таков случај постои правна празнина. Оваа правна празнина може да се пополни со аналогна примена на одредбите од членот 119 на Законот. Имено, со членот 119 се уредува граѓанскоправен однос во кој совесноста не може да биде одлучувачки факт за стекнување право на сопственост на земјиштето со објектот – и двете лица се совесни, па од тој аспект се во иста правна положба. Затоа при утврдување кое лице ќе се стекне со правото на сопственост одредбата упатува на други правни факти (вредноста на објектот и на земјиштето, станбените прилики и сл.). Со оглед на тоа што во членот 119 други правни факти (а не совесноста) се одлучувачки за стекнување на правото на сопственост, по пат на правна аналогија доаѓаме до заклучокот дека истата одредба е применлива и на сличен граѓанскоправен однос, т.е. однос во кој и градителот и сопственикот на земјиштето се несовесни. Во одредени случаи и самиот законодавец упатува на примена на законска аналогија (На пример: одредбите од членот 21 на Законот за сопственост: „*Стеблото на дрвото му припаѓа на сопственикот на онаа недвижност од чиешто земјиште израснало дрвото, без оглед каде се надвиваат гранките или каде се протегаат корењата на дрвото. Дрвото коешто израснало на самата меѓа е во сосопственост на соседите на обете страни на меѓите на земјиштето. Одредбите од ставовите 1 и 2 на овој член* ***соодветно*** *се применуваат и на други растенија.*“, како и одредбата од членот 618 на Законот за облигационите односи[28] „*Во сè друго на договорот за послуга* ***соодветно*** *се применуваат одредбите од договорот за закуп.*“). Кога толкувањето се врши со *правна аналогија,* не се зема предвид постојна правна норма, туку принципите на граѓанското право (слободна иницијатива, еднаквост на страните, преносливост на правата, имотна санкција, совесност и чесност, правичност и правна сигурност). Со помош на правната аналогија се наоѓа правно решение за сите оние граѓанскоправни односи кои не се уредени со закон, ниту пак, имаат заеднички обележја со веќе уредени граѓанскоправни односи (бидејќи не е применлива законската аналогија).

За толкувањето на правните норми по пат на аналогијата важно е да се укаже на потребата од нејзина „соодветна примена“.

Кај законската аналогија „соодветна примена“ значи дека треба да се внимава на сличностите и разликите во одлучувачките факти помеѓу уредениот и неуредениот граѓанскоправен однос, бидејќи сличностите ја овозможуваат примената на правната аналогија, под претпоставка дека разликите не ја ис-

станбени прилики.
На сопственикот на земјиштето, односно на градителот му припаѓа надоместок за земјиштето, односно за градежниот објект според одредбата од став 1 на овој член.“, чл. 119, Закон за сопственост...

[28] Сл. весник на РМ, бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/09.

клучуваат нејзината примена. Така на пример, со членот 187 на Законот за сопственост е уредено правото на правна заштитата на владението на наследниците: „*Секој наследник е овластен да го штити владението што од оставителот преминало на наследниците,* ***од неовластеното смеќавање или одземање на трето лице.***“. Анализата на цитираната одредба покажува дека законодавецот не ја уредува можноста за правна заштита на владението на наследникот против неовластено смеќавање или одземање од страна на останатите сонаследници. Со оглед на тоа што во одредбата одлучувачки факт за настанок на правото на правна заштита на владението е неовластеното смеќавање или одземање да биде извршено од трето лице, призлегува дека таа не може аналогно да се примени и за сонаследниците. Во овој случај несоодветно е да се примени законска аналогија, затоа што разликите во одлучувачките факти помеѓу уредениот и неуредениот граѓанскоправен однос ја исклучуваат нејзината примена. Меѓутоа, ако се земе предвид дека наследниците истовремено се и совладетели на оставината, во овој случај може да се примени одредбата на ставот 1 од членот 186 на Законот која пропишува дека: „*Секој совладетел е овластен да го штити совладението пред суд од неовластено смеќавање или одземање на трето лице, а од другите совладетели само ако потполно го исклучиле од дотогашното совладение или битно му го ограничиле до тогашниот начин на извршување на фактичката власт.*“ Во второв случај, примената на законската аналогија е соодветна прво – поради сличноста меѓу граѓанскоправните односи, и второ – бидејќи не постојат разлики кои би ја исклучиле нејзината примена.

Соодветна примена на правната аналогија подразбира прво да се утврди дали неуредениот правен однос по својата природа е граѓанскоправен, односно дали е имотен однос (изразлив во пари) и дали настанал помеѓу физичко лице од една страна и физичко или правно лице од друга страна.

Argumentum a contrariio е логички метод за толкување на правните норми со помош на кој се определуваат границите на примена на правната норма, а со тоа и случаите во кои примената на таа правна норма е исклучена[29]. Така на пример, со одредбата на ставот 1 од членот 226 на Законот се определени правните основи за настанок на правото на залог: „*Правото на залог може да се заснова врз основа на* ***договор*** *(договорно заложно право),* ***судска одлука*** *(судско заложно право) и* ***закон*** *(законско заложно право) на начин определен со закон.*“ Со примена на методот argumentum a contrario доаѓаме до заклучок дека правото на залог не може да се заснова врз основа на одлука на надлежен државен орган, бидејќи со цитираната одредба таксативно се определени правните основи за заснoвање право на залог. Како друг пример може да се наведе одредбата од членот 44 на Законот за градежно земјиште[30]: „*На градеж-*

[29] Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 101. Исто и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 294

[30] Сл. весник на РМ, бр. 15/15, 98/15, 193/15, 226/15, 31/16, 142/16 и 190/16.

нойо земјишйе сойсйвеносй на физички и йравни лица може да се заснова реален йовар". Ако на цитираната одредба го примениме методот argumentum a contrario, доаѓаме до заклучок дека правото на реален товар не може да се заснова на градежно земјиште во државна и на градежно земјиште во општинска сопственост.

За да не дојде до поистоветување на аналогијата и argumentum a contrario, треба да се имаат предвид различните цели кои се остваруваат преку овие логички методи. Целта на аналогијата е да се прошири примената на правната норма на неуредени граѓанскоправни односи кои се слични со уредениот граѓанскоправен однос. Argumentum a contrario пак, се користи со цел да се определи на кои граѓанскоправни односи не може да се примени толкуваната правна норма.

Argumentum a maiori ad minus подразбира донесување заклучок од поголемо кон помало, односно определување на примената на правната норма од аспект на овластувањата кои произлегуваат од таа норма[31]. Во оваа смисла, ако определена норма дава поголеми овластувања, тоа значи дека од нормата произлегуваат и помали овластувања. При донесување на ваков заклучок треба да се внимава толкувањето да се врши во рамките на граѓанскоправниот однос кој е уреден со правната норма. На пример, со ставот 1 од членот 8 на Законот за сопственост се определени овластувањата на носителот на правото на сопственост: „*Сойсйвеникой има йраво својаша сшвар да ја држи, целосно да ја корисши и да **расйолаīа** со неа йо своја волја, доколку йоа не е сйройивно на закон или на некое йраво на друīо лице.*". Со примена на arumentum a maiori ad minus заклучуваме дека „*расйолаīање*" како сопственичко овластување ги опфаќа сите начини на располагање со стварта како што се отуѓувањето на стварта (продажба, размена, дар и сл). оптоварувањето (востановување залог, службеност), давањето под закуп, на послуга, па дури и уништувањето на стварта. Argumentum a maiori ad minus може да се примени и на одредбата на ставот 2 од членот 158 на Законот за сопственост и други стварни права: „*Несовесниой држаíел е должен да ја надомесйи вредносйа на собраниíе йлодови шйо īи йойрошил, **ойуīил** или унишйил, како и вредносйа на йлодовийе шйо йройушйил да īи собере*". Со примена на овој метод се утврдува дека терминот „*ойуīил*" се однесува на плодовите кои несовесниот државел ги продал, подарил или разменил во времето додека ја држел стварта.

Argumentum a minori ad maius е логички метод кој подразбира носење заклучоци од помало кон поголемо со негативно значење[32]. Ако со правната норма е пропишано дека субјектите на правото не можат да остварат помало овластување, тоа значи дека не можат да остварат и поголемо овластување. Во

[31] А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 101. Исто и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 294–295

[32] Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 101-102. Исто и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 295.

Законот за експропријација[33] е пропишано дека во случаите кога имотниот лист за недвижноста содржи прибелешка на предлогот за експропријација „...*Правното дело со кое се врши* ***промет*** *на недвижноста...е ништовно.*" (чл. 28, ст. 3). Со примена на методот argumentum a minori ad maius доаѓаме до заклучок дека, ако законодавецот го забранува прометот (отуѓувањето) со недвижноста, тогаш го забранува и секое друго располагање со таа недвижност (ставање под хипотека, давање под закуп и сл.).

Argumentum a fortiori е логички метод на толкување на правната норма според кој, ако постои еден основ за примена на правната норма, дотолку повеќе таа ќе се примени при постоење на повеќе основи или посилен основ за нејзина примена[34]. Во одредбата на членот 160 на Законот за облигационите односи е пропишано дека: „*За штета од опасен предмет одговара неговиот имател, а за штета од опасна дејност одговара лицето кое се занимава со неа*.". Од одредбата произлегува дека имателот на опасниот предмет, односно вршителот на опасната дејност одговараат за причинетата штета од тој предмет, односно дејност без оглед на вината. Примената на методот argumentum a fortiori значи дека овие лица дотолку повеќе треба да сносат одговорност ако штетата ја причиниле намерно или од невнимание.

- Системско толкување на правните норми подразбира утврдување на значењето на правната норма во зависност од нејзиното место што го зазема во системот на правото, односно во правниот пропис во кој е содржана[35]. Во оваа смисла правните норми содржани во делот од законот насловен како „Општи одредби" се смета дека се применливи во поглед на сите односи кои се уредени со тој закон. Така, на пример, одредбата на ставот 1 од членот 63 на Законот за сопственост според која „*Секој заедничар може да бара утврдување на делот во заедничката ствар, ако такво утврдување е допуштено и можно*", се толкува дека е применлива за сите видови заедничка сопственост (заедничка сопственост во брачна заедница, заедничка сопственост во брачна заедница, заедничка сопственост во наследничка заедница и заедничка сопственост во семејна заедница). Тоа е затоа што цитираната одредба се наоѓа во одделот „*Општи одредби*" на делот „*II. Заедничка сопственост*", што значи станува збор за општа одредба за сите видови заедничка сопственост. Од друга страна пак, одредбите од Отсекот 1 „*Заедничка сопственост во брачна и вонбрачна заедница*" се смета дека не се однесуваат на заедничката сопственост во наследничка заедница и на заедничката сопственост во семејна заедница.

- Историско толкување претставува утврдување на смислата на нормата во зависност од причините и околностите кои довеле до нејзино донесу-

33 Сл. весник на РМ, бр. 95/12, 131/12, 24/13, 27/14, 104/15, 192/15 23/16 и 178/16.
34 Види: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 101. Слично и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 295
35 А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 96.

вање[36]. Тие причини и околности најчесто се составен дел од документите со кои се подготвува донесувањето на правниот пропис како што се проект, студија, нацрт на закон, предлог на закон и сл.

- ***Телеолошко толкување*** на правните норми подразбира утврдување на целта поради која законодавецот донел определена правна норма. Во правната наука се подвлекува дека телеолошкото толкување на правните норми служи како надополнување, но истовремено и коректив на другите методи на толкување на правните норми[37]. Затоа, со право се смета дека при утврдување на значењето на правната норма секогаш треба да се имаат предвид и целите кои треба да се постигнат со примената на таа норма. Така на пример, со Законот за земјоделско земјиште се забранува физичка делба на земјоделското земјиште помало од 2 хектари[38] со цел да се спречи уситнување на парцелите земјоделско земјиште. Слична цел, односно окрупнување на земјоделското земјиште, има и одредбата на Законот за земјоделско земјиште со која се уредува размената на земјоделско земјиште во државна сопственост со земјоделско земјиште во приватна сопственост[39], а окрупнување на парцелите земјоделско земјиште е една од целите и на Законот за консолидација на земјоделско земјиште[40].

2. ***Екстензивното*** и ***рестриктивното толкување*** на правните норми различно се објаснуваат во правната наука. Некои автори ги третираат како видови јазично толкување на правните норми[41], според други тоа се посебни начини на толкување на правните норми[42], додека трети ги објаснуваат како резултати од јазичното и логичното толкување на правните норми, каде покрај екстензивното и рестриктивното толкување постојат уште и потврдно, корективно и поништувачко толкување[43].

- ***Екстензивното толкување*** подразбира определување на пошироко значење на правната норма кое опфаќа повеќе правни ситуации. На пример, одредбата на ставот 2 од членот 9-а на Законот за облигационите односи опреде-

36 Види: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 96. Исто и: Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 297–298.

37 Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 97.

38 Види: чл. 15-а, Закон за земјоделско земјиште, Сл. весник на РМ, бр. 135/2007, 18/11, 148/11, 95/12, 79/13, 87/13, 106/13, 164/13, 39/14, 130/14, 166/14, 72/15, 98/15, 154/15, 154/15, 215/15, 7/16 и 39/16.

39 Види: чл. 16, Закон за земјоделско земјиште...

40 Сл. весник на РМ, бр. 187/13 и 61/16.

41 Така. Д. Бајалџиев, *op.cit,* ф. 5, стр. 308–309.

42 Така: А. Групче, *op.cit,* ф. 5, стр. 98.

43 Потврдното е толкување со кое се потврдува јазичното значење на правната норма како потполно и адекватно. Преку корективното толкување се исправаат очигледните грешки во содржината на правната норма со примена на логичките методи. Со поништувачкото толкување нормата се определува како нејасна и противречна од аспект на јазикот и логиката, па во таа смисла и неприменлива во правниот живот. Така: М. Павлова, *op.cit,* ф. 5, стр. 125–126.

лува: „*Како лични права, во смисла на овој закон, се подразбираат правата на живот, телесно и душевно здравје, чест, углед, достоинство, лично име, приватност на личниот и семејниот живот, слобода, интелектуално творештво и други лични права.*" Содржината на одредбата упатува на нејзино екстензивно толкување, односно дека правна заштита согласно Законот за облигационите односи уживаат и другите лични права, а не само оние кои се наброени во цитираниот став. Исто така, одредбата на ставот 1 на членот 126 на Законот за наследување[44] според која: „*Кога наследниците се непознати или се со непознато престојувалиште, како и во други случаи кога е тоа потребно, судот ќе постави привремен старател на оставината кој ќе ги застапува наследниците.*", треба екстензивно да се толкува во смисла дека старател на оставината може да се постави и доколку наследниците се деловно неспособни лица кои немаат свој законски застапник и во други слични околности.

- ***Рестриктивното толкување*** на правната норма ѝ дава потесно значење, односно ја ограничува нејзината примена на помал број правни ситуации. На пример, одредбата на ставот 3 од членот 207 на Законот за сопственост: „*Ако е поделена послужната ствар, стварната службеност останува само на деловите на кои е вршена.*" треба рестриктивно да се толкува. Што значи дека при поделба на послужната ствар се смета дека вршењето на правото на службеност е органичено само на делот или деловите на послужната недвижност каде сè уште постои потреба тоа да се врши. Останатите делови од послужната недвижност остануваат неоптоварени со право на стварна службеност. Исто и одредбата на ставот 2 од членот 10 на Законот за облигационите односи според која: „*Обврската може да се згасне само со согласност на волјите на учесниците во облигациониот однос или врз основа на закон.*", треба рестриктивно да се толкува. Од цитираната одредба произлегува дека обврската (а со тоа и должноста за исполнување на обврската) згаснува врз основа на договор меѓу учесниците во тој облигационен однос или во случаи определени со закон, но не и со еднострана изјава на волја на еден од учесниците во облигациониот однос или на друг сличен начин.

Неспорно е дека екстензивното и рестриктивното толкување се составен дел од процесот на толкување на правните норми. Притоа, дали една норма ќе биде толкувана екстензивно или рестриктивно зависи од нејзиното јазично, логичко, системско, историско и телеолошко толкување, па во таа смисла екстензивното и рестриктивното толкување ја означуваат завршната фаза во процесот на толкување на правните норми.

[44] Сл. весник на РМ, бр. 47/96.

БИБЛИОГРАФИЈА

Бајалџиев Д., *Вовед во правото, Право,* Македонска ризница, Куманово, 1999;
Бершел Ж., *Обща теория теорија на правото,* 1993;
Групче А., *Граѓанско право (Општ дел),* Култура, 1980;
Закон за адвокатура Сл. весник на РМ, бр. 59/2002, 60/2006, 29/2007, 106/2008, 135/11 113/12 и 148/15;
Закон за градежно земјиште Сл. весник на РМ, бр. 15/15, 98/15, 193/15, 226/15, 31/16, 142/16 и 190/16;
Закон за експропријација Сл. весник на РМ, бр. 95/12, 131/12, 24/13, 27/14, 104/15, 192/15 23/16 и 178/16;
Закон за земјоделско земјиште, Сл. весник на РМ, бр. 135/2007, 18/11, 148/11, 95/12, 79/13, 87/13, 106/13, 164/13, 39/14, 130/14, 166/14, 72/15, 98/15, 154/15, 154/15, 215/15, 7/16 и 39/16;
Закон за консолидација на земјоделско земјиште Сл. весник на РМ, бр. 187/13 и 61/16;
Закон за облигационите односи Сл. весник на РМ, бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/09;
Закон за Собранието на Република Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 104/09;
Закон за сопственост и други стварни права Сл. весник на РМ, бр. 18/2001, 92/2008, 139/2009 и 35/10.
Павлова М., *Гражданско право, Обща част, Том първи,* Софи-Р, 1995;
Pavčnik M., *Teorija prava: prispevek k razumevanju prava*, GV Založba, Ljubljana, 2007;
Устав на Р Македонија, Сл. весник на РМ, бр. 52/92, Закон за наследување Сл. весник на РМ, бр. 47/96.

Prof. Dr.sc Rodna Zivkovska[45]
Prof. Dr.sc Tina Przeska[46]

INTERPRETATION OF LEGAL NORMS IN CIVIL LAW

Summary

Subject of analysis in this paper is the importance of interpretation of legal norms in civil law, also the types and methods of interpretation. The paper examines the emergence and development of the interpretation process beginning form Roman law to contemporary law. Interpretation of legal norms is viewed from the perspective of two dominant theories – objective and subjective. The paper also analyses the types of interpretation of legal norms depending on the interpreter, the degree of generalization in interpretation and the methods for interpretation. The accent is placed on interpretation of legal norms in the area of civil law.

Key words: *interpretation, methods for interpretation, authentic interpretation, official interpretation, logical methods, civil law, legal norms.*

[45] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[46] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Сашо Георгиевски[1]

ЕВРОПЕИЗАЦИЈА НА МАКЕДОНСКОТО СУДСТВО ВО ПРОЦЕСОТ НА ПРИСТАПУВАЊЕ НА РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА КОН ЕВРОПСКАТА УНИЈА
– во прилог кон расправата околу потребната адаптација на правната култура кај македонското судство

УДК:
347.962:341.171(4-672ЕУ:497.7)
316.334.4
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Во трудот е понудена анализа на односот помеѓу европската правна култура и културата негувана од македонските судии. Анализата е со цел да се дадат одговори на повеќе основни прашања кои го тангираат феноменот на правната култура кај македонското судство со оглед на меѓународните и европските правни предизвици. Потребата за постепено менување на локалната правна култура преку нејзино прилагодување на „европската правна култура“ кај македонските судии (и пошироко, кај правниците), се чини, неспорна, како дел од неопходната „европеизација“ на судството и судската пракса во евроинтеграцискиот контекст.

Анализата покажува дека, покрај фактот што македонската правна култура се засновува врз исти темели врз кои е фундирана и европската правна култура, постои сериозно отстапување кај културата негувана од македонските судии во однос на европската правна култура, што се изразува преку посебната свест или ментални навики стекнати од судиите (воопшто, правниците) во тековното работење уште во времето на социјализмот, а кои сè уште доминираат во денешно време. Упорното негување на оваа свест и по демократизацијата на македонскиот поредок може да се објасни преку различни фактори, вклучувајќи го авторитарниот карактер на фактичко владеење вкоренет во македонскиот политички систем, кој силно се наметнува врз судството, како и природниот нагон кај судиите, свесно, или, несвесно, да им се потчинуваат на наметливите власти, или, преку други психолошки фактори. Истиот може да се објасни и преку недоволното разбирање кај

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

судиите на основните правни категории предизвикани од авторитарниот дискурсивен пристап кон создавањето и примената на правото, кој ја наджива демократизацијата на порядокот, а кој предизвикува семантичка дисонанца во однос на новоусвоените темелни принципи врз кои се засновува новиот поредок. Понатаму, преку правното образование кое им се нуди на тековните и идни судии (професионални правници), институционалните притисоци кои ја спречуваат промената на свеста кај судиите и мноштво други фактори, што сè заедно, бара посериозно истражување на еден аналитички и систематизиран начин.

Неопходна е адаптација на тековната правна култура кај македонските судии со оглед на „европската правна култура," во контекст на „европеизацијата" на македонските судови како клучна компонента во евроинтеграцискиот процес. Во таа смисла, би требало да се направи една сеопфатна научно-фундирана анализа, пред сè, на моменталната правна култура кај судиите (воопшто, кај професионалните правници), врз основа на што би се отворила широка и континуирана расправа во најширок состав, со учество на судиите, обвинителите, адвокатите и другите учесници во правосудството, понатаму, на академските правници, претставниците на Академијата за судии и јавни обвинители, надлежните министерства и други релевантни чинители.

Клучни зборови: *правна култура, европеизација, судии, македонско судство.*

Фактот што меѓународното право и правото на Европската Унија нашироко навлегуваат во македонскиот правен поредок пр,едизвикува сериозни прашања околу потребното менување на односот на домашните судии (воопшто, правниците) кон начинот на поимање и практикување на правото.[2] Прашањето е уште поакутно, кога ќе се постави во контекст на идното зачленување на Република Македонија во Европската Унија, кога правото на Унијата целосно ќе навлезе *во* и ќе се наметне *врз* македонскиот поредок заради делувањето на принципите на директен ефект и супрематија на правото на ЕУ во поредоците на државите членки.[3] На тоа се надоврзува и сериозниот предизвик

[2] Види Georgievski, Sašo, Ilina Cenevska, and Denis Prešova, "Application of the Law of the European Union in the Republic of Macedonia," во, Georgievski Sašo, and Veronika Efremova (Ch. eds.). *European Union Law Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant Countries from South-East Europe*. Skopje: Centre for SEELS, 2014. Околу истото во контекст на регионот на ЈИЕ, Види го последното цитирано дело и Rodin,Siniša and Tamara Perišin (eds.). *Judicial Application of International Law in Southeast Europe*. Springer, 2015.

[3] Околу принципите на директен ефект и супрематија на правото на ЕУ во внатрешните поредоци

на справување со т.н. увоз на правни „импланти“ во домашниот поредок на кој укажуваат авторите,[4] вклучително и во ЕУ, а кој е особено изразен во контекст на претерано формализираниот и техницизиран процес на хармонизација на домашното законодавство со она на ЕУ.

Гледан во поширокиот евроинтеграциски контекст, предизвикот на потребното прилагодување на македонските судии (и правници) кон феноменот на забрзана пенетрација на меѓународното право и правото на ЕУ во домашниот правен систем е, всушност, многу подалекусежен и се поставува како *прашање на соодветноста на локалната „правна култура“* со онаа претпоставено изградена на меѓународно и европско ниво. Од една таква поширока перспектива, во својот фундамент, темата на локално-изградената правна култура од страна на македонските судии (и правници) *vis-à-vis* европската правна култура *тангира далеку потемелен контекст* од оној на примената на меѓународното и европското право во домашниот поредок. Таа допира до некои најосновни теми, какви што се *улогата на судството во демократски-заснованиот уставен поредок*, за кои се определи македонското општество на почетокот на 90-тите години од минатиот век, или, пошироко, улогата на судството во задоволувањето на основните општествени барања иманентни на новиот уставен поредок, вклучително и *да обезбеди владеење на правото и ефективна заштита на човековите права*.

Независно од контекстот, потребата за постепено менување на локалната правна култура преку нејзино прилагодување на „европската правна култура“ кај македонските судии (и пошироко, кај судиите во ЈИЕ),[5] се чини, неспорна, како дел од неопходната „европеизација“ на судството и судската пракса во евроинтеграцискиот контекст.[6]

Види Craig, Paul, and Grainne De Burca. *EU Law – Text, Cases and Materials*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2011, Chapter 7 и авторите наведени на тоа место.

4 Повеќе Види кај Nelken, David and Johannes Feest (eds.). *Adapting Legal Cultures*. Portland, Oregon: Hart Publishing. 2001.

5 Георгиевски, Сашо, „Интернализација на меѓународното право во правниот поредок на Република Македонија,“ во *V Zagrebačko-Skopski pravni kolokvij – Zbornik radova*. Zagreb:Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet, 2015, 7, на стр.32. Сличен заклучок во контекст на судиите во регионот на ЈИЕ, Види кај: Rodin, Siniša, “Functions of Judicial Opinions and the New Member States,” во *The Legitimacy of Highest Courts' Rullings, Judicial Deliberations, and Beyond*, edited by Nick Hulls, Maurice Adams, and Jacco Bomhoff., Asser Press, 2009,“ 369; и “Discourse and Authority in European and Post-Communist Legal Culture,” vol. 1 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (2005), достапно на http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/1/1; Georgievski, Sašo, “Application of the Law of the European Union by the SEE National Courts: Comparative Overview of Current Situation,” во, Georgievski and Efremova (Ch. eds.). *European Union Law Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant Countries from South-East Europe*, на стр.180 и 185.

6 Albi, Anneli. *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, стр. 52 (авторот ја посочува потребата за остварување на „судска хармонизација“ во земјите кандидати за членството во Унијата како процес кој мора да

Поаѓајќи од тоа, во овој труд, накратко ќе се обидеме да откриеме некои релевантни аспекти околу анализата на односот помеѓу европската и македонската правна култура и да дадеме сумарни одговори на повеќе основни прашања кои го тангираат феноменот на правната култура кај судството во Република Македонија со оглед на меѓународните и европските правни предизвици. Во таа смисла, трудот има скромна цел, која се состои повеќе во тоа да иницира една сеопфатна анализа и расправа, отколку да даде конечни одговори или оценки околу правната култура во Република Македонија.

Анализата на односот помеѓу европската правна култура и онаа својствена за македонското судство ќе ја изведеме на следниот начин: по воведните објаснувања околу поимот на правната култура и некои методолошки забелешки поврзани со истражувањето на предметот на трудот, накратко ќе бидат изложени основните белези на континентално-европската правна култура, како основна референтна точка кај споредбената анализа на правната култура на македонските судии. Врз таквата основа следува расправа околу ограничената правна култура на македонските судии – наследена уште од времето на социјализмот, како и околу причините кои го објаснуваат доследното негување на текстуалниот позитивизам од македонските судии, како основен белег на нивната правна култура. На крајот се поместени заклучни согледувања и некои препораки за подобрување на состојбите во таа смисла.

Во анализата ќе појдеме од претпоставката дека помеѓу европската и македонската култура нема разлики во корен, но дека отстапувањето на македонската од европската култура повеќе се сведува на различната свест или ментални навики историски стекнати од судиите уште во екс-социјалистичкото време и сѐ уште негувани во нивното тековно работење. Свеста и навиките на судиите се, особено, манифестирани преку т.н. „рестриктивен текстуален позитивизам" како доминантен белег на правната култура во македонското судство, а, кој се јавува како еден од основните ограничувачки фактори кои го слабеат капацитетот на македонското судство да одговори на предизвиците на европеизацијата во рамките на евроинтеграцискиот прерогатив.

ја следи хармонизацијата на домашното право што се одвива на законодавно ниво). Според една упростена дефиниција, „европеизацијата," како процес кој се одвива, подеднакво, во државите членки и државите кандидатки за членство во ЕУ, може да се објасни како „институционално, стратешко и нормативно прилагодување на [системот на односната држава] предизвикан од европската интеграција." EPPIE, "Analyser l'europeanisation des politiques publiques," in *L'Europe en action: l'europeanisation dans une perspective compare*, Palier, Bruno, and Yves Surel (eds.). Paris. L'Harmattan, 2007 (преводот од англиски е од авторот). Од богатата литература посветена на европеизацијата, Види Radaelli, C., "The Europeanisation of Public Policy: Theory, Methods and the Challenge of Empirical Research," in *The Politics of Europeanisation*, Featherstone, K. and C. Radaelli (eds.). Oxford: Oxford University Press, 2003 и останатите статии содржани во ова дело.

Околу правната култура – интерна и екстерна правна култура

Евидентирањето на карактерот на одредена „правна култура," како што вели еден автор, „...е подеднакво тешко како тоа да се насликува еден дух."[7] Во теоријата, поимот на „правната култура" се определува најразлично, во зависност од тоа што сè ќе се земе како елемент на дефиницијата на правната култура и во каков опсег ќе се поима оваа култура. Лоренс Фридман, на пример, правната култура ја дефинира како „идеи, вредности, очекувања и однесување кон правото и правните институции, кои ги поседува одредена јавност или дел од јавноста."[8] Поврзано со тоа, тој прави разлика помеѓу т.н. „екстерна" правна култура, или, правната култура присутна кај пошироката јавност и „интерна" правна култура, или, културата создадена и негувана од професионалните правници.[9] Интерната правна култура, пак, ја определува преку „... вредностите, идеологиите и принципите на адвокатите, судиите и другите кои работат во волшебниот круг на правниот систем."[10]

Во некои други дефиниции, како онаа на Пјер Легранд, интерната правна култура, примарно, се поврзува со специфичната улога на професионалните правници (судиите) и нивната свест или менталитет (*mentalité*),[11] така што, според овој автор, на пример, британскиот правник никогаш не би бил подготвен да влезе во чевлите на неговиот германски колега бидејќи тој неизбежно би размислувал различно од германскиот правник.[12]

Или, во верзијата на Карло Туори, правната култура се наоѓа *под* и ја „храни" површината т.е. пишаното право, а, зависи од „длабоките структури на правото," поврзани со рационалноста, правната логика и фундаменталните концепти на правото.[13] Правната култура, според последното објаснување,

---

[7] Arold, Nina-Louisa. *The Legal Culture of the European Court of Human* Rights. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 2007, на стр. 85.

[8] Friedman, Lawrence. "The Concept of Legal Culture: A Reply," во, Nelken, David and Johannes Feest (eds.), *Comparing Legal Cultures*. Darmouth: Aldershot, 1997, 34, на стр.34. Cotterell, меѓутоа, укажува на непрецизноста на оваа формулација, со тоа што, таа е, сепак, корисна „... заради нејзиното подвлекување на неограничената сложеност и различност на социјалната подлога во која опстојат современите државни правни системи." Cotterell, Roger, "The Concept of Legal Culture," во, Nelken and Feest (eds.), *Comparing Legal Cultures*, 13, на стр. 29.

[9] Friedman, M. Lawrence. *The Legal System: A Social Science Perspective*. New York: Russel Sage Foundation, 1975, на стр. 223.

[10] *Ibid.* на стр.41.

[11] Legrand, Pierre, "What Legal Transplants," во, Nelken and Feest (eds.), *Comparing Legal Cultures*, на стр.65; и "European Legal Systems are not Converging," 45 *International and Comparative Law Quarterly*, (1996), на стр.65.

[12] Legrand, "European Legal Systems are not Converging," на стр.76–78 .

[13] Tuori, Kaarlo, "Towards a Multi-Layered View of Modern Law," во, Aarnio, Aulis (ed.). *Justice, Morality and Society. A Tribute to Alexander Peczenik on the Occasion of His Birthday 16 November 1997*. Lund: Juristförlaget Lund, 1997, 433, навед. според Arold. *The Legal Culture of the European*

се состои од „концепти, принципи и начини на правно резонирање," преку кои се разбираат и применуваат законодавството, судските одлуки и другите конкретни правни материјали (кои се површинско ниво), а која е подлабоко детерминирана од „... исклучително споро движечките особини на [Западната] правна цивилизација, како што се, човековите права и самото владеење на правото" (т.е. длабоките структури на правото).[14]

Се разбира, овие (и многу други) дефиниции се корисни во расветлувањето на релевантните аспекти на правната култура како основен предмет на истражување и го насочуваат текот на таквото истражување, колку и, според Кирк Јункер, процесот на дефинирање, воопшто, да наликува на „... правење на нешто конечно од тоа што е само по себе бесконечно".[15] Во неговата студија за „Правната култура во Соединетите Држави," од своја страна, Јункер се фокусира врз откривање на „локалната смисла" за правото, на „духот и душата" на правото, односно правната култура,[16] како клучна одредница на истражувањето на конкретна правна култура. Последното го бара во контекст на институциите, процесите и изворите на правото како предмет на компаративна анализа, со помош на историјата, социологијата, јазикот, филозофијата, односот на правото со другите дисциплини и механиката на правото како референтни рамки.[17]

Погорниот пристап би бил најсоодветен за изведување на една сеопфатна анализа на правната култура во Република Македонија. Но, тоа, се разбира, ги надминува рамките на овој труд. Дискусијата во трудот ќе се движи во правец на откривање на интерната правна култура во судството, фокусирајќи се, пред сè, на „вредностите, идеологиите и принципите", односно менталитетот или свеста на судиите при секојдневното вршење на судската функција, особено, во врска со начинот на поимање на правото и методот на толкување и примена на правото од страна на судиите. Притоа, нема да се занемарат различните историски, социолошки или други фактори кои довеле до појавата (или придонесуваат кон одржувањето) на така определената правна култура својствена за македонските судии.

Court of Human Rights, стр.11–12.

14 Wilhelmsson,Thomas, во приказот на книгата *Towards a European Legal Culture*, Helleringer, Geneviéve and Kai Purnhagen (eds.). C.H.Beck-Hart-Nomos, 2014, во, 6 *Eur. J. Risk Reg.* (2015), 168.

15 Junker, W. Kirk. *Legal Culture in the United States – An Introduction*. New York: Routledge, 2016, во Предговорот, стр.xvi.

16 Англ. "local sense of the law" и "local spirit and soul of the law/legal culture," *Ibid.*, Ch.1, особено стр.3–4, 8.

17 Види *id.*, особено, Preface, стр.xxi-xxiv, Ch. 3. Според Јункер, гледано низ призмата на „духот и душата" на правото, основната разлика помеѓу системите на *common law* и континентално-европските правни системи, меѓу другото, се состои во тоа што „искуството низ судската практика, а, не рационалноста на законодавецот е вкоренето во духот на решавање на конфликтите во *common law*." *Ibid.* стр.8.

Свесни сме за тоа дека, така определено, истражувањето во трудот во многу се преклопува со истражувањето на „правната културна традиција,“ како, различен, но, сепак, сроден феномен со оној на правната култура.[18]

Истражување на односот помеѓу европската и македонската правна култура – методолошки забелешки

Во основа, истражувањето на односот помеѓу европската и македонската правна култура се сведува на споредбена анализа, што претпоставува претходно дефинирање на феномените кои се споредуваат, во случајот на „европската“ и македонската правна култура. Но, пред сè, споредбената аналитичка постапка, сама по себе, отвора низа методолошки предизвици, препознаени во споредбената наука, кои не треба да се заборават при анализата на овие две правни култури.[19] Во прв ред, постои ризикот од пристрасност кај компаративистот при правењето на споредбите заради робувањето на домашните претстави за правото, како иманентен на споредбениот истражувачки процес.[20] Понатаму, се јавува ризикот од претеран формализам при споредувањето, во смисла на земање предвид само на изворите на правото како предмет на споредување, без да се направи обид за разбирање на контекстот на споредуваните правила, односно, на „духот на правото.“[21] Матијас Раиман, во таа смисла, забележува дека самиот процес на споредување на правото, кој е особено актуелен во контекст на европеизацијата врз основа на основачките договори на ЕУ, е заинтересиран само за „правото на хартија,“ гледано позитивистички и во поддршка на приватните интереси.[22]

[18] Во теоријата се прави разлика помеѓу категориите „правна традиција“ и „правна култура,“ во таа смисла што традицијата е дел од правната култура, а тековната правна култура ја објаснува преку историските корени на нејзиното настанување и опстојување. „Идеите, начините на однесување и вредностите на судиите ... се под влијание на историјата, традициите, образованието, претходните кариери и ставови во однос на правото.“ Arold. *The Legal Culture of the European Court of Human* Rights, стр.11–12. Како и многу автори пред нас, во овој труд ќе го користиме терминот правна култура во означување и на правната традиција, имајќи ја предвид погорната поимовна разлика помеѓу нив.

[19] Види опсежна расправа кај Junker, *Legal Culture in the United States*, Ch.2.

[20] Frankenberg, Günter, “Critical Comparison, Re-Thinking Comparative Law,” 26 *Harward Int’l L. J.* (1985), стр. 411, 413, 443, навед. според Junker, *Legal Culture in the United States*, стр. 13 („... секоја визија за правото произлегува и е обликувана од домашните предрасуди и пристрасност;“ “[д] околку не го асимилираме тоа што го дознаваме со тоа што веќе го знаеме и акомодираме тоа што веќе го знаеме со тоа што го дознаваме, ние само акумулираме одредена информација. Новата информација треба да биде процесирана, односно да биде интегрирана и контекстуализирана со познатото за да ни има смисла“).

[21] *Ibid.*, на стр. 441.

[22] Reimann, Mathias, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century,” 50 *Am. J. Comp. L.*, (2002), на стр.694, навед. според Junker, *Legal Culture in*

А, Берхард Гросфелд, заклучува дека „[т]ехничко-функционалната споредба без да се проучат националните обичаи, без културолошко истражување и без љубов и емпатија ... се сведува на студирање на зборови, букви и бројки, што го допира само површното ниво и води кон грешка.“[23] Критиката на овој и некои други автори е, особено, насочена кон функционалистичкиот споредбен метод,[24] кој заради својот фокус врз откривање на заедничките функции кои ги обавува правото (правната норма) како претпоставено постоечки во секој од различните правни системи, главно, во контекст на правните извори како предмет на споредбена анализа (со занемарување на институциите и лицата), неопходно е пристрасен и“ ... веројатно дури води кон инструменталистички поглед кон правото во кој на правото се гледа [единствено] како на технологија.“[25]

Од друга страна, постојат и некои поспецифични методолошки предизвици од значење за расправата околу европската и македонската правна култура, како што се потешкотиите при детектирањето на тоа што, всушност, претставува„европската правна култура,“ како референтна рамка и дали, воопшто, постои можност за идентификување (уште повеќе, за создавање) на единствена правна култура на просторот на Европската Унија.[26] Во рамките на Унијата, последното прашање стои во коренот на дискусиите околу европеизацијата на правото, воопшто, или, кај некои одделни правни дисциплини (најповеќе, приватното право), во услови на постоење на различност кај правните култури на државите членки.[27] Тоа се јавува и кај расправите околу основната дилема за зачувување на „конституционалните идентитети“ на државите членки во услови на културен плурализам во Унијата *vis-à-vis* тенденцијата за изградба на единствен Европски културен идентитет. Во таа расправа, заговорниците за

the United States, стр. 34.

[23] Grossfeld, Bernhard, *Core Questions of Comparative Law*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005, на стр.245, навед. според Junker, *Legal Culture in the United States*, стр. 35.

[24] Види кај Junker, *Legal Culture in the United States*, стр. 22-33 и авторите цитирани на тоа место.

[25] *Ibid.,*на стр.38., цитирајќи го Sacks, G. Peter, “Law and Custom: Reflections on the Relations Between English Law and the English Language,” 18 *Rechtstheorie* (1987), 421, 422 (“[к]ако што телевизиската технологија нема ништо заедничко со квалитетот на емитираниот програм, туку само со техничката перфекција на неговата снимка ... така [според функционалистичкото гледиште] правото може да биде употребено за да спроведе претпоставена политичка, општествена или економска цел. Тоа што ја разликува едната од другата форма на правото, тврди [функционалистичкото гледиште], не е неговата содржина или намена, туку степенот на неговата техничка софистицираност. Следствено, усвојувањето, на пример, на англиското право од некое афричко племе не е повеќе проблематично од употребата на јапонските телевизори од британските домаќинства“).

[26] Една понова расправа од повеќе автори околу „Европската правна култура“ е содржана во Helleringer, Geneviéve and Kai Purnhagen (eds.) *Towards a European Legal Culture*,. C.H.Beck-Hart-Nomos, 2014. Види го приказот на ова дело кај Wilhelmsson,Thomas, 6 *Eur. J. Risk Reg.* (2015), 168.

[27] Comparato, Guido, “New Voices: Challenging Legal Culture,” 7 *Eur. J. Legal Stud.* 5, 17 (2014), 5, на стр.6.

зачувување на националниот културен идентитет, често, мешајќи ги различните категории на правна култура и правен идентитет (правна традиција и сл.), прибегнуваат кон потребата за заштита на „културниот плурализам" во Унијата како на одбранбен аргумент.[28] Пропонентите на европеизацијата, пак, „... најповеќе прибегнуваат кон отфрлање на културната димензија на правните правила, или, поретко, кон покажување дека постои и европска димензија на правната култура, често, со цел да го поддржат европскиот проект. Поретки се обидите да се деконструрира самиот поим на правната култура, во нејзината национална или европска димензија."[29]

Во контекстот ставовите на авторите кои се залагаат за зачувување на културната разноликост во Унијата наспроти хармонизирачките тенденции во ЕУ, во една понова статија се предупредува на тенденцијата кај овие автори на статично третирање на правната култура, при што на оваа се гледа првенствено како на една национална правна култура која е „самодоволна," како на „... 'монад' кој е интерно кохерентен и надворешно одвоив од 'монадите' на другите, без да се доведе во прашање нејзината внатрешна структура," што ги „... игнорира врските, паралелите и интеракциите помеѓу различните култури претставени како неопходен производ на историскиот процес."[30] Наспроти статичкиот пристап, стои потребата од усвојување на едно „динамичко и плуралистичко разбирање на правната култура кое ги избегнува хегемонистичките последици" својствени за претходниот пристап.[31]

Во погорните дискусии, имплицирано е постоењето на разлики помеѓу националните правни култури на европските земји (културен плурализам), вклучувајќи ја и правната култура која се негува на рамништето на самата Европската Унија. На тоа се надоврзува и фактот што, одделни релевантни европски институции, изградиле сопствена правна култура, како што е, на

---

[28] *Ibid.*

[29] *Ibid.* Авторот, во контекст на првиот погорен пристап, упатува на О. Lando, "The Principles of European Contract Law and the Lex Mercatoria," in J. Basedow (ed.), *Private Law in the International Arena / Privatrecht in der internationalen Arena, Liber Amicorum Kurt* Siehern. The Hague. T.M.C. Asser Press, 2000, 396; кај пристапот кој ја потенцира Европската димензија на правната култура, упатува на V. Reding, *The European law Institute – Tracing the Path towards a European Legal* Culture, speech delivered at the opening of the European Law Institute in Vienna, 17 November 2011; M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture.* Dewenter: Kluwer, 2001. Comparato, *ibid.*

[30] *Ibid.*, на стр.10.

[31] *Ibid.*, од Апстрактот и на стр.16. Според овој автор, процесот на стандардизација, односно културна хомогенизација како неопходен при дефинирањето на една култура, како спонтан процес, или, како процес управуван од елитите или политичките институции со свесна намера за наметнување на одреден систем на вредности, во стварноста, доведува до тоа „...културната хомогеност [д]а коинцидира со културната хегемонија." Инсистирањето врз зачувување на националналната правна култура (разбрана статично), под велот на наводното зачувување на културниот плурализам во Унијата, всушност, наведува на „... поддржување на хегемонијата." *Ibid.,* стр.10–11.

пример, Европскиот суд за човекови права во Стразбур.[32] Во такви услови, посебен предизвик претставува идентификацијата на заедничките белези помеѓу различните верзии на „европската правна култура,“ од кои би можеле да се извлечат некои заеднички именители во однос на кои би се споредувале останатите правни култури – вклучително – и на македонската правна култура кон нив.

Сепак, се чини, независно од варијантите на „европската правна култура,“ може да се прифати претпоставката дека различните верзии на правната култура негувани во европските земји, па, дури и македонската правна култура имаат заеднички корени и дека разликите помеѓу нив, во поголема мерка, се сведуваат на посебната свест стекната од судиите во нивното тековно работење во дадени историски околности, отколку на разлики од подлабок, темелен, карактер.

Во својата авторитетна статија посветена на „Темелите на европската правна култура,“[33] познатиот германски правен историчар и професор на Универзитетот во Гетинген, Франц Викер, напиша дека „...независно од многуте историски, социолошки и идеолошки разлики, [’Европската правна култура’] сочинува една тесна историска и егзистенцијална целина, еден посебен ентитет кој се разликува од другите развиени, или племенски култури,“ но и дека „... таквото [инаку вистинито] тврдење не би требало да го прифатиме премногу лесно.“[34] „Континенталните Европјани,“ според овој автор, се наклонети кон тоа, „...во светлото на старата заедничка традиција на римското *jus commune* и *jus utrumque* на Латинската црква и на заедничките искуства околу хуманизмот, просветителството и модерните кодификации, својата потесна правна орбита да ја идентификуваат со целината на европската правна култура.“ [35] Меѓутоа, според Викер, европската правна култура има далеку поширок опсег, така што допира и до таквите – навидум различни – правни системи какви што се оние на

32 Види Arold. *The Legal Culture of the European Court of Human* Rights.

33 Wieacker, Franz, “Foundations of European Legal Culture,” 38 *Am. J. Comp. L.*, (1990), 1.

34 *Ibid.*, на стр.5.

35 *Ibid.*, на стр. 5. Европското *jus commune* се поврзува со нео-римското право, базирано врз Јустинијановиот *Corpus Juris* Civilis, како што е развивано од генерациите правници по 11-тиот век (особено од глосаторите и коментаторите на Универзитетот во Болоња), а, кое, најмалку како право во дополна на локалното право, опстојуваше во најголемиот број европски земји, откаде „прерасна во темел на европската правна култура.“ Терминот *jus utrumque*, пак, се однесува на комбинацијата на секуларното, нео-римско, право и на канонското право на Римската католичка црква, како што е применувано од црковните судови во Европа. *Ibid.*, забелешка бр.5.

common law[36] и екс-социјалистичките правни поредоци во Источна Европа.[37] И, што е уште позначајно за нашата анализа, европската правна култура ги допира и правните системи на земјите од Југоисточна Европа, односно Балканот (дури и во времето на социјализмот), кои „...неспорно ... [ѝ] припаѓа[ат] на Европа ... не само во географска смисла," туку и по основа на „...афилијацијата [одамна] заснована преку религиозните, културните и политички врски со Источното Римско Царство, грчката црква и византиската верзија на римското право...".[38] Таа врска уште повеќе се засилува во 19-тиот век, преку приклонувањето на балканските земји кон францускатa и централно-европската уставна и правна организација предизвикно со нивното конечно ослободување од турската власт.[39] А, би рекле, оправдано е да се очекува дека оваа врска (би требало) поинтензивно да биде реинкарина во земјите од Балканот по трансформацијата на нивните политички системи преку усвојувањето на демократските вредности на западната цивилизација, на почетокот на последната деценија од минатиот век.

Со оглед на погорното понудено објаснување, може да се заклучи дека европската и македонската култура имаат заеднички фундамент.[40] Моменталните разлики помеѓу нив треба да се бараат, не во корените, колку во традиционално стекнатите навики и разбирања кај судиите, нивниот менталитет или свест околу основните поими и функции на правото, вклучително и околу методот на толкување и примена на правото, анализирано во еден поширок

[36] Според Викер, независно од фактот што, *common law* „...често значајно остапува од [континентално-европскиот] правен стил во работите како што се организацијата на судовите, судските постапки, теоријата на правните извори и начинот на судската аргументација ... очигледно е дека правните системи на *common law* го претставуваат посебниот европски културен контекст дефинитивно на ист начин како и оние од континентот, не само заради сличниот начин на живеење, но и заради долготрајното заедништво на круцијалните религиозни, идеолошки, филозофски и научни темели." *Ibid.,* стр.6–7..

[37] „Помалку значајно, во однос на судската организација, формалните правила на постапката и принципот на законитост, социјалистичките правни системи [беа] слични на оние од Западна Европа, особено на континенталните. Сепак, останува суштинската разлика во основните општествени вредносни одлуки, социјалните и економските системи, кои ја следат марксистичко-ленинистичката теорија; па, сепак, не е само реторичко тврдење тоа, кога ќе се каже дека, самите овие разлики се само доказ за површниот *Concordia discors* [историски, потрага по контрадикциите во изворите на канонското право и обидот на нивно помирување преку некаква синтеза, според делото на Грацијан] на европското искуство гледано во целина." *Ibid.*, стр. 8 [фуснотите се испуштени].

[38] „[И]ако, особеностите на овие врски доживеаја поголеми разлики преку правните и политичките концепции воспоставени на Западот од Каролингшката Империја и Римската црква." *Ibid.*, стр.7–8.

[39] *Ibid.*

[40] Токму заради тој факт, во трудот преферираме процесот да го означиме како „адаптација" или „прилагодување" на македонската кон европската правна култура, наместо како нејзина „трансформација," што би можело да сугерира менување на локалната култура на судиите во темел.

историски, политички, социјален и друг контекст. Кај македонските судии, како што ќе видиме подолу, како и кај другите судии во Југоисточна Европа, оваа свест најповеќе се манифестира како ограничено поимање на правото, на судската функција, или, преку „рестриктивниот текстуален-позитивизам“ како доминантен правен метод практикуван од судиите, што се појавуваат, најмалку, некаде во времето на поранешниот социјалистички систем.

Основни белези на континентално-европската правна култура

Сосема сумарно, за целите на споредба помеѓу европската и македонската правна култура, авторите издвојуваат неколку карактеристики како основни белези на континентално-европска правна култура, и тоа:[41]

а) *идеологијата на стриктна поделба на власта*, во која функцијата на креирање на правото ја има законодавецот, а не судската власт; поврзано со тоа,

б) *концептот на „кодексот“ или „законот“* (англ. the „code“), во смисла на општ пишан акт, а не во стриктно-формална смисла,[42] односно разбран како „идеологија“, а не како проста форма,[43] историски заснована врз тенденцијата типична за континентално-европските системи во кои доминира парламентарниот модел на уредување на одвојување на правно-креирачката функција од судската функција. Последното, познато и како „легализам“ во континентално-европската култура,[44] го означува „...не само (и не исклучиво) монополот на модерниот законодавец да го создава и менува правото, ...туку погенерално, потребата одлуките околу општествените односи и конфликти да се засноваат врз општото правно правило, чијашто валидност и прифаќање не зависат од некоја вродена (морална, социјална или политичка) вредност или цел.“[45] Како таков, „легализмот“ постојано произведува „...тензија [на

[41] Притоа, главно, го следиме сумарниот преглед понуден во Koch, “Envisioning A Global Legal Culture,” особено на стр. 21–39.

[42] *Ibid.*, стр.24–27.

[43] *Ibid.*, на стр. 24. Во таа смисла, Koch упатува на Merryman, Henry John, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2nd ed., 1985, 26–27, кој укажува на тоа дека “[д]истинкцијата помеѓу законодавна и судска продукција на правото може да упатува на погрешен заклучок. Веројатно, постои исто толку законодавство во некоја типична американска држава [т.е. држава во САД] колку што го има во некоја типична европска или латинскоамериканска нација ... Авторитетот на законодавството [во САД] е надредена врз судските одлуки; законите се надредени врз спротивставените судски одлуки (настрана од уставните прашања), не и *vice versa*... Но, ако на кодификацијата се размислува, не, како на форма, туку, како на израз на идеологија, и ако се направи обид да се разбере таквата идеологија и зошто таа добива израз во формата на закон, тогаш, ќе се види смислата да се зборува во термините на законите ...“

[44] Wieacker, “Foundations of European Legal Culture,” стр.23–25, според кој, „легализмот,“ заедно со „персонализацијата“ (на правото) и „интелектуализмот,“ ги сочинува трите основни карактеристики на европската правна култура.

[45] *Ibid.*, стр.23. Историски, концептот за „одвојување на моралот од правото“ е зачнат уште во времето на развивање на професионалната администрација во Рим, па понатаму пренесен

овој] со другите постулати на правдата,“ изразена низ „.. антиномиите помеѓу генералната и индивидуализираната правда, правната сигурност и материјалната правда, еднаквоста пред правото и нееднаквоста во почетните можности,“ така што, „формализираната правда заснована на правилото [легализмот] претрпува одредени „неопходни драстични корекции“, меѓу другото, изведени преку „општите клаузули и балансирањето на интересите во модерниот законодавен позитивизам.“[46]

Во методолошка смисла, „егализмот,“ меѓу другото, се одразува врз начинот на толкување и примена на изворите на правото во континентално-европските западни системи, особено, преку приматот на граматичкиот пред другите методи на толкување (види подолу во текстот), како и, погенерално, преку воздржаниот пристап кон овластувањата на судиите да ги толкуваат законите. Последното, не значи дека судиите немаат овластување да ги толкуваат законите еволутивно,[47] но, тоа што „[н]евообичаено недостасува во [континентално-европската] јуриспруденција е методологија на судското развивање на правото. Методологија која би ја анализирала, рационализирала, и систематизирала специфичната улога на судијата во процесот на изнаоѓање и развивање на правото.“[48]

Сепак, независно од легализмот и доминацијата на позитивизмот во континентално-европските системи како природен израз на легалистичката филозофија, авторите потсетуваат и на тоа дека „... [континентално-европското право] е збогатено [и] со природно-правното резонирање,“ бидејќи „...најмалку некаде во потсвеста на [континентално-европското право] лежи духот на природното право,“ односно, на „секуларното природно право,“ врз кое

како наследен преку европската правна наука и, по поново време, преку „формализмот во јуриспруденцијата“ од 19 век и „статутарниот позитивизам на модерната уставна држава,“ така што, тој ја овозможи и современата „држава на благосостојба.“ Но, за Викер, „легализмот“ се подразбира во поширока смисла од толкувањето на буквално или „чистото значење“ на правните извори. „Неговата изјава дека легализмот го одвојува правото од моралните или социјални намери кои постојат надвор од правото не го исклучува разбирањето на законите во светлото на нивните општествени цели. Викер, исто така, го признава постоењето на неформални обврзувачки упатства кон судиското одлучување засновани врз добрите обичаи, ’природата на работите,’ или, прифатените културни норми. ... Тоа што Викер веројатно го има на ум, е дека позитивните правни норми поседуваат одреден степен на автономија во однос на социјалните и економски услови кои ги опкружуваат ... [што] нуди некаква гаранција дека судските случаи ќе бидат решавани, не врз основа на нерационални чувства или чисто субјективни верувања, туку, врз авторитетот на изворите кои на судскиот процес му даваат некоја мерка на објективност, непристрасност и предвидливост.“ *Ibid.*, стр.23–24, особено, заб. бр. 28.

46 Wieacker, “Foundations of European Legal Culture,” стр.25.

47 Merryman, *The Civil Law Tradition*, на стр. 46, цит. според Koch, “Envisioning A Global Legal Culture,” стр.32.

48 Zweigert, Konrad, and Hans-Jürgen Puttfarken. *Statutory Interpretation - Civilian* Style. 44 Tul. L. Rev. (1970), 704, на стр. 715, цит. според Koch, “Envisioning A Global Legal Culture,” стр.32–33.

историски се градело континентално-европското право; [49]

в) *рационалниот или научниот пристап кон правото*, зад кој стои верувањето дека „...животот не е исполнет со случајни настани, туку [дека] во него постои некаков ред.“ [50] Оттука, правото е предмет на научно осознавање и формулирање – во прв ред – од страна на правните научници „... кои ги емулираат научниците од природните науки.“[51] Според Франц Викер, „интелектуализмот,“ подразбран како „*amor intellectualis*“, што стои во основот на европската правна култура како „идејно-ориентирана правна култура,“ „...го раководеше [и го раководи] европското правно размислување кон тематизирање, концептуализирање и неконтрадикторна конзистентност на емпириските материјали.“[52] Истиот наведува кон формално подредување на нештата, или, кон формирање на концепти „…како почетни точки на систематизирање на правните феномени во еден интегриран систем на правото на разумот,“ што триумфираше со современите кодификации на правото и со развојот на класичните и современи правни теории и доктрини.[53] Но, интелектуализмот постојано ја гради и содржината на „општата идеја на правдата,“ односно, на поимот на „апстрактна правда,“ кој, историски, одигра огромна улога во времето на напуштање на привилегиите на само одредени луѓе за сметка на промовирањето на граѓанските и човекови права, а кој, во современи услови, стои во центарот на залагањата за „материјална [наспроти само формална] еднаквост пред правото,“ со барање за надоместување за нееднаквостите во стартните можности во општеството.[54]

Рационалниот пристап кон правото, во контекст на концептот за „кодексот“ или „законот“ како централна идеологија на правото, ја предодредува и стратегијата според која „законот“ има намена да креира „рамка за општеството,“ на еден концизен, директен и универзален начин, од која понатаму ќе протекуваат судските одлуки и натамошното законодавство.[55] Степенот на деталност во кодексот, зависи од кодекс до кодекс, но можеби, поважно од тоа, прерогативот на создавање на една таква стабилна рамка, платформа, за општеството, наложува употреба на специфичен „потврд“ јазик

[49] Koch*, ibid.*, стр. 27. Авторот упатува и на Zweigert,Konrad, and Kötz, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. Toni Wier Trans., 3d ed., 1998, стр.88; Merriman, *The Civil Law Tradition*, стр. 18–19.

[50] *Ibid.*.

[51] *Ibid.*.

[52] Wieacker, “Foundations of European Legal Culture,” стр.25.

[53] *Ibid.,* на стр.26.

[54] *Ibid.,* на стр.27.

[55] *Ibid.,* на стр.29. Авторот упатува на Lawson, H. F.. *A Common Lawyer Looks At The Civil Law*. 1955, на стр. 79; и на Vranken, Martin. *Fundamentals of European Civil Law and Impact of the European Community*. 1997, на стр. 58.

во пишаните општи акти и, меѓу другото, верност на судиите кон јазикот и кон утврдување на значењето на јазикот во контекст на другите пишани документи (види подолу во текстот). По тоа (а, не по силата на актот), јазикот употребуван во законите на континентално-европските системи се разликува од јазикот на законите во системите на *common law* кај кои, заради основната улога што ја имаат судовите во креирање на правото во специфичните случаи (вклучително, врз основа на законот, но, само како „отскочна даска"), законите вообичаено се пишувани со „помек" јазик, почитувајќи ја оваа улога на судовите.[56] Истото, од друга страна, предизвикува и некои други основни белези на правната култура кај континенталните западно-европски правни системи, како што се:

г) *посебното разбирање на правната сигурност*, како највисока цел на континентално-европското право, преку употреба на јасни концепти, со подвлечени системски вредности (концентрирани врз дефиниции и класификации) и „категоризацијата" како вид на „аплициран формализам," но, не екстремен, туку доволно отворен за да озвозможи нејзино развивање и адаптација на нови типови случаи врз основа на искуството со правото.[57] За судиите, последното овозможува користење и на телеолошкиот и историскиот метод (историјата на настанок на актот и иницијалната намера на законодавецот) како толкувачки алатки, но само по исцрпување на граматичкиот и системскиот метод на толкување (види подолу). Па, сепак, судиите се должни, притоа, да се раководат од можните импликации кои би можело да ги предизвика конкретното толкување врз идните антиципирани категоризирани случаи, односно врз целината на правниот систем, како барање на правната сигурност, дури и на штета на индивуалната правичност во конкретниот случај;[58]

г) *јазичното (граматичко) толкување на правните норми*, како примарен помеѓу различните методи на толкување, што редоследно, не го исклучува и толкувањето со помош на логичкиот или „системскиот" метод, како толкување

---

56 Koch*, ibid.,* на стр.41–42.

57 *Ibid.,* на стр.32-37. Американскиот правник Данкан Кенеди, на пример, погорното го објаснува на следниот начин: "[о]сновниот начин преку кој се остварува влијанието на теоријата [т.е. системот на премиси за решавање на одредени категоризирани случаи] врз резултатот се состои во тоа што се прави систематизација преку поедноставување и генерализирање на одредени категории [на случаи за решавање], [како] апстракции кои како алатки му стојат на располагање на правникот (судијата или адвокатот) кога се среќава со некој нов проблем." Kennedy, Dankan. "Towards a Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of a Classical Legal Thought in Amerika, 1850–1940," 3 Res. Law & Society3 (1980), 3, на стр.8. Според *Id.,* на стр.35.

58 Koch, *ibid.*, на стр. 36, 43–47. Авторот објаснува дека погорното ги разликува континентално-европските судии од оние од системите на *common law*, чијашто функција (и обзири) е концентрирана исклучиво врз решавањето на конкретниот случај, со можност и да го креира правото во конкретниот случај преку употреба и на алатки како што е, на пример, онаа на „балансирање на интересите" засегнати со законот во конкретниот случај, повеќе, отколку да го бара значењето на јазикот во законот.

во контекст на другите норми, или со помош на општите правни принципи, како и врз основа на телеолошкиот и историскиот метод, кога значењето на зборовите е недоволно јасно или доведува до нелогичен резултат; и, поврзано со тоа,

9) доследноста кон текстот на правните норми, како централно обележје на западната континентално-европска правна култура. Но, што е од особено значење за нашата споредба на оваа со македонската култура, последното не значи дека западно-европските судии не консултираат и други извори надвор од пишаните норми, како што се судските мислења (пресуди) на други судови, туку, повеќе дека „...судските толкувања се засенети од толкувањата на научниците и академците наречени 'правници (јуристи)'," до степен до кој европското континентално право „е незамисливо без правниците (јуристите)" (т.е. академските правници).[59] Поврзано со претходното, Кирк Јункер потсетува на тоа дека во континентално-европските земји и некои меѓународни системи (ЕСП и Жалбените тела на СТО) „...во правната пракса сè повеќе и повеќе се упатува на претходно донесените судски пресуди и покрај отсуството на *common law* доктрината за обврзувачкиот прецедент именувана како *stare decisis*."[60] Тоа, на пример, се однесува и на Германија, каде што повикувањето на судските пресуди е често практикувано од адвокатите кога настапуваат пред судовите. Во таа смисла, Јункер предупредува на тоа дека „[с]амо сировиот компаративист би поверувал дека системите на *common law* исклучиво го градат владеењето на правото врз судските пресуди и дека само системите на *common law* го прават тоа, [додека] посуптилниот компаративист би ја земал предвид [континентално-европската правна] доктрина на *jurisprudence constante*, која е практикувана дури и во неколку делови на Северна Америка. "[61]

59 Koch, "Envisioning A Global Legal Culture," стр.27. Интересно, само за споредба, кога станува збор за правната култура на македонските судии (и адвокатите и останатите професии во правосудството), во разговорите со нив се дознава тоа дека, како своевиден стереотип, тие често ја прифаќаат корисноста на пишувањата на академските правници (особено, апликативните, во форма на Коментари на закони и сл.), но, од друга страна, редовно инсистираат на наводната одвоивост (дури и спротивставеност) на „теоријата" од „праксата," која очигледно љубоморно ја чуваат само за себе, како самодоволна и лишена од потребата за секакво теоретизирање.

60 Junker, *Legal Culture in the United States*, стр. 61.

61 *Ibid.*, стр. 61–62. Авторот, понатаму, дава примери од праксата на судовите во Квебек (Канада) и Лујзијана (САД) на примена на доктрината *jurisprudence constante*.

„Рестриктивниот текстуален-позитивизам“ во правната култура на македонските судии како пречка за квалитетната примена на меѓународното и правото на ЕУ и владеењето на правото

Кога ќе се погледнат погорните карактеристики на континентално-европската култура, на прв поглед, би можело да се заклучи дека истите, барем формално, ја одбележуваат и македонската правна култура, што е сосема природно, со оглед на заедничкиот фундамент на обете правни култури. Но, ако подлабоко се навлезе во анализа на културата кај македонските судии (како и онаа кај судиите од земјите на ЈИЕ), ќе се види дека некои од таквите карактеристики на континентално-европската правна култура, воопшто, не се следени или соодветно разбрани од македонските судии, или, пак, само површно се следени до ниво на екстрем. Македонските судии погрешно ја разбираат клучната премиса на поделба на власта во парламентарниот модел на уредување применет во Република Македонија и на сопствената улога во однос на законодавната и извршна власт, која стои во основот на континентално-европската правна култура. Оттука, тие површно го следат и концептот на „кодексот“ или „законот,“ кој го разбираат само како проста форма на акт во која е преточена волјата на законодавецот (на која ѝ се потчинуваат), а не како сеопфатна идеологија која претпоставува и контролна функција на судството врз останатите две власти.[62] Уште повеќе, македонските судии слепо му робуваат исклучиво на „текстот“ („словото“) на законот (но, не и на Уставот), разбран како формален акт, применувајќи го, речиси исклучиво, граматичкиот толкувачки метод, што, сѐ заедно, се означува како „рестриктивен текстуален позитивизам“ изграден уште во времето на поранешната СФРЈ, кој сѐ уште го следат македонските судии (види подолу во текстот).

Зденек Кун, уште во времето кога земјите од регионот на ЦИЕ се подготвуваа за зачленување во Унијата, го дефинираше рестриктивниот текстуален-позитивизам кај судиите од ЦИЕ, кој го нарече метод на т.н. „механичка јуриспруденција“,[63] или, метод на „ограничена примена на правото,“ или „догматски текстуален позитивизам“ на примена на правото.[64] Според Кун, таквиот метод се поврзува со „очигледните проблеми“ на редовните судови на „...претерано поткрепување врз буквалното (или текстуалното) читање

---

[62] Истото се однесува и на „рационалниот пристап кон правото“ односно, на „интелектуализмот“ кој стои во центарот на последниот пристап во европската правна култура. Види *supra* заб.бр. 58.

[63] Kühn, Zdenek, “European Law in the Empires of Mechanical Jurisprudence: The Judicial Application of European Law in Central European Candidate Countries,” 1 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* no.1 (2005), 55; *The Judiciary in the CEE: Mechanical Jurisprudence in Transformation*. Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

[64] Kühn, Zdenek, “The Application of EU Law in the New Member States: Several Early Predictions,” 6 *German Law Journal* no.3 (2005), 563, на стр. 565 и 580.

на правото, нивното игнорирање на позадинската цел на правото и нивната неспособност да применуваат апстрактни [правни] принципи.“[65] Наспроти тоа, напиша Кун, во правниот поредок на Унијата доминира методот кој самиот по себе „...не е догматски пристап кон правната аргументација,“ туку е „...повеќе прагматски и инструментален.“[66]

Рестриктивниот или „догматски“ текстуален позитивизам, или, „механичката јуриспруденција,“ во гореопишаната смисла стана симбол на правната култура и на судовите во земјите на ЈИЕ, вклучувајќи ги и македонските судови. На овој синдром се надоврзува и прилично сиромашната техника на пресудување кај македонските судии (и судиите од ЈИЕ) манифестирана преку отсуство на ставови на судиите во судските пресуди, циркуларното резонирање и сиромашниот стил на пишување на пресудите од страна на судиите, чиишто пресуди се донесувани главно на дедуктивен, силогистички и деконтекстуализиран начин, без елабориран судски резон кој би ја засилил убедувачката сила на пресудата и додатно би ја легитимирал работата на судиите.[67]

Раководени од спецификите на меѓународното и европското право, меѓународните и ЕУ правниците, меѓу другите, во погорната културолошка појава веднаш видоа основна препрека за квалитетна примена на овие правни системи од страна на македонските судии (и судиите од ЈИЕ) во домашните поредоци.[68] Најопшто кажано, меѓународното право обилува со најразлични пишани и непишани извори,[69] кои бараат сложена методологија на докажување, толкување и примена,[70] меѓудругото, преку консултирање на правни принципи, со помош на телеолошкиот метод и со редовно консултирање на пресуди на меѓународните судови и трибунали.[71] Донекаде, слично на тоа, и правото на

---

65 *Ibid,* на стр.576.

66 *Ibid.,* на стр.565 и 580.

67 Rodin, Siniša, “Function of Judicial Opinion - A View from a Post-communist European State,” во *Huls/Adams/Bomhoff (eds.)*, The Legitimacy of Highest Courts’ Rulings: Judicial Deliberations and Beyond, 2009, на стр.4-, особено на стр.12.

68 Види Georgievski, “Application of the Law of the European Union by the SEE National Courts: Comparative Overview of Current Situation,” во Georgievski, and Veronika Efremova (Ch. eds.). *European Union Law Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant Countries from South-East Europe* особено, на стр.180, и текстовите на другите автори во тој зборник; “Интернализација на меѓународното право во правниот поредок на Република Македонија,“ на стр. 29-35; Rodin, and Perišin (eds.). *Judicial Application of International Law in Southeast Europe.*

69 Види Фрчкоски, Д..Љ., Георгиевски, С. И Т. Петрушевска. *Меѓународно јавно право.* Скопје: Магор, 2012, глава 2.

70 Членови 30–31 на Виенската конвенција за договорното право (Службен весник на СФРЈ – Меѓународни договори – бр.30/72); Република Македонија го презема статусот на договорна страна на оваа конвенција со преку сукцесија со поранешната СФРЈ.

71 Пресудите на меѓународните судови и трибунали се, меѓудругото, изречно предвидени како помошен извор на меѓународното право во членот 38 на Статутот на Меѓународниот суд на

ЕУ, меѓу другото, претполага телеолошко толкување и редовно консултирање на судската практика, особено, онаа на Судот на правдата на ЕУ, кој ги создава принципите на правото на Унијата како некој вид на „европско прецедентно право.“[72] Чарлс Кох помладиот, меѓудругото, во правно-креирачката функција на Судот на правдата на ЕУ и на другите меѓународните судови и трибунали (особено, на Меѓународниот суд на правдата и механизмот на Системот за телата за решавање на спорови во Светската трговска организација) виде зародиш на една „растечка глобална правна култура,“ која иницијално се базира врз континентално-европските искуства и искуствата на *common law*.[73]

Рестриктивниот позитивизам негуван во културата на македонските судии е, секако, спротивен на логиката и физиономијата на „растечката гобална правна култура.“ На тоа се надоврзува и чувството кај судиите за тоа дека меѓународното право и правото на ЕУ се појавуваат во внатрешниот поредок како екстерни или наметнати правни системи, означено и како „дуалистичка инерција во практиката на националните судови во однос на примената на Европското и меѓународното право“ наследена од социјализмот.[74]

Но, настрана од контекстот на меѓународното и европското право, како што напоменавме, рестриктивниот текстуален позитивизам, меѓу другото,

---

правдата, заедно со пишувањата на меѓународните правници, односно, правната наука.

[72] Од богатата литература посветена на општите принципи на правото на ЕУ (порано ЕЗ), Види: Usher, J.. *General Principles of EC Law*. 1998; Tridimas, T.. *The General Principles of EC Law*. 1999. Инаку, Судот на правдата на Унијата е познат по својот судски активизам, редовно, во поддршка на интегративните процеси, со многу сериозни политички импликации по развојот на Унијата. Но, за тоа е често и критикуван. Во еден неодамнешен есеј посветен на политичката и правна култура на европската интеграција, на пример, во кој Европската Унија и интеграција – заради нејзиниот „политички месијански“ карактер – се претставува како спротивставена на демократијата, правата на човекот и владеењето на правото, Веилер, гледа на Судот“ ... како на дел од проблемот, а, не само како дел на решението на проблемот.“ Weiler, H.H.J., “The Political and Legal Culture of European Integration: An Exploratory Essay,” 9 *Int'l J. Const. L.* (2011), 678, на стр. 688 („Аргументот е доволно очигледен и доаѓа од формалистичката премиса на владеењето на правото. [С]судската пракса [на Судот], неизбежно и неослободиво го вплеткува Судот во самите прашања на демократска и општествена легитимација кои се, барем делумно, во коренот на моменталното незадоволство“).

[73] Koch, H. Charles Jr., “Envisioning A Global Legal Culture,” 25 *Mich. J. Int'l L.* (2003–2004), 1, на стр.2, 3, 6- (“[с]умарно, можно е да се замисли една глобална правна култура, и покрај големата разноликост и да се предвиди дека во пораните фази, таа правна култура во многу ќе позајмува од искуствата на граѓанското право и на *common law*“).

[74] Rodin, Siniša, “Stabilization and Association Agreement-A Hostage of Dualist Inertia,” in *Croatia on the Path to the EU: Political, Legal and Economic Aspects*, edited by Thomas Bruha, Bojana Vrcek,, Wass Graf, and Andreas von Czege. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institut für Integrationsforschung, 2003; and “Croatian Accession to the European Union: The Transformation of The Legal System,” in *Croatian Accession to the European Union: Economic and Legal Challenges*, edited by Katarina Ott. Books on Croatian Accession to the European Union from Institut of Public Finance, 2003, vol.1., Chapter 10, 223.

манифестиран преку погрешното поимање на идејата на „кодексот“ или „законот“ која, во својата изворна верзија, несомнено, го вклучува и уставот како највисок пишан акт, доведува до тоа македонските судии да не ја извршуваат функцијата на соодветен начин во рамките на новиот парламентарно-демократски модел на уредување усвоен кон крајот на минатиот век, во крајна линија, на штета на принципот на владеење на правото и заштитата на човековите права.[75] Во таа смисла, Синиша Родин укажува на тоа дека „[п]одготвеноста на судството директно да го применува уставот може да се земе како еден од индикаторите на саморазбирањето и улогата на судската власт, во уставни рамки,“ но и дека „...судовите и јавната администрација [во посткомунистичките земји] ретко го применуваат Уставот директно, ако и воопшто го применуваат.“ Тоа, според него, се должи на „...доминацијата на регулирачката држава која се поткрепува врз потрегулацијата [на администрацијата, судовите] која е редовно арбитрерна и самоограничувачка.“[76]

Погорното, Родин го лоцира во поширокиот контекст на неразбирање од судиите во постокомунистичките земји на новите основни правила и принципи врз кои (би требало да) се градат скорововедените демократски системи, изразени низ новиот јазик на правото воведен со трансформацијата на уставните поредоци во овие земји. Последното го објаснува преку т.н. „семантичка дисонанца“ во поимањето на фундаменталните правни и политички концепти.[77] Таквата дисонанца, според овој автор, се јавува заради „авторитарниот дискурсивен“ карактер на создавањето и примената на правото наследен во овие земји од социјалистичкиот период, кој се огледа низ „...социјалниот монопол врз утврдувањето на значењето на правниот и политичкиот јазик на врвот на политичката хиерархија кој се комуницира надолу [кон судовите, државните органи, граѓаните],“ како „...наметната вистина која е универзална и конечна.“ [78] Последното стои во спротивност со „рационалниот дискурсивен“ модел прифатен во Западна Европа, а кој, базиран врз „плуралистичко-реалистички“ премиси, претпоставува создавање на правото низ еден процес на дијалог (како резултат на „когнитивна ферментација“) во кој учествуваат најразлични засегнати актери, а што на настанатите правила при спроведувањето им дава

[75] Во овој труд поаѓаме од работната дефиниција за владеењето на правото според која постојат две основни барања кои мора да ги обезбеди правниот поредок: прво, дека власта се врши врз основа на правото, т.е. според општи правила и дека таа мора да ги почитува тие правила; и второ, дека постои јадро на индивидуални права инхерентни на правото т.е. темелните човекови права. Graver, Peter, *Judges Against Justice – On Judges When the Rule of Law is Under Attack,* 2015, на стр.17; Shapiro, M.. *Courts in Authoritarian Regimes,* во, Ginsburg, T. Moustafa. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, стр. 329

[76] Rodin, Discourse and Authority in European and Post-Communist Legal Culture,” на стр.8.

[77] *Ibid.,* стр.7.

[78] *Ibid.*, на стр.6. Види и подолу во текстот.

автохтона легитимност и авторитет.[79] Кај авторитарниот дискурсивен модел, пак, „[п]олитичката реалност што ги дефинирала фундаменталните концепти како што се конституционализмот, владеењето на правото, еднаквоста, или, фундаменталните права, создала еден сосема различен јазик [на правото] во кој значењето на правилата [е] определено преку авторитетот на голата моќ.“[80] Тоа, понатаму, заради инхерентниот дедуктивен карактер на авторитарниот дискурсивен модел, произведува семантичка дисонанца, односно неправилно поимање на овие концепти од оние кои го спроведуваат правото (судиите), како, на пример, во однос на основниот принцип на владеење на правото, или, принципот на *Rechtstaat*, кој од последните се разбира, „...не, како власт ограничена со правото, туку, како гола државна моќ на извршување на законите, дури и наспроти повредата на темелните права.“[81]

Ако се прифати погорното објаснување, станува јасно зошто Уставот е, главно, игнориран од македонските судии при правораздавањето, како акт, на кој судиите претежно гледаат како на некој вид „политички документ“ кој ѝ е стран на судската функција[82] и тоа, независно од нивната уставна и законска обврска „...да постапуваат [и] согласно [со] Уставот.“[83] Следствено

[79] *Ibid.*, стр.2–5. Кај погорното објаснување, Родин, се поткрепува врз едно „плуралистичко-реалистичко“ гледиште, кај кое, пост-модернистичкиот концепт за „правниот плурализам“ претпоставува дека „...во институционалната рамка на демократијата, никој нема привилегиран пристап кон вистината околу уставните и законодавни работи.“ Овој концепт отстапува од Келзеновото поимање на правниот систем како хиерархија на правните правила, а, воведува „...една концепција за различни правни простори кој се наметнати, навлезени и измешани во нашите умови ...“. de Sousa Santos, Boaventura, “A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law,” 14 J. L. & Soc’y (1987), 279, 293, навед. според *Id.* на стр. 2. Во методолошка смисла, „…правниот плурализам отстапува од разбирањето на правниот поредок како исклучива објективна реалност, тврди дека објективната реалност сама по себе е сочинета субјективно и предлага субјективен пристап според кој правото се сведува на резултат од една ’когнитивна ферментација’ која се одвива на индивидуално ниво и која влијае врз создавањето на правото низ дискурс.“ *Ibid.*, стр.2–3. Авторот на тоа место упатува на Feyrabend, Paul. *Erkenntnis für freie Menschen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1979. Реализмот, пак, предлага дека „...реалноста (вистината) постои надвор и подалеку од индивидуалните убедувања и разбирања и е социјално сочинета под влијание на најавторитетните актери.“ *Ibid.*, на стр.3.

[80] *Ibid.*, на стр.5. „Додека, авторитетот произведен низ рационалниот дискурс е неопходно индуктивен и инклузивен, правејќи го можно создавањето на нови правни категории, моделот на авторитарниот дискурс е дедуктивен, заснован врз дефиниции кои можат и или не мораат да кореспондираат со реалноста и истите ги проследува до пониските степени на социјалната или професионалната хиерархија.“

[81] *Ibid.*, на стр.7.

[82] Bačić, Arsen, “On the New Beginning Scenario for Judicial Governance in Croatia,” во, *Georgievski/ Efremova* (Ch.eds.), *Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant Countries* , на стр.88.

[83] Членот 98 на Уставот на Република Македонија од 17.11.1991, и амандманите на Уставот I-XXXII, Сл. весник на Република Македонија бр. 52/91; 1/92; 31/98; 91/01; 84/03; 107/05; 3/09 and 49/11), и член 2 и 18(4)на Законот за судовите од 11.5.2006, со амандманите, Сл.весник на РМ

на тоа, судиите постојано пропуштаат да ја исполнат основната функција на спроведување на судска контрола врз исправноста на законите согласно Уставот, во заштита на владеењето на правото во РМ. Оваа функција, која е инаку клучна во обезбедувањето на ефективното делување на демократскиот систем заснован врз принципот на поделба на власта, заштитата на човековите права и владеењето на правото, редовните судии исклучиво ја лоцираат кај Уставниот суд, а не и во рамките на нивната редовна работа. Таквиот ментален однос на судиите кон Уставот, меѓу другото, го објаснува и фактот зошто македонските редовни судии во праксата, воопшто не го користат инструментот на запирање на постапката во случај кога се посомневале во уставноста на законите повикани во таквата постапка и нивното префрлање на преоценка од страна на Уставниот суд, ингеренција која македонските судии ја имале отсекогаш, уште во времето на поранешниот југословенски систем.

Појавата на текстуално-позитивистичкиот пристап во времето на социјализмот

Пишувајќи во контекст на „авторитарниот дискурсивен“ модел во однос создавањето и спроведувањето на правото, за кој претходно стана збор, како типичен за екс-социјалистичките земји, наспроти „рационално-дискурсивниот“ модел кој преовладува во Западна Европа, Родин сумарно го објаснува авторитарниот модел, но и го открива неговото континуирано опстоење и широка распространетост во општествата на земјите од ЦИЕ и ЈИЕ по напуштањето на социјалистичкиот политички систем, на следниот начин:

> „Во посткомунистичките земји на Источна Европа, дедуктивната трансмисија на пропишаното значење [на правните категории] беше и, во најголема мерка, сè уште е присутно во сите сфери на живеење: законодавството, пресудувањето, правната наука, образованието. Власта се подразбира како проста трансмисија на парламентарната волја, а судската функција е подразбрана како ’примена на правото’, а не како решавање на споровите помеѓу странките. Од правната наука не се очекуваше да биде критичка, туку дескриптивна и апологетска, додека функцијата на образованието беше разбрана како трансмисија на неспорната врховна вистина од учителите врз апостолите: *magister dixit, discipulus scripsit.* Конечно, ’објективноста’ на правниот систем дефиниран во времето на комунизмот прерасна во една *доминантна правна култура* којашто членовите на правната професија воопшто не ја

бр. 58/06; 35/08; и 150/10,.

разбраа бидејќи истата ја видоа како универзална ... Јазикот на правото и правните концепти кои беа развиени во услови на аворитарниот дискурс за чудо не исчезнаа со падот на Берлинскиот ѕид. Тие ја надживеаја комунистичката идеологија...“[84]

На едно друго место, истиот автор понудува едно слично историско-филозофско објаснување на корените на феноменот на верноста на судиите од регионот на ЈИЕ кон текстуалниот позитивистички метод, подеднакво, значајно и за македонските судии – „социјалистичката верзија на позитивизмот од Келзенов тип“ изградена уште во времето на поранешната СФРЈ. Според овој автор, „читањето на [Ханс] Келзен во времето на комунизмот беше секако специфично и акцентот беше ставен врз дедуктивниот пристап кон правото и неговата деконтекстуализација. Правото беше и сè уште е претежно подразбрано како да е објективно и лишено од секаков контекстуален обѕир.“[85] Тој нагон кон наводната „објективност“ (деполитизацијата) на правото придонесе за претераниот формализам кој постепено прерасна во „доминантна правна култура“ во Југоисточна Европа.[86]

Историски гледано, нагонот кон „деконтекстуализираното“ или „деполитизирано“ поимање на правото во времето на поранешниот социјалистички режим, кој резултираше со изборот на социјалистичката варијанта на текстуално-позитивистичкиот метод на практикување на правото од (некаков) Келзенов вид има повеќе објаснувања, секако, од идеолошко-политиколошки, но и од социолошко-психолошки и друг вид.

Од идеолошко-политиколошка гледна точка, социјалистичката позитивистичка варијанта на правото и неговото практикување перфектно се вклопуваше во (и му служеше на) екс-социјалистичкиот систем: во системот заснован врз непостоење на вистинска поделба на власт и во кој собранието (кое ја персонифицираше „власта на работничката класа“) формално беше највисокиот чувар на општествените интереси, на судството му беше доделена улогата да служи како прост трансмитер на волјата на владата и законодавецот (доминирани од социјалистичките елити) изразена во јазикот на законот и прописите (задачата на судот да го „применува правото,“ наспроти задачата „да дели правда“ или „да решава спорови помеѓу страните“). Од судиите не се очекуваше да ја оценуваат коректноста на изборот на политиката преточена во законот[87] и покрај тоа што таквата можност формално постоеше дури и во времето на социјализмот.

[84] *Ibid.*, на стр.6.
[85] Rodin, “Function of Judicial Opinion,“ на стр.2.
[86] *Ibid.*
[87] *Ibid.,* на стр.9.

Но, истото може да се објасни и од социолошки-психолошки агол, со оглед на положбата во која се наоѓале судиите во тоа време. Имајќи го предвид авторитарниот карактер на екс-социјалистичкиот политички систем, би можело да се претпостави дека во свеста на многу, ако не и на повеќето судии од тоа време, преферирано било да се задржи една „аполитична,“ или, поточно, една скриено сервилна позиција *vis-à-vis* тогашните социјалистички власти, од идеолошко уверување или од други причини, вклучително и од причини на зачувување на сопствениот комодитет. Последното било најлесно да се оправда преку прифаќање и негување на ригидниот текстуален позитивизам, со оглед на неговиот привидно „објективна“ или „политички-неутрална“ предиспозиција.

Проблемот околу таквиот однос на судиите, се разбира, се состои во тоа што, во контекст на претходно наведените мотиви на судиите, изборот на рестриктивниот текстуален позитивизам како доминантен метод при практикување на правото од страна на судиите е политички чин *per se*. Петер Гравер, при неговата анализа на однесувањето на судиите во најрепресивните режими, укажува на тоа дека, под одредени услови, особено, кога законодавецот „води војна“ со владеењето на правото, „правниот метод станува политичко прашање ... во смисла на тоа што судијата мора да направи избор,“ а, „изборот на методот кој ќе го употреби судијата има директни последици врз обемот на неговото учество во репресијата на режимот.“[88] Правниот позитивизам, меѓу другото, често се поврзува со објаснувањето за тоа зошто судиите придонесуваат кон починувањето недела од авторитарните режими, заради тоа што може да се совпадне со две особини на човековото однесување, сокриената подготвеност на судиите за потчинување кон надворешниот авторитет (владата, суверенот, државата) и одржување на идеологијата на судијата да не се меша во политички работи, со тоа што, позитивизмот, сам по себе, не може да претставува причина за соучеството на судијата во актите на авторитарниот режим, туку претежно, оправдување за тоа.[89] Причините за однесувањето на судиите треба да се бараат во мноштво други фактори, кои се наоѓаат надвор од правото и правната теорија, од психолошка, институционална, социолошка или друга природа.[90]

Веројатно, поаѓајќи од еден таков мултидисциплинарен пристап,

---

[88] Graver, Peter, *Judges Against Justice – On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, 2015, стр. 282-300, особено на стр.288.

[89] *Ibid.*, стр.237. Според Гравер (Graver), двете погорни особини се тие кои би ја објасниле одлуката на судијата да придонесе кон неделата направени од авторитарните режими, бидејќи се наоѓаат на психолошко или идеолошко рамниште, а, не позитивизмот, сам по себе, како одредена теорија на правото или конкретен правен метод, кој се наоѓа на нивото на оправдување на човековото однесување.

[90] Поаѓајќи од тој став, Гравер го истражува феноменот на потчинување на судиите на најрепресивните режими од психолошки, институционален и морален, аспект. *Ibid.*, глава 17, стр.237–251.

Алан Узелац дава едно социолошко и институционално објаснување за настанувањето на социјалистичката – „трета – правна традиција“ (*vis-a-vis* оние на континентално-европското право и *common* law),[91] според кое, оваа била автохтоно создадена од судството и судиите и другите професионални правници како дезидеологизирано. Историски, според овој автор, „...социјалистичките правници никогаш не беа ’социјалистички’ според суштината; тие само наметнуваа тенка покривка на идеолошко оправдување за нивното делување со цел да го осигураат сопствениот легитимитет во очите на политичкиот режим. Со текот на времето, меѓутоа, правните институции [судството] и правниците во претходно социјалистичките земји развија една специфична мешавина на особини која одредува ’уникатно споделено нешто’ што го создава поимот на ’правната традиција.’ Сепак, тоа ’уникатно споделено нешто’ во основа не беше социјалистичко и, како резултат на тоа, можеше да го преживее падот на социјализмот.“[92] А, тоа ’уникатно споделено нешто,’ односно, правната традиција на судиите и правниците, во новонастанатите постсоцијалистички околности, меѓу другото, втемелено е врз продолженото сфаќање на правото од страна на судиите и другите професионални правници како „волја на владејачките политички елити,“ односно, како „...не помалку инструментално отколку што беше порано.“[93]

[91] Според поделбата на Мериман на три највлијателни правни традиции на времето: оние на континентално-европското право, *common* law и социјалистичкото право. Merryman, Henry John, *The Civil Law Tradition*, стр.1. Сумарно, правната традиција на социјалистичкото право се засновува врз гледиштето според кое намената на правото е инструментална (т.е. правото мора да им служи на економските и социјални политики), тоа настојува да ги надмине социјалните и економски неправди на „бужоаското право“ и врвната цел на правото е средство на политичката елита, односно, на „владејачката класа“ во општеството, т.е. работничката класа. Uzelac, Alan, “Survival of the Third Legal Tradition,” *49 Supreme Court Law Review* (2nd) (2010), 377, на стр.377–378.

[92] Uzelac, *ibid.,* на стр.380.

[93] *Ibid.*, на стр. 380–381. Овој автор, меѓу другото, посочува на фактот дека чувањето на екс-социјалистичката правна традиција од судиите (професионалните правници) по напуштањето на социјализмот се должи на интересно-заснованата организираност и затвореност на судската (професионално-правничка) елита, составена од еден „затворен круг на (често семејно поврзани) поединци со подеднаков интерес,“ што, меѓу другото, го илустрира преку нивното инсистирање врз организациската автономија и самоуправувањето со судството, под велот на „независноста на судството,“ разбрано надвор од гаранцијата за независно судење во единечните случаи. *Ibid.*, стр. 394.

Верноста на судиите кон текстуалниот позитивизам продолжи и по трансформацијата на уставното уредување во Република Македонија во либерално демократско уредување

Во една понова студија, Блокманс напиша дека „сенката на авторитарната и комунистичка ментална свест, кај која од судиите се очекуваше да ја следат – а не да ја толкуваат – волјата на законодавецот, сè уште е широко надвисната над Југоисточна Европа.“[94]

Ако, појавата на ригидниот текстуално-позитивистички пристап од „Келзенов вид“ околу разбирањето на правото и негово практикување од страна на судиите може полесно да се разбере во условите на екс-социјалистичкото уредување по поранешната СФРЈ, фактот што истиот пристап продожи да се негува од македонските судии и по трансформацијата на уставното уредување во Република Македонија во либерално-демократско уредување на почетокот на 90-тите години на минатиот век, бара пошироко објаснување. Во услови на либерално-демократско уредување, засновано *inter alia* врз принципите на поделба на власт, владеење на правото и заштита на човековите права, како уставни темелни вредности,[95] од судството се очекуваше да ја преземе функцијата на контрола на законодавната и извршна власт во заштита на овие уставни вредности. Од судиите се очекуваше да ја напуштат функцијата на прост „применувач на законите“ што ја имаа во екс-социјалистичкиот систем и ригидното текстуално-позитивистичко разбирање и практикување на правото што го овозможуваше остварувањето на таквата ограничена судска функција, како несоодветни на новиот демократски поредок.

Па, сепак, македонските судии (како и оние од поширокиот регион) не ја прифатија новата улога својствена за демократското уставно уредување. Тие продолжија да ја негуваат наследената навика на фунционирање како прост трансмитер на волјата на законодавецот (сега, како „репрезент на волјата на народот,“ наместо на „волјата на работничката класа“) и на извршните власти преточена во законите, преку ограничената функција на прост „применувач на законот“, а со помош на рестриктивното читање на „словото на законот“ како доминантен метод.

Причините за тоа се многубројни и се наоѓаат вон правото и правната теорија,[96] а се совпаѓаат *mutatis mutandis* со причините кои историски доведоа до

[94] *Blockmans*, во, Rodin/Perišin (eds.), Judicial Application of International Law in Southeast Europe, 2015, на стр.306.

[95] Член 8 на Уставот на Република Македонија од 17.11.1991, заедно со амандманите на Уставот I-XXXII, Сл. весник на Република Македонија бр. 52/91; 1/92; 31/98; 91/01; 84/03; 107/05; 3/09 and 49/11.

[96] Види, ја на пример, анализата во Graver, *Judges Against Justice*, глава 17, стр.237–251, каде авторот го истражува феноменот на потчинување на судиите на најрепресивните режими од

создавањето на правната култура манифестирана преку екс-социјалистичкото поимање на правото и методот на практикување на правото, кои треба да се дообјаснат во современиот општествен контекст.

Гледано од поширокиот – политиколошки агол, неспорен е фактот дека и покрај формалното прокламирање на новото демократско уредување на почетокот на 90-тите години од минатиот век, во начинот на функционирање на политичкиот систем во Република Македонија (и пошироко – во земјите од регионот на ЈИЕ) не беа напуштени белезите на авторитарно владеење својствени за претходниот систем, манифестирани преку надреденоста на извршната и законодавна власт доминирани од политичките партиски елити, меѓу другото, врз судството, до тој степен до кој таквата појава зема замав на т.н. „партизирано" или „заробено" судство.

Во такви услови, со чесни исклучоци, судиите не се ослободија од нагонот да им се потчинуваат, или, најмалку, да не им се спротивставуваат, на наметливите власти, меѓу другото, упорно држејќи се до рестриктивниот текстуален позитивизам како привидно „неутрален" или „аполитичен" метод. Мотивите за тоа кај судиите се од различен карактер. Кај некои судии, мотивите за ова потчинување се чисто лукративни, или, кариеристички, идеолошки или тесно-партиски засновани. Овој тип судии не заслужуваат посебно место во оваа расправа со оглед на нивната свесна одлука за директно служење на власта. Кај други судии, од редот на оние кои ја задржале чесноста кон професијата, а кои, според наше мислење, го сочинуваат мнозинството македонски судии, мотивот за слепото „придржување кон законот" со помош на ограничениот текстуален позитивизам (без да се преиспитува исправноста на тој закон од судијата кога има потреба за тоа) се состои во избегнувањето на претпоставениот ризик да се замерат со власта, односно, да одржуваат некаква политичка неутралност *vis-à-vis* актуелната власт, што е овозможено со текстуално-позитивистичкиот пристап.

Кај најголемиот број од „чесните судии," пак, мотивот за придржување кон текстуалниот позитивизам, а со тоа и кон (повеќе, несвесното) *de facto* потчинување на законодавната и извршна власт се сведува на инертната инстинктивна претстава на судиите за тоа дека „примената на законот" и „држењето до словото на законот" се единствено иманентни на судската функција.[97] Со други зборови, мотивот кај овие судии е, повеќе, од когнитивна природа и се сведува на начинот на поимање (поточно, рестриктивното поимање) на правото воопшто и на судската функција наследен уште од социјалистичкото време. Во таа смисла, објаснувањето на Родин околу неразбирањето кај судиите на основните постулати на ново-инаугурираниот демократски правен поредок

психолошки, институционален, морален аспект.

[97] Види *id.,* на стр.15–16, 240.

и на сопствената улога во него, заради фактички непроменетиот „авторитарен дискурсивен“ модел во однос на создавањето и спроведувањето на правото наследен од социјализмот и „семантичката дисонанца“ произведена во тој модел, секако е релевантно за објаснување на овој културолошки феномен.[98] Но, да се потсетиме, при објаснувањето на „авторитарниот дискурсивен“ модел, истиот автор, меѓу другото, укажа и на тоа дека „...дедуктивната трансмисија на пропишаното значење [на правните категории] ... во најголема мерка сè уште е присутно во сите сфери на живеење...“ и дека таа *inter alia* се однесува и на образованието во областа на правото, чијашто функција „...беше [и сè уште е] разбрана како трансмисија на неспорната врховна вистина од учителите врз апостолите: *magister dixit, discipulus scripsit.*“[99]

Според тоа, истражувањето на корените на феноменот на упорно негување на рестриктивниот позитивизам од македонските судии, меѓу другото, би морало да го провери и начинот на образување на идните судии уште во времето на стекнување на правното образование на бројните универзитети во Република Македонија,[100] како и, во поново време, на образованието кое тековните и идни судии го стекнуваат во рамките на почетната и континуирана обука на судиите и обвинителите при Академијата за судии и јавни обвинители. За почеток, неопходно е да се проучат содржините на курикулумите на правните студии на универзитетите во сите степени, како и на програмите за обука на Академијата, особено, кај воведните или теоретски предмети или тематски целини, со цел да се истражи дали во овие курикулуми сè уште не се провлекува рестриктивното поимање на правото и на правниот метод што им се понудува на идните и тековни судии (односно правници), како и на судската функција во тој контекст.

Конечно, ограничувањата од институцонална природа[101] играат огромна улога во негувањето на „традицијата“ на лимитирано разбирање на правото и судската функција и на рестриктивното практикување на правото преку екцесивниот текстуален позитивизам во македонското судство. Дури и оние судии кои се доволно образовани и подготвени да ја остваруваат контролната функција врз важечкото законодавство при правораздавањето врз основа на уставните, меѓународните или европски правила и принципи, со

---

98 Види Rodin, Discourse and Authority in European and Post-Communist Legal Culture,” на стр.5-.

99 *Ibid.,* на стр. 6.

100 Тамара Чапета, меѓу другото, своевремено, сугерираше дека вистинското место за промена на постојната правна култура кај хрватските судии (судиите од ЈИЕ) би требале да бидат правните факултети, на начин на којшто „[п]равната едукација би требала да биде адаптирана така, што би подготвувала идни ’мислечки’ судии.“ Ćapeta, Tamara, “Courts, Legal Culture and EU,” vol. 1 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (2005), достапна на http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/2/2 , стр. 21.

101 Види Graver, *Judges Against Justice*, на стр.243–246.

помош на богатата методологија на толкување и примена на правото која ги вклучува и методот на телеолошко резонирање и консултирањето на општите правни принципи (судската пракса итн.), подлежат на колективен притисок од нивните „постари" колеги да не отстапуваат од „традицијата" на рестриктивно практикување на правото како иманентна на македонското судство. Таквиот колективен притисок е, особено, возможен во услови на хиерархиски поставената организација на судството.

Заклучок

Македонската правна култура се засновува врз исти темели врз кои е фундирана и европската правна култура. Па, сепак, постои сериозно отстапување кај македонската од европската правна култура, кое се сведува на посебната свест или ментални навики стекнати од судиите (воопшто, правниците) во тековното работење уште во времето на социјализмот, а кои сѐ уште доминираат во денешно време. Упорното негување на оваа свест и по воспоставувањето на демократскиот поредок во Република Македонија може да се објасни преку различни фактори, вклучувајќи го авторитарниот карактер на фактичко владеење вкоренет во македонскиот политички систем, кој силно се наметнува врз судството, како и природниот нагон кај судиите, свесно, или, несвесно, да им се потчинуваат на наметливите власти, или преку други психолошки фактори. Истиот може да се објасни и преку недоволното разбирање кај судиите на основните правни категории предизвикани од авторитарниот дискурсивен пристап кон создавањето и примената на правото, кој ја надживеа демократизацијата на поредокот, а кој предизвикува семантичка дисонанца во однос на новоусвоените темелни принципи врз кои се засновува новиот поредок. Понатаму, преку правното образование кое им се нуди на тековните и идни судии (професионални правници), институционалните притисоци кои ја спречуваат промената на свеста кај судиите и мноштво други фактори, што сѐ заедно, бара посериозно истражување на еден аналитички и систематизиран начин.

Во секој случај, „сенката на авторитарната и комунистичка ментална свест [кај судиите] ... сѐ уште е широко надвисната над Југоисточна Европа,"[102] и таа ја одржува, меѓу другото, тенденцијата на судиите да задржат навидум „неутрален" став при правораздавањето во однос на законодавната и извршна власт *inter alia* преку упорното негување на ограничениот текстуален позитивизам, како доминантен белег на нивната правна култура. Последното го

[102] Blockmans, во, Rodin/Perišin (eds.), *Judicial Application of International Law in Southeast Europe*, 2015, на стр.306.

попречува остварувањето на основната функција на судството во македонскиот демократски заснован уставен поредок да делува како делител на правдата и како заштитник на владеењето на правото и човековите права. Истото ја попречува и квалитетната примена на меѓународното право и правото на Европската Унија од страна на судовите, кои интензивно навлегуваат во внатрешниот поредок и сè повеќе ќе продираат во него како ќе се забрзува процесот на интегрирање на Република Македонија во ЕУ.

Неопходна е адаптација на тековната правна култура кај македонските судии со оглед на „европската правна култура,“ во контекст на „европеизацијата“ на македонските судови како клучна компонента во евроинтеграцискиот процес. Таквата адаптација е долгорочна и сложена постапка, која не може да се реализира преку просто воведување на формални мерки со кои се наложуваат институционални промени или се создаваат законски обврски за судиите за „усогласување со практиките и искуствата во ЕУ,“ односно, преку наследениот „авторитарен дискурсивен“ пристап. Овој пристап само би го техницизирал процесот на адаптација до ниво на предизвикување на импотентни и – неретко – карикатурални практики на судовите,[103] доколку не се пристапи кон еден суштински долгорочен процес на реално согледување на состојбите околу тековната правната култура и соочување со таквите состојби во една „рационална дискурсивна“ расправа, пред сè, од страна на самите судии.

Во таа смисла, на ум доаѓаат бројните реформи преку законодавни интервенции низ кои, во изминатите години и децении проаѓаше македонското судство и правосудство, вклучувајќи ја и најновата реформа во правосудството која е во тек. Додека, од една страна, таквите реформи, повеќе, во техничка или институционална смисла беа (и сè уште се) неопходни, од друга страна, остана недопрена една суштинска константа во судството (правосудството) која ги преживеа сите овие реформи, а која темелно го предодредува карактерот и квалитетот на судството, правната култура на судовите. Едноставно речено,

[103] Во таа смисла, на памет паѓа примерот со законската интервенција во Законот на судовите со која, со намера да се отвори – инаку – претерано текстуалниот пристап судовите при пресудувањето, на судиите им се наложи, при примената на членот 6 од Европската конвенција за правата на човекот, да ја консултираат релевантната практика на ЕСЧП. Иако, овој скромен чекор е за поздравување, таквиот обид за европеизирање на домашното правораздавање, барем засега, се претвори во редовна практика на судиите на просто формално констатирање на (наводната) усогласеност на веќе донесените одлуки со „праксата на Судот во Стразбур,“ без наведување на „консултираните“ пресуди на овој Суд, а уште помалку, со суштинска анализа на пресудите на ЕСЧП. Импонтентноста на последниот обид би се објаснила – најповеќе – со неусогласноста помеѓу правна култура типична за работатата на македонските судови со референтната правна култура во однос на која се бара промената, во случајот, со онаа на Судот во Стразбур, која би морала да биде пресретната суштински, а не со просто законско наметнување на обрски за судиите.

„гледајќи во лисјата, да не заборавиме да ја видиме шумата“ наречена правна култура на македонско судство (правосудство) кое треба сериозно да го подигне својот квалитет.

Во прв ред, неопходно е да се направи една сеопфатна научно-фундирана анализа, пред сè, на моменталната правна култура кај судиите (воопшто, кај професионалните правници) во Република Македонија, како и на „европската правна култура“ како референтен модел, во сите димензии кои произлегуваат од најшироката дефиниција на „правната култура,“ вклучително и во историски, политиколошки, социолошки, психолошки, филозофски, образовен, економски и друг контекст. Во овој труд се само првично нафрлени некои аспекти релевантни за таквата анализа.

Но, пред сè, врз основа на сознанијата од погорната анализа, неопходно е да се пристапи кон една широка и сукцесивна расправа околу точките идентификувани во анализата, во најширок состав, со учество на судиите, обвинителите, адвокатите и другите учесници во правосудството, понатаму, на академските правници, претставниците на Академијата за судии и јавни обвинители, надлежните министерства итн. Да не се заборави, на ова место бевме првенствено фокусирани на судиите и нивната правна култура, но во создавањето и негувањето на нивната правна култура и – воопшто – на правната култура во Република Македонија свој удел имаат, подеднакво, и сите претходно наведени (и други) чинители.

Овој труд беше насочен токму кон иницирање на една таква широка расправа, во надеж дека истата ќе доведе до една „нова идеолошка дескрипција на судската функција,“[104] како ургентна задача во Република Македонија и до постепено европеизирање на правната култура кај македонското судство.

Библиографија

Aarnio, Aulis (ed.), *Justice, Morality and Society. A Tribute to Alexander Peczenik on the Occasion of His Birthday 16 November 1997,* Lund: Juristförlaget Lund, 1997;

Albi, Anneli, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005;

Arold, Nina-Louisa, *The Legal Culture of the European Court of Human* Rights, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2007;

Charles H. Koch Jr., Envisioning a Global Legal Culture, 25 Mich. J. Int’l L. 1, 2003;

Comparato, Guido, *New Voices: Challenging Legal Culture,* 7 *Eur. J. Legal Stud.* 5,

[104] Kühn, “The Application of EU Law in the New Member States,“ на стр.580.

17, 2014;
Craig, Paul, and Grainne De Burca, *EU Law – Text, Cases and Materials*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2011;
Croatian Accession to the European Union: Economic and Legal Challenges, edited by Katarina Ott. Books on Croatian Accession to the European Union from Institut of Public Finance, 2003;
Croatia on the Path to the EU: Political, Legal and Economic Aspects, edited by Thomas Bruha, Bojana Vrcek,, Wass Graf, and Andreas von Czege. Hamburg: Europa-Kolleg Hamburg, Institut für Integrationsforschung, 2003;
De Sousa Santos, Boaventura, *A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law*, 14 J. L. & Soc'y, 1987;
European Legal Systems are not Converging, 45 *International and Comparative Law Quarterly*, 1996;
Featherstone, K. and C. Radaelli (eds.), *The Politics of Europeanisation*, Oxford: Oxford University Press, 2003;
Frankenberg, Günter, *Critical Comparison, Re-Thinking Comparative Law*, 26 Harward Int'l L. J., 1985;
Friedman, M. Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation, 1975;
Georgievski Sašo, and Veronika Efremova (Ch. eds.). *European Union Law Application by the National Courts of the EU-Membership Aspirant Countries from South-East Europe*, Skopje: Centre for SEELS, 2014;
Ginsburg, T. Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes,* Cambridge: Cambridge University Press, 2008;
Graver, Peter, *Judges Against Justice – On Judges When the Rule of Law is Under Attack*, 2015;
Grossfeld, Bernhard, *Core Questions of Comparative Law*, Durham, NC: Carolina Academic Press, 2005;
Helleringer, Geneviéve and Kai Purnhagen (eds.), *Towards a European Legal Culture*, C.H.Beck-Hart-Nomos, 2014;
Huls, Adams, Bomhoff (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, 2009;
Junker, W. Kirk, *Legal Culture in the United States – An Introduction*, New York: Routledge, 2016;
Kühn, Zdenek, *European Law in the Empires of Mechanical Jurisprudence: The Judicial Application of European Law in Central European Candidate Countries*, 1 Croatian Yearbook of European Law and Policy no.1, 2005;
Kühn, Zdenek, *The Application of EU Law in the New Member States: Several Early Predictions*, 6 German Law Journal no.3, 2005;
Nelken, David and Johannes Feest (eds.). *Adapting Legal Cultures*. Portland, Oregon:

Hart Publishing. 2001;
Nelken, David and Johannes Feest (eds.), *Comparing Legal Cultures*. Darmouth: Aldershot, 1997;
Palier, Bruno, and Yves Surel (eds.), *L'Europe en action: l'europeanisation dans une perspective compare*, Paris. L'Harmattan, 2007;
Reimann, Mathias, *The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century*, 50 Am. J. Comp. L., 2002;
Rodin,Siniša and Tamara Perišin (eds.), *Judicial Application of International Law in Southeast Europe*, Springer, 2015;

Sacks, G. Peter, *Law and Custom: Reflections on the Relations Between English Law and the English Language*, 18 Rechtstheorie, 1987;
The Legitimacy of Highest Courts' Rullings, Judicial Deliberations, and Beyond, edited by Nick Hulls, Maurice Adams, and Jacco Bomhoff., Asser Press, 2009;
Tridimas, T.. *The General Principles of EC Law*, 1999;
Usher, J.. *General Principles of EC Law*, 1998;
Uzelac, Alan, *Survival of the Third Legal Tradition*, 49 Supreme Court Law Review (2nd), 2010;
Weiler, H.H.J.*, The Political and Legal Culture of European Integration: An Exploratory Essay*, 9 Int'l J. Const. L., 2011;
Wieacker, Franz, *Foundations of European Legal Culture*, 38 Am. J. Comp. L., 1990;
Zweigert, Konrad, and Hans-Jürgen Puttfarken, *Statutory Interpretation - Civilian* Style. 44 Tul. L. Rev., 1970;
Виенската конвенција за договорното право (Службен весник на СФРЈ – Меѓународни договори – бр.30/72);
Георгиевски Сашо, *Интернализација на меѓународното право во правниот поредок на Република Македонија*, V Zagrebačko-Skopski pravni kolokvij – Zbornik radova, Zagreb:Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet, 2015;
Закон за судовите (2006);
Устав на Република Македонија (1991);
Фрчкоски, Д..Љ., Георгиевски, С. И Т. Петрушевска, *Меѓународно јавно право,* Скопје: Магор, 2012.

Интернет - извори

http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/1/1
http://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/2/2

Prof. Dr.sc Sasho Georgievski[105]

EUROPEIZATION OF THE MACEDONIAN JUDICIARY IN THE ACCESSION PROCESS OF THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA TO THE EUROPEAN UNION – contribution to the discussion on the necessary adaptation of the legal culture in the Macedonian judiciary

Summary

This article offers analyses of the relationship between the European legal culture and the legal culture of Macedonian judges. Its aim is to contribute to the required process of gradual adaptation of the local to the "European legal culture" by Macedonian judges (and other legal professionals) as part of the "Europeanaization" of the Macedonian judiciary and judicial practice in the country's Euro-integration context.

The analyses demonstrate that, notwithstanding the fact that Macedonian and European legal culture are based on same foundations, there is a serious deviation in the culture of Macedonian judges when compared with the European legal culture, expressed by restrictive understanding of law and law practicing that have been acquired by judges (and other legal professionals) ever since ex-socialist times, which dominate even today. The persistent nourishing of such limited legal culture by judges after the democratization of the Macedonian constitutional order can be explained by various factors, including by the – still present - authoritarian elements in the Macedonian system of political governance, with the executive sitting above the judiciary, as well as by the natural urge of many judges to submit themselves – consciously or unconsciously – to the assertive government, or by other psychological factors. It could be also explained by the limited understanding of judges of basic legal categories caused by the authoritarian discoursive approach towards creation and application of law that has outlived the democratization of the legal order and that produces semantic dissonance with respect to the newly-adopted fundamental principles on which the new order is based. Explanation for the same could be equally found in the insufficient legal education offered to present and future judges (professional lawyers), institutional pressures that impede the legal awareness of judges, and in many other factors, that altogether necessitate serious further analyses in an analytical and systematic way.

There is and obvious need for transformation of the current legal culture

[105] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

of Macedonian judges as a key component of the process of Europeanization of the Macedonian judiciary. For that, a comprehensive science-based study on the current state of the Macedonian legal culture should be prepared upon which continuing discussions should proceed with participation of all relevant stakeholders, including judges, public prosecutors, practicing lawyers, legal academics, representatives from the Macedonian Academia for Judges and Public Prosecutors and from competent ministries, and other relevant actors.

Key words: *legal culture, Europeanization, judges, Macedonian judiciary.*

проф. д-р Горан Коевски[1]
доц. д-р Дарко Спасевски[2]

СТЕЧАЈНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ДОГОВОРОТ ЗА ГРАДЕЊЕ

УДК: 347.739:[347.754:69(497.7)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Стечајната постапка треба да овозможи намирување на побарувањата на доверителите. Имотот на должникот е ресурсот од кој се врши намирувањето на побарувањата на доверителите. Имотот на должникот се состои од предмети, права и пари. Правата, иако се изразени во нематеријална форма, имаат своја вредност која може да биде предмет на впаричување. Посебен сегмент на права кое може да се впаричува е правото на градење. Предмет на анализа на овој труд се поимот, карактерот, опфатот и начинот на впаричување на правото на градење.

Клучни зборови: *стечајна постапка, имот на должникот, право на градење.*

1. ВОВЕД

Стечајната маса е механизмот со кој се остваруваат целите на стечајната постапка. Целите на стечајната постапка дефинирани согласно со Законот за стечај се изразени како: „стечајната постапка има за цел колективно намирување на доверителите на стечајниот должник со впаричување на должниковиот имот и распределба на остварените средства (приходи) на доверителите или со склучување на посебен договор за порамнување на побарувањата утврдени со планот за реорганизација што е насочен кон натамошно одржување на должни-

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[2] Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

ковиот деловен потфат.“[3] Во основа стечајната маса е материјалниот супстрат за реализирање на стечајната постапка. Доколку нема стечајна маса, нема стечајна постапка.

Стечајната маса, како целина ја сочинува целокупниот имот на стечајниот должник на денот на отворањето на стечајната постапка, како и имотот што ќе биде стекнат во текот на траењето на стечајната постапка[4]. Во таа целина на стечајната маса, опфатени се права од нематеријален карактер. Имено, согласно со член 2, став 1, точка 16 од Законот за стечај, имотот на должникот се состои од: „имотот, правата и интересите на должникот, вклучувајќи ги правата и интересите во имотот без оглед дали е во владение на должникот или не, материјалните и нематеријалните права, правата на интелектуална сопственост, правата на движен и недвижен имот, вклучувајќи ги и правата на должникот во оптоварениот имот, односно имот кој е во сопственост на трети лица”.

Мотивите за овој труд произлегуваат од одредбите содржани во член 13 и член 70-а од Закон за градење[5] и членовите 2 и 8, став (5) од Закон за заклучување на стечајните постапки, отворени согласно со законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај[6]. Практиката наложи со посебни одредби да се уреди прашањето за правото на градење како нематеријално право, во ситуациите кога ова право се јавува како дел од стечајната маса во одредена стечајна постапка.

Согласно со членот 13 од Законот за градење, како носител на право на градење се јавува и „(...)лице кое се стекнало со право на градење со решение на стечаен судија при продажба на правото на градење во стечајна постапка(...)“, како и одредбата од членот 70-а, став (1), според кој „(...) промена на инвеститор се врши и доколку правно или физичко лице се стекнало со право на градење со решение на стечаен судија при продажба на правото на градење во стечајна постапка“.

Понатаму, уште еден законски пропис го уредува прашањето за пренос на право на градење во стечајна постапка. Имено, согласно со членот 2, став (3) од Закон за заклучување на стечајните постапки, отворени согласно со законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај, „(...) предмет на постапката за впаричување на имотот на стечајниот должник е и правото на градење за неизграден објект за кој е издадено одобрение за градење, кое се

[3] Види: член 3, став 1 од Законот за стечај, „Службен весник на РМ“, бр. 34/2006, 126/2006, 84/2007, 47/2011, 79/2013, 164/2013, 29/2014, 98/2015 и 192/2015.

[4] Види: член 74 од Законот за стечај.

[5] Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 130/2009, 124/2010, 18/2011, 36/2011, 54/2011, 13/2012, 144/2012, 25/2013, 79/2013, 137/2013, 163/2013, 27/2014, 28/2014, 42/2014, 115/2014, 149/2014, 187/2014, 44/2015, 129/2015, 217/2015, 226/2015, 30/2016, 31/2016, 39/2016 и 71/2016.

[6] Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр.12/2014.

предбележува во јавната книга во која се запишуваат правата на недвижностите со решение на стечајниот судија.“ Исто така, релевантен е и членот 8 од овој Закон со кој се уредува прашањето за начинот, постапката и роковите за продажба на имотот од стечајната маса.

Во таа смисла, се поставува дилемата, генерално, каков ќе биде пристапот кон правото на градење, во стечајната постапка. Како специфични прашања кои се покренуваат во тој контекст, може да наведат следните: дали правото на градење може да биде предмет на промет, дали може да биде дел од стечајна маса, каква е процедурата за пренос на право на градење, кои се спецификите на отуѓување на правото на градење во стечајна постапка наспроти други постапки, специфики на постапката за процена на вредноста на право за градење, каков е карактерот на правното дело за пренос на право на градење (самостоен карактер или дел од друго правно дело – на пример: договор за заедничка градба), какво е временското траење на правото на градење и сл.

2. ТЕОРЕТСКО ПРАВНИ И СПОРЕДБЕНО ПРАВНИ ПОСТАВКИ НА ПРАВОТО НА ГРАДЕЊЕ

Потребата за градење на зграда на туѓо земјиште постои од времето кога се воспоставило правото на приватна сопственост на градежно земјиште.[7] Неспорно е дека градежното земјиште претставува ограничен ресурс. Поради тие причини потребно е да постојат соодветни правни механизми кои ќе овозможат максимална искористеност на градежното земјиште. Причините за ваквите мотиви на законодавците за максимална искористеност на градежното земјиште може да бидат во основа економски, но истовремено и силно изразени социјални мотиви, со цел обезбедување на домување за пошироката заедница. Во таа насока, во различни правни поредоци се развиле различни правни институти кои треба да овозможат максимална рационалност при користењето на градежното земјиште. Тука може да ги вброиме, правото на градење, правото на трајно користење на градежно земјиште како и правото на долготраен закуп.

Правото за градење, припаѓа во сетот на стварните права. Ова стварно право е од понов карактер. Истото првпат во Европа се среќава на почетокот на дваесеттиот век и тоа во Германија во 1919 година и во Австрија 1912 година.[8] Во австриското право во тој период се развива правниот институт Baurecht, а во

[7] Види: Simmoneti P, „Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe“, Зборник на трудови од меѓународен симпозиум, „Современото право, правна наука и Јустинијановата кодификација“, том I, Правен факултет „Јустинијан Први“, 2004, Скопје.

[8] Види: „Vodič za primjenu instituta prava građenja”, Projekat unapređenja lokalnog razvoja (Gold), USAID, достапно на http://www.fipa.gov.ba/atraktivni_sektori/gradjevinarstvo/Vodic%20za%20primjenu%20institu ta%20p

Германија се создава аналоген концепт означен како Erbbaurecht.[9] Erbbaurecht го опфаќа правото да се гради, одржува и има во сопственост зграда на туѓо земјиште.[10] Правото на градење во германското право има слична улога со правото на закуп на градежно земјиште, но има и некои разлики и тоа, прво се работи за стварно право (право in rem), кое го штити носителот на правото на градење од пренос на земјиштето, односно доколку сопственикот на земјиштето го продаде земјиштето, објектот останува во сопственост на носителот на правото на градење и второ, правото на градење може да биде предмет на хипотека.[11] Во основа правото на градење, во германското подрачје треба да биде стварно-правен механизам кој ќе овозможи економски заштеди, на начин на којшто ова право ќе биде замена на потребата да се трошат пари за купување на земјиштето.[12]

Градежното земјиште во периодот на почетокот на дваесеттиот век во големите градови во Европа претставува ограничен и скап ресурс кој е тешко достапен.[13] Од тие причини, на огромен број жители на големите градови им била отежната можноста за решавање на станбеното прашање преку изградба на сопствен дом, бидејќи, во цената влегувала и цената на земјиштето.[14] Од друга страна, сопствениците на земјиштето, најчесто субјекти на јавното право, не биле мотивирани да градат, ниту да го продаваат земјиштето.[15] Како компромис на овие тенденции се јавува ново стварно право, т.е. правото на градење.

Во споредбеното право, како право на градење, се подразбира ограничено стварно право на нечие земјиште кое го овластува носителот на правото на градење, на површината на земјиштето или под површината, да изгради нешто, а сопственикот на земјиштето тоа да го трпи. Поконкретно, правото на градење значи: 1) право на градење на сопственик на земјиштето, кога истото право постои заедно со правото на сопственост на земјиштето и 2) право на градење на несопственик кој се стекнал со тоа право со правно дело, односно различни лица се сопственици на правото на градење и сопственици на земјиштето. Според Петар Симонети (Petar

rava%20gradjenja%20u%20FBiH.pdf, пристапено на 22.4.2017 година.

9 Види: Simmoneti P., „Odlike prava građenja i superficijarnog prava”, Zbornik Pravnog fakulteta. Sveučiliste Rijeka, 2013, стр. 5, достапно на hrcak.srce.hr/file/171846, пристапено на 14.4.2017 година.

10 Види: Reimman Mathias, Zekoll Joachim, „Introduction to German law”, Kluwer Law International, 2005, стр. 234. Повеќе за ова види: Merve van der Cornelius, Verbeke Alain-Laurent, „Time-Limited Interest in Land”, Cambridge University Press, 2012.

11 Ibid. стр. 234.

12 Види: Hertel Christian, Wicke Hartmut, „Real property law and procedure in European Union – Nationa report - Germany”, достапно на http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Germany.PDF , пристапено на 22.4.2017 година, стр. 9–10.

13 Види: „Vodič za primjenu instituta prava građenja“, op.cit.

14 Ibid.

15 Ibid.

Simonetti), „темелното овластување на правото на градење, не е да се има право на градење, туку да се има сопственост на зграда, која е правно одвоена од оптовареното земјиште“.[16]

Правото на градење ја раздвојува трајно зградата од земјиштето како потполно самостојна недвижност, односно правото на градење се смета за самостојна недвижност, раздвоена од земјиштето, а зградата изградена се смета за одвоена од земјиштето, која нераскинливо му припаѓа на правото на градење. Со правото на градење не се укинува начелото *superficies solo cedit*, туку природното земјиште се заменува со вештачко правно земјиште, т.е. правото на градење, како втор вид земјиште. Во таа смисла правото на градење е ограничено стварно право на туѓо или сопствено земјиште и самостојна недвижност со зграда која правно ја одвојува од земјиштето. Објект на правото на градење е површината на земјиштето, но и подземјето. Според тоа, може да се воспостави право на градење на површината на земјиштето во корист на едно лице, под површината на земјата во корист на друго лице, или двете права во корист на исто лице.[17]

Темелното овластување на правото на градење, не е да се даде правото да се гради, туку да се има право на сопственост на зградата која е правно одвоена од оптовареното земјиште, на површината или под површината на тоа земјиште.[18]

Правото на градење во хрватскиот правен систем се бележи како: 1) ограничено стварно право во листот Ц од земјишно книжната влошка и како самостојна недвижност во новонастаната земјишна книжна влошка која е поврзана со земјишно книжната влошка во која е запишан товарот на земјиштето.[19]

Современото право на градење го раздвојува правниот монолит на земјиштето и зградата како две посебни самостојни недвижности, односно два посебни објекти на правото. Ова право ја неутрализира привлечната моќ на земјиштето, па зградата уште со поставување на темелите *in statu nascendi* правно се одвојува од земјиштето. Основна поставка на овој концепт е дека правото на градење ја презема улогата на земјиштето, како „правно земјиште“ и зградата станува прирасток на „отелотворено“ право на градење, како тоа право да е самото земјиште.[20] Она што е особено важно во контекстот на погоре изнесеното, е дека истовремено не може да има три различни субјекта и тоа сопственик на земјиште, носител на право на градење и сопственик на објект, туку сопственоста на објектот или му припаѓа на сопственикот на земјиштето или му припаѓа на имателот на правото на градење.

[16] Види: Simmoneti P., op.cit. стр. 6.
[17] Ibid. стр. 6.
[18] Ibid. стр. 7.
[19] Ibid., стр. 7–8.
[20] Ibid. стр. 9.

Правото на градење како посебен правен институт е моделиран на начин што треба да одговори соодветно во исполнувањето на функциите поради кои овој правен институт е воведен во правните системи. Во таа смисла, како посебни функции на правото на градење се наведуваат:

- Социјална функција која на сиромашните слоеви на населението треба да им обезбеди можност за стекнување на кров над глава, односно да градат без да имаат потреба да купуваат во сопственост градежна парцела;
- Економска функција која им овозможува на сопственикот на градежно земјиште, преку вложување на правото на градење во ортачка заедница, да може да се поттикне градежната активност, и
- Правна функција која се изразува со одвојување на земјиштето и објектот, односно поврзување на објектот со правото на градење.[21]

Правото на градење, со своите карактеристики и модалитети во една засебна целина е уредено во хрватскиот Закон за сопственост и други стварни права[22] во делот шест. Правото на градење, како што е поставено во хрватското позитивно право ги следи претходно изнесените теоретски поставки. Имено, согласно со членот 280 од хрватскиот Закон, правото на градење е определено како ограничено стварно право на нечие земјиште, кое носителот на тоа право го овластува на површината на тоа земјиште или под површината да има сопственост на зграда, а сопственикот на земјиштето да го трпи тоа. Правото на градење, во правна смисла е изедначено со недвижноста.[23] Во таа смисла е и одредбата од членот 283 според која правото на градење не може да се одвои од земјиштето кое е оптоварено, па лицето кое ќе стекне сопственост на оптовареното земјиште по било кој правен основ, стекнало земјиште оптоварено со право на градење.

Добивањето на карактер на прометливост на правото на градење е определено со членот 285 од хрватскиот Закон, според кој, правото на градење може да биде предмет на: 1) отуѓување, 2) наследување, 3) оптоварување со службеност, 4) стварни товари и 5) заложно право.

Правото на градење се стекнува врз основа на правно дело кое треба да биде во писмена форма.[24] Содржината на правното дело содржи стварно-правни елементи и облигационо-правни елементи. Страните, по принципот на слобода

21 Ibid. стр. 13–16.

22 Види: Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava, достапно на https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima, пристапено на 10.4.2017 година.

23 Види: член 280, став (2) од Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava.

24 Види: член 287, став (2) од Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava.

на договарање, можат содржината на правното дело да ја одредат по свое наоѓање, но притоа мора да водат сметка за императивните одредби од релевантните прописи.[25] Кога земјиштето е во сосопственост или во заедничка сопственост, потребно е согласност од сите, за да може да дојде до пренос на правото на градење.[26]

Согласно со членот 289 од хрватскиот Закон за градење, правото на градење може да се основа и со судска одлука.

Хрватскиот Закон предвидува обврска за плаќање на надомест. Висината на надоместокот може да ја договорат страните, но доколку тоа не го направат тие, висината на надоместокот е во износ на просечната закупнина за такво земјиште.[27]

3. СОДРЖИНА НА ПРАВО НА ГРАДЕЊЕ ВО ПОЗИТИВНОТО ПРАВО НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Како што објаснивме на почетокот на трудот, мотивот за пишување на овој труд се одредбите од релативно понов карактер, со кои се прави обид да се уреди прашањето за третманот на правото на градење во стечајната постапка. Во продолжение на овој дел од трудот ќе биде направена анализа на содржината и структурата кое правото за градење го има во македонското позитивно право. Генерална опсервација е дека македонското позитивно право го признава правото на градење како посебно ограничено стварно право, но истото не е моделирано во целина на начин како што тоа е направено во хрватското право. Имено, правото на градење, како такво отсуствува од нумерацијата на стварни права, содржани во членот 4 од Законот за сопственост и други стварни права[28] (во понатамошниот текст „ЗСДСП“). Согласно со членот 4, „на ствар на која постои право на сопственост, можат да се засноваат ограничени стварни права, како што се правото на службеност, правото на залог, правото на реален товар и други стварни права, под услови определени со закон.“ Во овој дел на правото, стандардно важи начелото *numerus clausus*[29]*, што определува дека приватно-правните субјекти не може да воведуваат нови стварни права, освен оние што се определени со закон, туку приватно-правните субјекти, можат, под услови утврдени со закон само да вршат пренос на веќе постојни стварни права. Во таа смисла, независно од опфатот на дефиницијата од членот 4,*

[25] Види: член 287, став (3) од Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava.
[26] Види: член 287, став (4) од Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava.
[27] Види: член 281, став (2) од Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava.
[28] Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001; 92/2008; 139/2009 и 35/2010.
[29] Генерално за концептот на numerus clausus види: Akkermans Bram, „The principle of numerus clausus in European property law“, достапно на https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/1386614/guid-9388e80c-c577-4c74-a99b-0e27439bd792-ASSET1.0, пристапено на 11.4.2017 година.

со оглед на тоа што истиот дава можност, други стварни права да бидат определени со други закони, правото на градење како посебно стварно право, доколку би било определено со други закони, не би се довело во прашање.

Појдовна претпоставка, која е определена со членот 10, став 1, од Законот за градежно земјиште[30], гласи, „објектите изградени на површината на градежното земјиште, над или под површината, со намена трајно да останат, се дел од тоа градежно земјиште сѐ додека од него не се одделат, освен ако правно ги одделува од тоа земјиште стварно право или друго право, кое носителот на тоа право го овластува на туѓо земјиште да има објект во своја сопственост или ако врз основа на концесија или јавно приватно партнерство носителот на тоа право го овластува на него да има објект во своја сопственост“. Од анализата на оваа темелна одредба од Законот за градежно земјиште, може да се заклучат две работи: 1) законската одредба го следи начелото *superficies solo cedit* и 2) исто така, одредбата, овозможува некое стварно право или друго право, или концесија или јавно приватно партнерство, објектот да го оддели од земјиштето и објектот да биде поврзан со правото, како истото да биде земјиште.

Македонскиот Закон за сопственост и други стварни права, во членовите 116, 117, 118, 119, 120 и 121, уредува прашања поврзани со градење на земјиште (како што почнува заглавјето на оваа низа на членови). Во таа смисла, од оваа низа на членови го имаме и членот 116, кој самиот носи наслов „градење на сопствено или на туѓо земјиште со согласност на сопственикот на земјиштето“. Правилото определено во членот 116, став 1 од овој Закон вели дека „сопственик на земјиште предвидено со закон или врз основа на закон за градежни објекти, стекнува право на сопственост и на градежниот објект кој го изградил на земјиштето согласно со градежните прописи и со запишување на правото во јавните книги за запишување на правата на недвижностите“, но понатаму во ставот 2, на овој член се вели дека „градителот на градежниот објект со согласност на сопственикот на земјиштето, стекнува сопственост врз објектот под условите од став 1 на овој член“. Во таа смисла, можни се ситуации кога сопственикот самиот гради (став 1), но и ситуација кога градител гради врз основа на согласност на сопственикот на земјиштето (став 2). Оваа согласност се изразува преку правно дело (договор за пренос на право на градење). Во таа смисла, се претпоставува стварното право, кое правно го одделува земјиштето од објектот од членот 10, став 1, од Законот за градежно земјиште. Според Законот за градежно земјиште, сопственоста на земјиштето вклучува „право на градење на земјиштето, користење на земјиштето, како и право на пренесување на правото на градење на други лица“[31]. Понатаму, сопствениците на објекти или посебни

[30] Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 15/2015, 98/2015, 193/2015, 226/2015, 30/2016, 31/2016 и 142/2016.

[31] Види: член 11, став (1) од Закон за градежно земјиште (во понатамошнот текст „ЗГЗ“).

делови од објекти на кои им е пренесено правото на градење или користење на земјиштето од страна на сопственикот на земјиштето, се должни наменски да го користат земјиштето и не смеат да го користат на начин кој го ограничува нормалното користење на другите сопственици на објектот, односно посебните делови од објектот.[32]

Законот за градежно земјиште содржински го определува и правото на долготраен закуп на градежно земјиште како „право на туѓо градежно земјиште што го овластува неговиот носител на површината на тоа земјиште или под неа да изгради сопствен објект, а сопственикот на земјиштето е должен тоа да го трпи".[33] Носителот на правото на долготраен закуп на градежно земјиште е сопственик на објектот изграден на тоа градежно земјиште, а во поглед на градежното земјиште на кое е засновано право на долготраен закуп има права и обврски на плодоуживател.[34] Правото на долготраен закуп на градежно земјиште не може да се оддели од градежното земјиште што го оптоварува и секое лице кое ќе стекне право на сопственост на тоа земјиште, стекнало земјиште оптоварено со право на долготраен закуп, ако со закон поинаку не е определено.[35] Правото на долготраен закуп на земјиште е преносливо, истото може да се наследи, може да се оптовари со службеност, заложно право и реален товар.[36]

Правото на градење како посебно право, утврдено согласно со Законот за градење[37] (во понатамошниот текст „ЗГ"), се дефинира како право кое му припаѓа на носителот на правото, а пак, кој согласно со членот 13 е определен како: „правно или физичко лице: 1) сопственик на земјиштето на кое се гради градбата, 2) лице кое стекнало право на долготраен закуп на градежно земјиште, 3) концесионер, 4) носител на правото на службеност заради градба, 5) лице на кое сопственикот на земјиштето или носителот на правото на долготраен закуп на градежно земјиште го пренел правото на градење со правно дело, 6) лице кое се стекнало со право на градење со решение на стечаен судија при продажба на правото на градење во стечајна постапка и 7) лице кое се стекнало со право на градење согласно со закон".

Законот за градење, предвидува можност и за станување на инвеститор, преку промена на инвеститор во тек на градба, во ситуации кога новиот инвес-

[32] Види: член 11, став (3) од ЗГЗ.
[33] Види: член 21 од ЗГЗ.
[34] Види: член 22 од ЗГЗ.
[35] Види: член 24 од ЗГЗ.
[36] Види: член 25, став (1) и (2) од ЗГЗ.
[37] Види: „Службен весник на Република Македонија" бр. 130/2009, 124/2010, 18/2011, 36/2011, 54/2011, 13/2012, 144/2012, 25/2013, 79/2013, 137/2013, 163/2013, 27/2014, 28/2014, 42/2014, 115/2014, 149/2014, 187/2014, 44/2015, 129/2015, 217/2015, 226/2015, 30/2016, 31/2016, 39/2016 и 71/2016.

титор ова својство го стекнал врз основа на „решение на стечаен судија при продажба на правото на градење во стечајна постапка“[38]. Промената на инвеститор се врши со решение, при што инвеститорот чие право на градење било предмет на продажба во стечајна постапка се заменува со правното или физичкото лице кое се стекнало со правото на градење во стечајна постапка.[39] Доколку инвеститорот чие право на градење било предмет на продажба во стечајна постапка, бил заеднички инвеститор со други физички и правни лица, при донесување на решението за промена на инвеститор, овие лица се утврдуваат како заеднички инвеститори со правното или физичкото лице кое се стекнало со правото на градење во стечајна постапка.[40]

Отсуството на посебен сегмент, во кој целосно би се уредило правото на градење како посебно стварно право во рамките на Законот за сопственост и други стварни права (или во рамките на друг пропис), содржински проследено по примерот на хрватското право остава многу недоречености. Така, на пример, дилема е колкаво е траењето на ова право. Во недостиг на законски одредби, траењето на ова право треба да биде определено во правното дело. Како помошни одредби може да бидат земени предвид, како еден вид насока, одредбите од Законот за градење за рокот за завршување на градбата. Понатаму, како ќе биде определен износот на надоместокот и начинот на плаќање кој треба да го исплаќа лицето кое се стекнало со правото на градење на сопственикот на земјиштето. Следно важно прашање е како ќе биде вршен преносот на ова право од страна на носителот на правото на градење на трети лица, како и низа на други отворени прашања. Секако, може да се забележи дека во македонското право се среќаваат и други концепти, кои се очекува да остваруваат улога карактеристична и за правото на градење. Во таа смисла може да се означи правото на долготраен закуп на градежно земјиште, како и остатоците од поранешниот систем на правото на трајно користење на градежно земјиште. Но, независно од ваквата детерминација на одредени постоечки концепти и сличностите кои тие ги имаат со правото на градење, во услови кога градежното земјиште и во Република Македонија станува ограничен ресурс, во поголемите градови и туристичките места, соодветна регулација на правото на градење, во значителен степен ќе ги олесни градежните активности.

4. ПРЕНОС НА ПРАВОТО НА ГРАДЕЊЕ СО ПОСЕБЕН ОСВРТ НА ПРЕНОСОТ НА ПРАВОТО НА ГРАДЕЊЕ ВО СТЕЧАЈНА ПО-

[38] Види: член 70-а, став (1), ЗГ.
[39] Види: член 70-а, став (3), ЗГ.
[40] Види: член 70-а, став (4), ЗГ.

СТАПКА

Правото на градење по правило може да се пренесува непречено, врз основа на слободата на договарање, помеѓу физички и правни лица сопственици на градежното земјиште и лицата (физички и правни) кои се стекнуваат со ова право. По исклучок, преносот на правото на градење во одредени ситуации, се врши под посебни услови и во определена процедура со закон.

Согласно со членот 13-1 од Законот за градење, државни органи, јавни претпријатија и други субјекти основани од Владата на Република Македонија или Собранието на Република Македонија, општините, општините во градот Скопје и градот Скопје, како и општини, општини во градот Скопје и градот Скопје кои се стекнале со право на трајно користење на градежно земјиште заради изградба на објект согласно со Законот за градежно земјиште, можат да го пренесат правото на градење на физичко или правно лице по претходна согласност на Владата на Република Македонија. Процедурата за ваквиот пренос е определена со Законот за градење и истата се реализира со јавен повик за доставување на понуди.[41]

За пренесување на правото на градење во стечајната постапка важат правила кои произлегуваат и се определени од карактерот на стечајната постапка. Во таа смисла важни се два закона и тоа Законот за заклучување на стечајните постапки отворени согласно законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај (како *lex specialis*)[42] и Законот за стечај (како *lex generalis*). Согласно со членот 8, став (1) од Законот за заклучување на стечајните постапки отворени согласно законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај „претворање на имотот, имотните права и побарувањата на должникот кои влегуваат во стечајна маса во пари, започнува во рок од три дена од уписот на сопственоста во јавните книги во кои се запишуваат правата на недвижностите". Продажбата на имотот од стечајната маса се врши по пат на електронска продажба со јавно наддавање без утврдена почетна цена.[43] Право на учество во продажбата имаат учесниците кои ќе уплатат

[41] Види: член 13-а, став (2) од ЗГ.

[42] Со овој закон се уредувааат постапката за утврдување на правен статус на бесправен објект во стечајна постапка на имот на стечајниот должник, постапката за впаричување на имотот, како и условите за заклучување на стечајните постапки отворени согласно со Законот за присилно порамнување стечај и ликвидација ("Службен лист на СФРЈ" број 84/89), Законот за стечај („Службен весник на Република Македонија" број 55/97, 53/2000, 37/2002 и 17/2004) и Законот за стечај („Службен весник на Република Македонија" број 34/2006, 126/2006, 84/2007 и 47/11), член 1 од Законот за заклучување на стечајните постапки отворени согласно законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај (во понатамошниот текст „ЗЗСП"), „Службен весник на Република Македонија" бр.12/2014.

[43] Види: член 8, став (2) од ЗЗСП.

депозит или ќе достават банкарска гаранција во висина од 10 % од проценетата вредност на имотот кој е предмет на продажбата.[44] Во содржината на огласот за продажба во случај кога предмет на впаричување е правото на градба, освен основните податоци за предметот на продажба, особено треба да се наведе дали имотот е вклопен во урбанистичките планови на соодветната општина.[45] Во случај на продажба на правото на градба, во огласот се наведува и дека купувачот ги презема сите права и обврски утврдени согласно со договорот за заедничка градба или соинвеститорство кој го склучил стечајниот должник со сопствениците на градежното земјиште.[46] Решението на стечајниот судија со кое е избран најповолен купувач на имотот во стечајната постапка е основ за упис во јавните книги во кои се запишуваат правата на недвижности, како и на сите промени во целокупната градежно-техничка и друга документација која гласела на име на стечајниот должник пред отворањето на стечајната постапка.[47] На останатите фази на постапката за продажба на имотот на стечајниот должник ќе се применуваат одредбите за впаричување на имотот на стечајниот должник од Законот за стечај.[48]

ЗЗСП во членот 9 го уредува прашањето за распределба на подвижниот, недвижниот имот и побарувањата, на кои се применува овој Закон, а кои останале непродадени и по вториот обид за продажба.

5. ПРАВНОТО ДЕЛО ЗА ПРЕНОС НА ПРАВОТО НА ГРАДЕЊЕ

Правното дело за пренос на правото на градење, по правило, во поглед на содржината содржи одредби кои имаат императивен карактер и одредби кои се предмет на посебно договарање помеѓу страните, а кои произлегуваат од начелото на диспозитивност.[49] Правото на сопственост и другите стварни права се остваруваат врз основа на слободна диспозиција со нужни ограничувања предвидени во Уставот и законите.[50] На правото на сопственост на градежното земјиште и на другите стварни права се применуваат прописите за сопственост и другите стварни права, за договорен залог, за облигационите односи, за запишување на правата на недвижностите и други прописи.[51]

Согласно со членот 11, став (2) а во врска со став (1) од Законот за градежно земјиште, правото на градење може да се стекне со правно дело, закон или со судска одлука.

---

[44] Види: член 8, став (2) од ЗЗСП.
[45] Види: член 8, став (5) од ЗЗСП.
[46] Види: член 8, став (5) од ЗЗСП.
[47] Види: член 8, став (6) од ЗЗСП.
[48] Види: член 8, став (7) од ЗЗСП.
[49] Види: Simmoneti P., „Odlike prava građenja i superficijarnog prava“, op.cit, стр.12.
[50] Види: член 5 од ЗСДСП.
[51] Види: член 5, став (2) од ЗГЗ.

Согласно со Законот за градење, во членот 59-а, како доказ за утврдување на правото на градење се наведува договор за пренос на правото на градење на предметно градежно земјиште. Исто така, согласно со член 13, преносот се врши и со решение на стечаен судија при продажба на правото на градење во стечајна постапка. Законот за градење во членот 13 ја предвидува и можноста за стекнување на правото на градење со закон.

Кога се врши пренос на право на градење со договор, можни се две ситуации: со договор во кој исклучиво се уредува преносот на право на градење и со договор во кој покрај другата содржина како дел од истиот е предвидена и обврската за пренос на правото на градење (на пример, договор за заедничка градба).

За да може правниот основ да биде подобен за запишување во катастарот на недвижности, потребно е: 1) исправите за правниот основ да се склучени во писмена/електронска форма и заверени од надлежен орган согласно со закон или 2) актите на надлежните органи да се конечни, односно правосилни.[52]

Правото на градење може да биде пренесено, односно вложено како составен дел на договор за ортаклак, односно заедница. Имено, со договорот за ортаклак две или повеќе лица ортаци заемно се обврзуваат да го здружат својот имот и труд или дел од имотот и труд, заради заедничко остварување имотна корист и поделба на таа корист (во вид на добивка).[53] Тоа значи дека дел од тој имот што се вложува, може да бидат и права, односно во конкретниот случај тоа може неспорно да биде правото на градење. Уште повеќе, во таа насока е и одредбата од членот 671, став (2) од ЗОО, според која „ортачкиот влог може да се состои во предмети, пари, права и труд“. Договорот за ортаклак како право дело се склучува во писмена форма.[54]

[52] Види: член 176, став (2), од Закон за катастар на недвижности, „Службен весник на Република Македонија“ број 55/13, 41/14, 115/14, 116/15, 153/15, 192/15, 61/16 и 172/16.

[53] Види: член 667 од Законот за облигационите односи, „Службен Весник на Република Македонија“ бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03 и 84/08 – во понатамошниот текст: „ЗОО“.

[54] Види: член 668 од ЗОО.

6. ЗАКЛУЧОК

Правото на градење претставува дел од корпусот на права, право кое има материјална вредност, кое е компонента на стечајната постапка и кое може да биде предмет на впаричување, односно пренос во стечајна постапка. Правилата на стечајната постапка треба да овозможат ефикасен начин на пренос (продажба) на правото на градење.

Правото на градење како посебен правен институт е дизајнирано на начин да овозможи полесно менаџирање со ограничен ресурс како што е градежното земјиште, особено во процесите на интензивна урбанизација на просторот во големите градови. Правото на градење во себе опфаќа социјална и економска функција. Преку создавањето на правен институт од ваков карактер, на многу лица им се овозможува да се доведат во позиција да го решат своето станбено прашање.

Од материјално-правен аспект правото на градење, го раздвојува објектот од градежното земјиште, односно го поврзува објектот со правото на градење давајќи му карактер на ова право како на право земјиште.

Поседувањето на право на градење како основ за градење, покрај сопственииштвото на градежното земјиште и неколкуте други основи, е содржано во членот 13 од Законот за градење.

Одредени автори во однос на развојниот пат на правото за градење гледаат симетрично на правото на трајно користење на градежно земјиште, кое денес е надминато со оглед на неговиот социјалистички карактер.

Правото на градење е присутно во македонското позитивно материјално право. Земајќи ги предвид пристапите во споредбеното право, германското и австриското право, како правни системи кои го воведуваат ова право и хрватското право, како значајно регионално правно искуство, потребно е правото на градење, врз основа на погоре изнесените дилеми, соодветно да биде заокружено во материјално-правната рамка.

Позитивно-правната законска рамка во Република Македонија од стечајно правен аспект беше надополнета со одредени содржајни одредби кои се составен дел на Законот за градење како *lex specialis* пропис за оваа дејност како и Законот за заклучување на стечајните постапки отворени согласно законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај. Целта на овие одредби е да овозможат брз, едноставен и ефикасен начин на пренос (продажба) на правото на градење во стечајната постапка. Во таа смисла, одредбите треба да создадат рамка за: 1) продажба (пренос) на правото на градење во стечајна постапка и 2) врз основа на решението на стечајниот судија, да се овозможи промена на инвеститорот во соодветна постапка согласно релевантните одредби од Законот за градење.

БИБЛИОГРАФИЈА

Akkermans Bram, „The principle of numerus clausus in European property law“, достапно на https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/1386614/guid-9388e80c-c577-4c74-a99b-0e27439bd792-ASSET1.0, пристапено на 11.4.2017 година.

Hertel Christian, Wicke Hartmut, „Real property law and procedure in European Union – Nationa report - Germany”, достапно на http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Germany.PDF , пристапено на 22.4.2017 година

Simmoneti P, „Rimski superficies i njegov utjecaj na suvremena prava kontinentalne Europe“, Зборник на трудови од меѓународен симпозиум, „Современто право, правна наука и Јустинијановата кодификација“, том I, Правен факултет „Јустинијан Први“, 2004, Скопје.

Simmoneti P., „Odlike prava građenja i superficijarnog prava”, Zbornik Pravnog fakulteta. Sveučiliste Rijeka, 2013, стр. 5, достапно на hrcak.srce.hr/file/171846, пристапено на 14.4.2017 година.

Reimman Mathias, Zekoll Joachim, „Introduction to German law”, Kluwer Law International, 2005, стр. 234. Повеќе за ова види: Merve van der Cornelius, Verbeke Alain-Laurent, „Time-Limited Interest in Land”, Cambridge University Press, 2012.

„Vodič za primjenu instituta prava građenja”, Projekat unapređenja lokalnog razvoja (Gold), USAID, достапно на http://www.fipa.gov.ba/atraktivni_sektori/gradjevinarstvo/Vodic%20za%20primjenu%20institu ta%20prava%20gradjenja%20u%20FBiH.pdf, пристапено на 22.4.2017 година

Zakon o vlasništvo i drugim stvarnim prava, достапно на https://www.zakon.hr/z/241/Zakon-o-vlasni%C5%A1tvu-i-drugim-stvarnim-pravima, пристапено на 10.4.2017 година.

Закон за градење, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 130/2009, 124/2010, 18/2011, 36/2011, 54/2011, 13/2012, 144/2012, 25/2013, 79/2013, 137/2013, 163/2013, 27/2014, 28/2014, 42/2014, 115/2014, 149/2014, 187/2014, 44/2015, 129/2015, 217/2015, 226/2015, 30/2016, 31/2016, 39/2016 и 71/2016.

Законот за градежно земјиште, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 15/2015, 98/2015, 193/2015, 226/2015, 30/2016, 31/2016 и 142/2016.

Закон за катастар на недвижности, „Службен весник на Република Македонија“ број 55/13, 41/14, 115/14, 116/15, 153/15, 192/15, 61/16 и 172/16.

Законот за облигационите односи, „Службен Весник на Република Македо-

нија“ бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03 и 84/08
Закон за стечај, „Службен весник на РМ“, бр. 34/2006, 126/2006, 84/2007, 47/2011, 79/2013, 164/2013, 29/2014, 98/2015 и 192/2015.
Законот за сопственост и други стварни права, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001; 92/2008; 139/2009 и 35/2010.
Закон за заклучување на стечајните постапки, отворени согласно со законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација и Законот за стечај, „Службен весник на Република Македонија“ бр.12/2014.

Prof. Dr.sc Goran Koevski[55]
Ass. Prof. Dr.sc Darko Spasevski[56]

BANKRUPTCY LAW ASPECTS OF CONSTRUCTION CONTRACTS

Summary

The bankruptcy proceedings should enable settlement of creditors' claims. The debtor's assets is a resource from which the settlement of creditors' claims is done. The debtor's assets consist of assets, rights and financial assets. Although the rights are expressed in intangible form, they have a value which can be subject to converting into cash. A special segment of right that can be converted into cash is the right to build. The subject of analysis of this paper is the notion, character, scope and the specifics of the method of cashing of the right to build.

Key words: *bankruptcy proceedings, the debtor's property, the right to build.*

[55] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[56] Assistant professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Ванчо Узунов[1]
проф. д-р Биљана Петревска[2]

АНАЛИЗА НА СОЦИЈАЛНАТА НЕЕДНАКВОСТ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 364.662:316.344.23-021.23]:
303(497.7)
1.01 Прегледна научна статија

Резиме

Основната цел на одржливиот економски развој е намалување или елиминирање на сиромаштијата, нееднаквоста и невработеноста. Оттаму, главната цел на овој труд е да го анализира прашањето на социјалната нееднаквост, што е огромен проблем во Република Македонија. Овој труд се состои од 3 дела. Првиот дел од овој труд претставува воведот во рамките на којшто се објаснува предметот на истражувањето, додека пак, вториот дел се фокусира на анализа на социјалната нееднаквост во Република Македонија. Во овој дел на самиот почеток ги објаснуваме методолошките аспекти на анализата, а потоа ја анализираме социјалната раслоеност во нашата земја. Конечно третиот дел на овој труд претставува заклучокот.

Клучни зборови*: нееднаквост, социјална нееднаквост, политики, мерки, реформи.*

1. Вовед

Најбитна крајна цел на економските активности, како и на реформирањето на економскиот систем, е порастот на материјалната благосостојба на граѓаните, односно на животниот стандард. Затоа, тема која е многу тесно поврзана со економските аспекти, е темата за социјалните аспекти во државата чиј економски систем се анализира.

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[2] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Во текот на развојот на Македонија како дел од поранешната СФРЈ, кога таа имала социјалистички тип на општествено уредување, социјалните разлики меѓу граѓаните биле релативно мали. Покрај тоа, сè до почетокот на 1980-тите години, животниот стандард на граѓаните имал тренд на речиси непрекинат пораст, кој во некои години бил навистина импресивен. Меѓутоа, со почетокот на транзицијата, а особено во последните 10-тина години, работите драстично се менуваат. Тоа, секако, ќе има одраз врз политиката на прераспределба и на целокупниот економски систем на Република Македонија во иднина. Токму затоа, овој труд се однесува на социјалната стратификација, нееднаквоста и сиромаштијата во Република Македонија.

2. Анализа на социјалната раслоеност во Република Македонија

2.1.1. Методолошки аспекти на анализата

Терминот стратификација значи поделеност (расчленетост), па оттука поимот социјална стратификација значи *поделеност на граѓаните во едно општество согласно социјални или доходовни категории*. Имено, јасно е дека граѓаните во секоја држава имаат различна социјална положба, односно живеат со различни нивоа на доход и стекнато и/или наследено богатство кои го определуваат нивниот животен стандард. Најелементарна поделба на граѓаните во таа смисла е на богати и сиромашни, меѓу кои се наоѓаат оние кои се на средината – таканаречената *средна класа*.

Но, бидејќи тоа расчленување не е доволно, анализите најчесто се потпираат на следните категоризации: а) Во социолошките анализи граѓаните најнапред се распределуваат во три основни класи – ниска, средна и висока, кои потоа се расчленуваат на по уште три класи: (а) ниска-ниска, ниска-средна и ниска-висока; (б) средна-ниска, средна-средна и средна-висока; и (в) висока-ниска, висока-средна и висока-висока класа. Класите меѓусебно се раздвојуваат согласно нивото на приходи и имот, а износот на средства кои треба да ги поседува едно семејство за да припаѓа во одредена класа зависи од вкупното богатство во општеството, односно од степенот на економскиот развој на државата. б) Во економските анализи вкупниот број граѓани се распределува во групи – квинтили (петини, т.е. по 20 %), или децили (десетини, т.е. по 10 %). Анализите потоа се прават преку споредба на квинтилите, односно децилите согласно различни параметри. Односите на вкупните приходи и имот кои ги поседуваат граѓаните во одделните групи, ја определува социјалната стратификација (раслоеност) на општеството.

Посебен начин на мерење на социјалната раслоеност и нееднаквоста е преку таканаречениот *Џини коефициент (или индекс)*. Тој претставува статистички пресметана мерка за (не)еднаквоста во распределбата на вкупниот доход меѓу граѓаните на една држава. Коефициентот варира во вредности од 0 до 1, а ако се искажува во проценти, конкретниот износ се множи со 100. Џини коефициент со вредност нула покажува перфектна еднаквост во распределбата на доходот (сите граѓани имаат потполно еднаков дел од вкупниот доход), додека Џини коефициент со вредност 1 (или 100 %), покажува потполна нееднаквост во распределбата на доходот (само еден граѓанин е сопственик на целиот доход, а сите останати немаат ништо).[3] Екстремните вредности 0 и 1 се само застапени во теоријата, додека пак, во практиката вредноста на Џини коефициентот варира од околу 0,25 до 0,7.[4]

Големата социјална раслоеност доведува до појава на сиромаштија и социјална исклученост. За мерење на сиромаштијата и социјалната исклученост Европската Унија има воспоставено посебна методологија, односно збир на статистички индикатори познати како *Лаекен индикатори*. Оваа методологија е воведена од страна на Европскиот совет во 2001 година, на состанокот одржан во градот Лаекен во Белгија (оттука е и нејзиниот назив), а е дел од Лисабонската стратегија на ЕУ.

Параметри кои претставуваат дел од Лаекен индикаторите се:[5] (а) *Праг* или *линија на сиромаштија* – бидејќи социјалната положба се мери (одредува) на ниво на семејство (домаќинство), за сиромашни се сметаат оние домаќинства кои имаат приходи под 60 % од средниот национален еквивалентен приход по домаќинство; (б) *Стапка на сиромаштија* – процент на лицата кои живеат во домаќинства со приходи под прагот на сиромаштија без вклучување на приходите од социјални трансфери и пензии; (в) *Најчест статус на економска активност* – лицата се делат на вработени, невработени, пензионери и други неактивни лица; (г) *Број на домаќинства со многу низок интензитет на економска активност* – интензитетот на економска активност се мери со делење на збирот на сите месеци во кои работеле сите работоспособни членови на домаќинството, со збирот на месеци во кои тие можеле да работат; интензитет на економска активност помал од 0,2 се смета за многу низок; (д) *Однос S80/S20* – тоа е односот меѓу еквивалентните приходи на најбогатите 20 % и најсиромашните 20 % од домаќинствата; (ѓ) *Стапка на сериозна материјална обесправеност* – процент од населението со наметнат недостиг на најмалку четири од девет ставки преку кои се мери животниот стандард; (е) *Процент на*

[3] Eurostat, Gini coefficient, http://goo.gl/7HyrNN

[4] World Bank, Gini index, http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/

[5] Republic of Macedonia State Statistical Office, “Methodological Notes”, 5.11.2012, No.4.1.12.83, pp.9–10.

лица кои живеат во сиромаштија и/или во ризик од социјална исклученост (т.н. AROPE индикатор) – го покажува вкупното учество на населението кое живее под прагот на сиромаштија, плус кое живее во услови на сериозна материјална обесправеност, плус она кое живее во домаќинства со многу низок интензитет на економска активност.

2.1.2. Анализа на социјалната раслоеност во Македонија

Анализата на социјалната раслоеност на Македонија е направена според податоци од базата на Светската банка до 2010 година – тоа е последна година за која има податоци за Македонија[6] – кои се претставени на графиконите кои следат, како и согласно податоци од Државниот завод за статистика на Република Македонија.

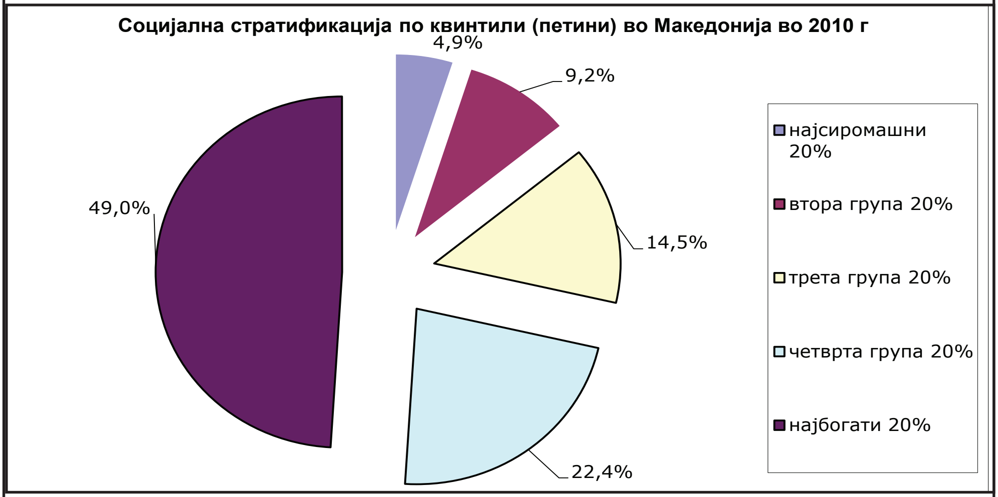
Така, на графиконот 16.1. се претставени податоци преку поделба на вкупната популација во 5 еднакви групи од по 20 % согласно деловите од вкупниот доход на РМ со кои тие располагаат. Од податоците се гледа дека во Македонија постои *изразено нерамномерна распределеност* на доходот. Бидејќи, прво, додека групата од 20 % најбогати граѓани на Македонија располага со 49 % од вкупниот доход, групата од 20 % најсиромашни граѓани располага со само 4,9 % од вкупниот доход во државата, што е *десет пати помалку*.[7] Второ, трите групи од по 20 % од граѓаните кои се наоѓаат меѓу двата наведени екстреми, располагаат со доход кој кај секоја група е речиси двојно поголем од доходот на претходната група. Конечно, групата на најбогатите 20 % граѓани располага со доход кој е речиси еднаков на вкупниот доход со кој располагаат сите останати 80 % од граѓаните на Македонија (49 % : 51 %). Тоа е „слика“ на општество со многу нееднаква распределба на доходот, т.е. со многу поларизирана социјална стратификација.

---

6 Интересно е да се забележи дека податоците за социјалната стратификација во Република Македонија беа објавени на базата на податоци на Светската банка до 2014 година, но по почетокот на нивното јавно користење и коментирање, тие беа отстранети од таа база. Нивното користење тука е согласно преземањето пред тие да бидат отстранети.

7 World Development Indicators, http://data.worldbank.org/indicator/SI.DST.05TH.20/Countries.

Графикон 16.1.



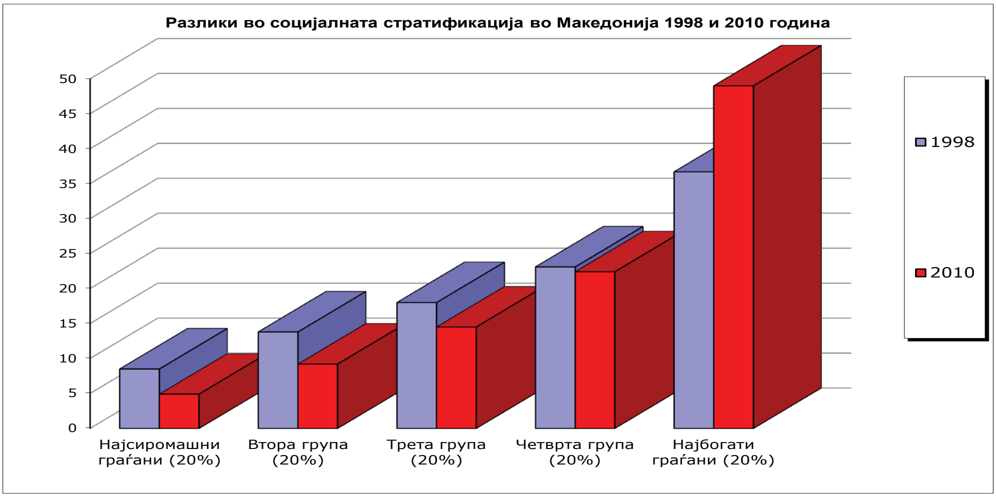
Податоците претставени на графиконот 16.2. уште повеќе го потенцираат наведениот заклучок. За разлика од претходно, согласно делот од вкупниот доход на Република Македонија со кој располагаат, тука граѓаните се поделени во 10 групи од по 10 %, но претставени се разликите само меѓу групите од 10 % најбогати и 10 % најсиромашни граѓани. Податоците покажуваат дека најбогатите 10 % граѓани на Македонија располагаат со доход кој е *17 пати поголем* од вкупниот доход со кој располагаат најсиромашните 10 % граѓани на Македонија.

Графикон 16.2.

Исто така, можеме да заклучиме дека: Големата социјална раслоеност на Република Македонија се покажува и со вредноста на Џини коенфициентот. Џини коефициентот за Македонија изнесува 40,9 % во 2010 и 38,5 % во 2011 година[8], 38,8 % во 2012 година, 37,0 % во 2013 година, 35,2 % во 2014 година, и 33,7 % во 2015 година[9] (табела 16.1. подолу), што е многу над нивото на европските држави, вклучително и на оние од регионот на Југоисточна Европа.

Следните интересни и битни прашања се однесуваат на динамичниот аспект (т.е. еволуцијата) на постојната социјална стратификација во Република Македонија, како и на споредбата на социјалната стратификација на Македонија со други држави. Во таа смисла, податоците на графиконот 16.3. даваат споредба на социјалната стратификација на Македонија во 1998 и 2010 година. Од нив се гледа дека промените кои се случиле токму во тој период, довеле до сегашната социјална раслоеност. Имено, групата од 20 % најсиромашни граѓани на Македонија во 1998 година располагала со двојно поголем дел од вкупниот доход; следната група од 20 % од граѓаните во 1998 година располагала со околу 25 % поголем дел од вкупниот доход; третата група располагала со доход кој бил за околу 15 % поголем од делот со кој таа располагала во 2010 година; четвртата група во 1998 година располагала со речиси ист дел од вкупниот доход како и во 2010 година; а само групата од 20 % најбогати граѓани во 1998 година располагала со дел од вкупниот доход кој бил за околу 25 % помал од доходот во 2010 година.

Графикон 16.3.



[8] Republic of Macedonia State Statistical Office, "Laeken poverty indicators", january, 2014, http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstenie.aspx?rbrtxt=115.

[9] http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=tessi190.

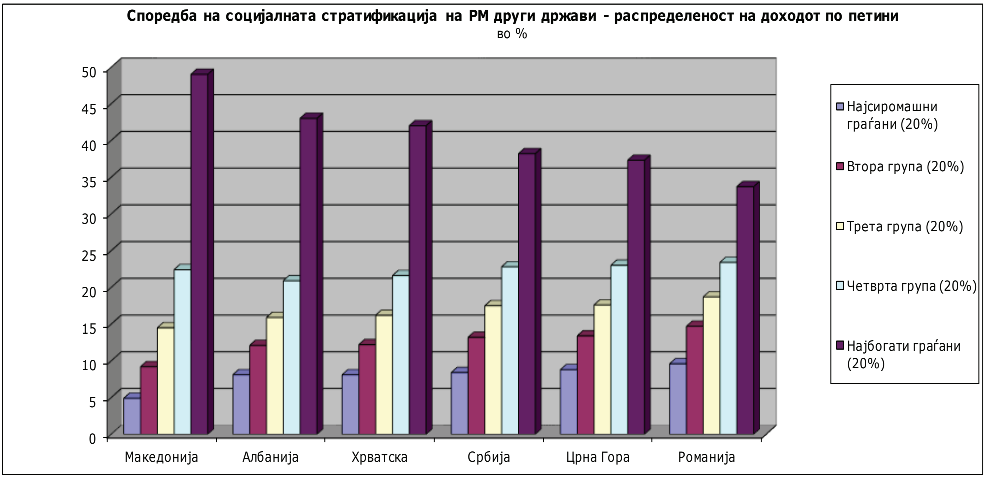
Многу интересни движења отсликуваат и податоците на графиконот 16.4. Имено, тие ги покажуваат промените во доходот на најбогатите 1 % во споредба со промените на доходот на сите останати 99 % од граѓаните, во периодот од 1990 до 2010 година. Во таа смисла, првата деценија од транзицијата, од 1991 до 2000 година, бил период на осиромашување на сите граѓани, бидејќи сите имале доход кој бил понизок од нивниот доход во 1990 година. Но, групата 1 % најбогати граѓани имала малку помал пад на животниот стандард. Потоа, од 2000 до 2005 година бил период кога сите граѓани во Македонија го достигнале нивото на доход кое го имале во 1990 година. По 2006 година настапува раслојувањето, бидејќи доходот на најбогатите граѓани на Република Македонија вртоглаво расте и, за период од само 5 години, пораснал за три пати, додека доходот на сите останати граѓани и во 2010 година останал речиси на истото ниво.

Графикон 16.4.

Бидејќи може да се претпостави дека прикажаната социјална раслоеност на Република Македонија е нормална и очекувана состојба за држава која го напуштила социјалистичкото уредување и гради пазарна економија, со анализата треба да се направи споредба со социјалната стратификација во други држави кои се споредливи со Република Македонија. Тоа е направено со податоците кои се претставени на графиконот 16.5., каде за споредба се претставени држави од соседството (регионот на Југоисточна Европа) кои, исто како и Македонија, од 1990/91 година се во транзиција. Податоците се однесуваат на 2010 година. Од нив јасно се гледа дека Република Македонија има убедливо најголема социјална раслоеност. Најголеми разлики во доходите во случајот на Македонија има токму кај групата 20 % најсиромашни граѓани

(таа група во Македонија има најмал дел од вкупниот доход споредено со сите останати држави), како и кај групата од 20 % најбогати граѓани (споредено со сите останати држави таа група во Македонија има најголем дел од вкупниот доход). Кај останатите квинтили, а особено кај третиот и четвртиот, разликите меѓу Македонија и останатите држави се многу помали. Покрај тоа, особено е интересна социјалната стратификација на Романија, бидејќи претставува одраз на типизираната шема на разлики во доходот меѓу социјалните групи – растот од група до група е релативно рамномерен, каков што треба да биде. А кога ќе се споредат релативните учества (уделите) во вкупниот доход кои секој квинтил граѓани на Романија ги имале во 2010 година (графикон 16.5.), со соодветните удели во вкупниот доход кои секој квинтил граѓани на Македонија ги имале во 1998 година (графикон 16.3.), произлегува дека се тие речиси еднакви. Значи дека големото социјално раслојување во Македонија воопшто не морало неизбежно да се случи заради транзицијата. Туку, дека е резултат на *специфичната и погрешна политика* која е спроведувана во Република Македонија.

Графикон 16.5.



Големата социјална раслоеност, по правило, создава сиромаштија и социјална исклученост. Тоа е случај и во Република Македонија, што покажано преку Лаекен индикаторите кои се претставени на табелите 16.1. и 16.2. подолу.

Прво, во Македонија над 550.000 лица живеат под прагот на сиромаштија, односно стапката на сиромаштија во 2015 година изнесуваше 21,5 %.[10] Тоа значи

[10] http://www.stat.gov.mk/IndikatoriTS.aspx?id=13.

дека *секој четврт граѓанин на Република Македонија живее во сиромаштија*. Второ, кога на тој број ќе се додаде и бројот на лица кои живеат во ризик од социјална исклученост (иако тие домаќинства имаат приходи над износот кој претставува формална граница за влез во сиромаштија, тие сепак не се многу над таа граница), тогаш нивното учество се искачува на речиси половина од населението. Значи, *секој втор граѓанин на РМ живее во сиромаштија или во ризик од социјална исклученост.* Трето, индикаторите покажуваат дека сиромаштијата во РМ е тесно поврзана со невработеноста, бидејќи таа е многукратно повеќе присутна кај невработените и неактивните граѓани. Четврто, индикаторите укажуваат и на значењето на пензиите и социјалните давачки за подобрување на состојбата со сиромаштијата. Имено, до стапката на сиромаштија од 21,5 % се стигнува дури по исплатата на пензиите и социјалните давачки, а инаку таа изнесува цели 40 %, што е енормно висока стапка дури и за држава од Африка. Петто, индикаторите укажуваат и на минималните потребни приходи за излез од состојбата која, во македонски услови, се смета за сиромаштија. Тие приходи за самечко домаќинство изнесуваат 6.530 денари месечно, додека за четиричлено семејство изнесуваат 13.713 денари (односно 220 ЕУР).

Но, според податоците на Светска банка, во 2010 година 9,1 % од населението во Македонија живеело со помалку од 2 долари по ден. Тие долари се според вредноста на доларот во 2005 година што, пресметано во денари, изнесува околу 40 денари[11]. Со други зборови, тоа значи дека *околу 180.000 луѓе во Македонија живеат со помалку од 40 денари на ден.* Тоа прави износ од 1.200 денари месечно, што е десет пати помалку од минималниот месечен износ потребен за четиричлено семејство. Ако се претпостави дека 180.000-те илјади луѓе кои живеат со помалку од 40 денари на ден. припаѓаат во четиричлени семејства, значи дека околу 45.000 семејства во Македонија живеат со енормно ниски приходи.

[11] Станува збор за меѓународни долари од 2005 година, кои се претвораат во денари со множење со паритетот на куповна моќ, факторот на конверзија за 2005 година (18,4) и со зголемување за кумулативната инфлација меѓу 2005 и 2010 година (околу 14%).

Табела 16.1. Лаекен индикатори за Република Македонија 2010 – 2015[12]

Индикатори	*2010*	*2011*	*2012*	*2013*	*2014*	*2015*
Џини коефициент (во %)	40,9	38,5	38,8	37	35,2	33,7
Број на лица кои живеат под прагот на сиромаштија	555600	551700	530400	500400	457200	445200
Стапка на сиромаштија (% од населението)	27	26,8	26,2	24,2	22,1	21,51
Процент на лица кои живеат во сиромаштија и/или во ризик од социјална исклученост (AROPE индикатор)	47,2	50,4	49,2	48,1	43,3	41,6
Стапка на сиромаштија според економска (не)активност (во %)						
вработени	9,4	10,2	10,7	11,1	9,8	8,9
невработени	50,1	48,7	45,6	43,7	40,5	39,7
пензионери	14	13	12	10,9	8,4	7,3
други неактивни лица	34,6	34,8	31	29,2	26,1	26,7
Лица на возраст до 59 години кои живеат во семејства со низок степен на економска активност (во % од вкупното население)	24,5	20	19,5	17,6	17,2	17,4
Стапка на сиромаштија пред и после исплатата на социјалните давачки и пензии (во % од вкупното население)						
пред исплата на социјалните давачки	44,1	43,9	42,6	41	41,7	40,5
стапка пред социјални давачки, а со исплатени пензии	30,5	30,4	28,8	26,8	24,2	24,8
по исплатата на социјалните давачки и пензиите	27	26,8	26,2	24,2	22,1	21,5
Праг на сиромаштија за самечко домаќинство (потребен месечен приход, во денари)	5000	5400	5600	5856,25	5993,75	6530,16
Праг на сиромаштија за 4-члено домаќинство со 2 возрасни и 2 деца под 14 години (потребен месечен приход, во денари)	10500	11340	11760	12298	12586	13713
Нерамномерност во распределба на приходите (S80/S20 квинтилен сооднос на приходи, во %)	11,3	10,6	10,2	8,4	7,2	6,6

Извор: Државен завод за статистика, Соопштение бр. 4.1.16.101, од 23.12.2016

Податоците претставени на табелата 16.2., кои се исто така дел од Лаекен индикаторите за Република Македонија, ја дополнуваат сликата за сиромаштијата и социјалната исклученост во државата. Во 2015 година 70,2 % (или 2/3) од граѓаните на РМ не можеле да си овозможат еднонеделен одмор во текот на годината; над половина (56,2 %) од граѓаните не можеле да си платат соодветен оброк секој втор ден; повеќе од 830 илјади граѓани, односно 44,8 % од граѓаните имале проблеми со плаќање на ратите за кредит за стан, на станарината, на сметките за комунални услуги и сл.; 67,4 % од граѓаните не можеле од своите средства да платат неочекуван трошок; повеќе од една четвртина од граѓаните не можеле соодветно да го затоплат својот стан; исто толку не можеле да си дозволат автомобил; итн.

[12] Државен завод за статистика, Соопштение бр. 4.1.16.101, од 23.12.2016.

Табела 16.2. Материјална обесправеност во однос на одредени потреби

Индикатори во 2015 година	**% од вкупното население**
Лица кои имаат потешкотии за плаќање на барем еден од следните трошоци: кредит за купување или реновирање на стан, станарина, сметки за комунални услуги, или на ратите за нестанбен кредит	44,8
Лица кои неможат да си платат еднонеделен одмор во текот на годината	70,2
Лица кои неможат да си платат јадење со месо, риба или соодветно вегетаријанско јадење секој втор ден	56,2
Лица кои неможат да си платат неочекуван тропко од сопствени средства	67,4
Лица кои неможат да си дозволат да поседуваат телефон (вклучувајќи и мобилен)	3,8
Лица кои неможат да си дозволат да поседуваат телевизор во боја	0,7
Лица кои неможат да си дозволат да поседуваат машина за перење алишта	5,4
Лица кои неможат да си дозволат да поседуваат телефон автомобил	39,7
Лица кои неможат да си дозволат да го затоплат својот стан соодветно	30,6
Лица кои неможат да си дозволат барем 4 од наведените 9 потреби	40,9

Извор: исто како табела 16.1.

Според последниот редовен годишен извештај на Светска банка[13]*, околу 330.000 Македонци, или приближно една шестина од вкупното население во државава, се сиромашни и живеат со 225 денари на ден, па произлегува дека дел од нив нема ни за јадење.* На македонските граѓани најмногу од парите месечно, или 13.345 денари, им се потребни за храна и пијалаци, по што следуваат средствата што се трошат за плаќање комуналии и опрема за домот и одржување, за што им се потребни 10.468 денари, покажуваат последните податоци за потрошувачката кошница. Оттаму произлегува дека за нормално живеење на едно четиричлено семејство се потребни минимум 32.263 денари месечно. За хигиена се потребни 2.272 денари, за превоз 2.339, а за обувки и облека 2.087 денари. Во реалноста овие суми се поразлични, имајќи

13 Светска банка, (2016), „Издржлив раст во услови на се поголеми ризици, Југоисточна Европа", Редовен економски извештај бр.10, есен 2016.

предвид дека платите стагнираат со години, а цените одат само нагоре, па на граѓаните не им преостанува ништо друго, туку да живеат од кредити и од задолжување на кредитните картички. Да не зборуваме дека секогаш излегуваат и непредвидени трошоци, за кои често немаат планирано пари. Квалитетното живеење за повеќето граѓани одамна е само мисловна именка, па наместо квалитет за било што се бара да биде најевтино[14].

3. Заклучок

На крајот, можеме да заклучиме дека Република Македонија не води ефикасна политика за прераспределба на доходот. Нашето истражување јасно укажува на голема социјална стратификација во текот на годините, која постојано се проширува, односно богатите се побогати, а останатите едвај некако одржуваат низок животен стандард.

Осиромашувањето на широки категории на лица (вклучувајќи ги и веќе сиромашните, но исто така и на средната класа) е континуиран процес во Македонија, којшто, за жал, и денес е присутен во нашата земја. Ова е пречка во развојот на Република Македонија, кој исто така е потребен за општо подобрување на животот и стандардот на населението во Македонија. Иако Уставот на Република Македонија ја декларира нашата земја како социјална држава, сепак гледаме дека тоа не е точно. Имено, ние живееме во земја која има нефер (неправедна) распределба на доходот и како резултат на тоа ние сме земја со сиромаштија и со висок степен на нееднаквост.

[14] http://www.skopjeinfo.mk/rabotime-samo-za-da-jademe.

References

Државен завод за статистика, Анкета за приходи и услови за живеење 2015, 2.4.16.15873, Скопје, декември 2016.

Државен завод за статистика, Соопштение бр. 4.1.16.101, од 23.12.2016.

Eurostat, Gini coefficient, http://goo.gl/7HyrNN.

European Commission, The Report on Progress of the Republic of Macedonia 2015, October 2016.

Европско статистичко биро, Eurostat, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/search_database.

http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=tessi190.

http://www.stat.gov.mk/IndikatoriTS.aspx?id=13.

http://www.skopjeinfo.mk/rabotime-samo-za-da-jademe.

Republic of Macedonia State Statistical Office, “Laeken poverty indicators”, january, 2014, http://www.stat.gov.mk/PrikaziSoopstenie.aspx?rbrtxt=115.

Republic of Macedonia State Statistical Office, “Methodological Notes”, 05.11.2012, No.4.1.12.83, pp.9-10.

Светска банка, (2016), „Издржлив раст во услови на се поголеми ризици, Југоисточна Европа“, Редовен економски извештај бр.10, есен 2016.

World Bank, Gini index, http://data.worldbank.org/indicator/SI.POV.GINI/.

World Development Indicators, http://data.worldbank.org/indicator/SI.DST.05TH.20/Countries.

World Development Indicators, http://data.worldbank.org/indicator/SI.DST.10TH.10/countries.

Prof. Dr.sc Vancho Uzunov[15]
Assoc. Prof. Dr.sc Biljana Petrevska[16]

THE ANALYSE OF THE SOCIAL INEQUALITY IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

The purpose of sustainable economic development is the reduction or the elimination of the poverty, inequality and unemployment. Therefore, the main objective of this paper is to analyse the issue of social inequality as a serious problem in the Republic of Macedonia. This paper consists of 3 parts. The first part of this paper is the introduction which explains the subject of research, while the second part focuses on the analysis of the social inequality in the Republic of Macedonia. It consists of two parts, namely at the beginning we explain the methodological aspects of our analysis, and then we analyse the social stratification in our country. Finally, the third part of this paper presents the conclusion.

Key words*: inequality, social inequality, policies, measures, reforms.*

---

[15] Professor at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.
[16] Associate professor at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

проф. д-р Рената Тренеска-Дескоска[1]

(НЕ)НАДЛЕЖЕН УСТАВЕН СУД

УДК: 342.565.2:[342.924:342.53(497.7)
342.565.2:341.24(497.7)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Овој труд ги анализира отворените прашања за надлежност на Уставниот суд на Република Северна Македонија кои оставаат простор за толкувања од страна на Судот, кои за жал не секогаш се конзистентни. Трудот го анализира прашањето за актите на Собранието кои се не закони, а кои беа испратени пред Уставниот суд на оценка на нивната уставност и законитост, како и ставот на Уставниот суд за неговата надлежност да одлучува за нив. Исто така е анализирано и прашањето за оценка на уставноста на постапката за донесување на закони. Предмет на интерес на овој труд е и ставот на Уставниот суд за прашањето на неговата надлежност да одлучува за уставноста на меѓународните договори.

Клучни зборови: *Уставен суд на Република Северна Македонија, меѓународни договори, закони, устав, Собрание.*

1. Вовед

Во земјите со уставно судство, Уставниот суд треба да биде темелот на уставната демократија, чувар на вредностите на конституционализмот преку механизмите на контрола на уставноста кои се ставени во негова надлежност и преку уставната тужба како механизам за заштита на човековите права.

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Уставниот суд не е нова институција во Република Северна Македонија. Тој како орган кој треба да ја штити уставноста, е воведен во 1963 година во Македонија. Со Уставот од 1991 година, Уставниот суд доби можност да се воспостави како орган кој ќе биде достапен до сите кои имаат сомневања во уставноста или законитоста на некој акт, за сметка на редуцираната надлежност во делот на заштитата на човековите права, бидејќи не беше воведена уставна жалба каква што познаваат современите уставни системи кои имаат уставен суд.

Овластувањето да одлучува за уставноста и законитоста на правните правила е основно право и должност, кои се во надлежност на секој Уставен суд, при што Уставниот суд на Република Северна Македонија врши a posteriori контрола на уставноста и законитоста. Уставот ја одредува оваа надлежност на Уставниот суд на Република Северна Македонија преку енумерација.

Според членот 110 од Уставот, Уставниот суд на Република Северна Македонија одлучува за: согласноста на законите со Уставот; и одлучува за согласноста на колективните договори и другите прописи со Уставот и законите. Наместо да ги набројува конкретните акти чија уставност и законитост може да биде предмет на контрола, Уставот го користи терминот „други прописи“ кој е многу широк и непрецизен и под кој можат да се подведат подзаконски акти донесени од страна на извршната власт, акти на органите на локалната самоуправа, акти на образовни, здравствени и други установи, акти на Собранието кои немаат статус на закон итн. Овие акти можат да бидат предмет на контрола на уставноста и законитоста од страна на Уставниот суд ако се општи акти, т.е. ако се однесуваат на неопределен број лица. Но, оценката дали еден акт е општ или не, е во надлежност на Уставниот суд на Република Северна Македонија.

Досегашната пракса покажа дека Уставниот суд имаше неконзистентен став во однос на прашањето за неговата надлежност, односно кои акти се предмет на уставно-судска контрола.

2. Одлуки и заклучоци на Собранието како предмет на иницијативи пред Уставниот суд

Собранието на Република Северна Македонија покрај закони носи и други акти за кои основано се постави прашање за нивна уставност. Од анализата на случајот од 1996 година кога Собранието донесе заклучок со кој прокламираше дека нема уставна основа за распишување референдум за предвремени избори, се поставува прашањето, дали Собранието може да „манипулира“ со називите на актите кои ги носи со цел да ја избегне уставно-судската контрола.

Во тој случај Уставниот суд се прогласи за ненадлежен да одлучува за уставноста на Заклучокот на Собранието на Република Македонија кој прокламираше дека не постои уставна основа за распишување референдум за предвремени избори. Имено, според Уставот на Република Македонија, Собранието одлучува за распишување на референдум за одредени прашања од својата надлежност. Собранието е должно да распише референдум кога предлог ќе поднесат најмалку 150 000 избирачи. Во 1996 година, 150 000 избирачи побараа Собранието да распише референдум за прашањето: „Дали сте за предвремени избори за пратеници во Собранието на Република Македонија, кои би се одржале до крајот на 1996?“. Иницијативата за референдумот беше резултат на тоа што најголемата опозициона партија го бојкотираше вториот круг на парламентарните избори кои беа одржани во 1994 година и не влезе во Собрание. Всушност иницијатор на собирањето потписи за распишување референдум беше најголемата опозициона партија која во тој момент беше вонпарламентарна опозиција.

Собранието не ја прифати иницијативата со образложение дека може да распишува референдум за одредени прашања од своја надлежност, а не и за спроведување на предвремени избори за пратеници во Собранието на Република Македонија. Пред Уставниот суд беше поднесена иницијатива за оценка на уставноста на Заклучокот на Собранието.

Уставниот суд одлучи дека не е надлежен да одлучува за уставноста на Заклучокот на Собранието со образложение дека тој не е општ акт кој нормативно уредува односи, туку е акт од работата на Собранието со кој тој одлучи за конкретно прашање.[2]

Уставниот суд утврдува дека во „номенклатурата на актите што ги донесува Собранието во вршењето на работите од својата надлежност, според член 68 став 2 од Уставот, се и заклучоците, чија природа концизно не е определена.“ Понатаму Уставниот суд толкува дека со одредбите на Деловникот на Собранието, заклучоците не се третираат како општи акти на Собранието, кои ги носи за својата работа и за работата на работните тела и стручната служба. Според тоа, смета Уставниот суд „заклучоците се третираат како акти на работење на Собранието, а не прописи или општи акти со кои нормативно се уредуваат односите.“

Тргнувајќи од карактерот на прописот, а имајќи ја предвид содржината на оспорениот заклучок, според мислењето на Уставниот суд, „со него не се уредуваат односи во врска со распишувањето на референдумот и иницијативата за распишување на референдум, односно со него не се пропишува начинот и условите и прашањето за одржување на референдум кои би важеле за во иднина. Имено, оспорениот акт не уредува односи кои би се однесувале на неопределен

[2] Решение на Уставниот суд, У. бр. 150/1996-1-0, Службен весник на Република Македонија, бр. 70/96.

број субјекти и норми кои би се однесувале на идни случаи, туку со него се решава за конкретно барање на поименично утврдени подносители кое барање Собранието не го прифатило бидејќи оценило дека нема уставен основ за донесување на одлука за распишување на референдум за предвремени избори."

„Според тоа, Судот смета дека оспорениот заклучок не уредува односи за да тој има карактер на општ акт, туку дека тој е акт на работење на Собранието со кој се одлучува за конкретно прашање, дека не претставува пропис за извршување на закон и дека изразува содржина што се темели на политичка волја во моментот на неговото донесување, дека ги нема општите карактеристики на еден пропис, поради што тој не претставува пропис за кој Уставниот суд е надлежен да одлучува за неговата уставност и законитост.

Според мислењето на Судот, за да може еден правен акт да се смета за пропис, нужно е на општ начин да уредува односи, односно нормите што тој ги содржи, да се однесуваат на неопределен број правни субјекти и нивната примена да се однесува на сите правни случаи што ќе се појават во иднина во рамките на соодветните општествени односи."

Ова е проблематично образложение, кое покренува голем број прашања. Несомнено е дека Уставниот суд својата оценка дали одреден акт е предмет на негова контрола треба да ја заснова на суштината на актот, односно на прашањата кои ги опфаќа и начинот на кој тој тоа го прави, а не само на името на актот. Во спротивно, Собранието може да го „изигра" уставот и да го избегне Уставниот суд негирајќи, односно кршејќи одредени права со акти насловени како заклучок. Како Уставниот суд ги дефинира општите акти? Ако се општи акти оние erga omnes tanguit, односно оние кои на општ начин уредуваат односи, односно акти кои уредуваат односи кои би се однесувале на неопределен број субјекти и норми кои би се однесувале на идни случаи, во тој случај проблематичен е ставот дека Заклучокот на Собранието со кој се отфрлаат 150 000 собрани потписи за распишување референдум не е општ акт бидејќи со него се решава за конкретно барање на поименично утврдени подносители кое барање. Барањето на кое се однесува Заклучокот е барање на 150 000 избирачи за распишување референдум на кој би можеле да гласаат сите избирачи. Згора на тоа Заклучокот содржи став дека Собранието не е надлежно да распише референдум за одржување на предвремени парламентарни избори, став кој во иднина би ги обесхрабрило сите идни обиди за собирање потписи за распишување референдум за ова прашање. Ова Решение на Уставниот суд го остави правото на референдум на граѓаните без правна заштита, а самоволното толкување на Собранието на уставната норма за референдум остана несанкционирано.

Со ова решение Уставниот суд од една страна покажа дека не беше спремен да биде ограничувач на власта и чувар на Уставот, но од друга страна покажа спремност општите и непрецизни уставни одредби кои оставаат „мане-

варски простор“ за различни толкувања, да ги користи во корист на извршната власт.

3. Постапката за донесување закони во Собранието како предмет на оценка пред Уставниот суд

Прашањето дали Уставниот суд треба да води сметка и за почитувањето на пропишаната постапка за носење на актите се постави во иницијативата за оценка на уставноста на Буџетот на Република Македонија за 2013 година, кој беше донесен без почитување на пропишаната постапка.

Во иницијативата пред Уставниот суд[3] се бараше да се оцени уставноста на Буџетот затоа што тој не беше донесен во постапка пропишана со Деловникот на Собранието на Република Македонија. Иницијативата беше отфрлена со образложение дека Уставниот суд има надлежност да оценува само дали актот е донесен од надлежен орган! Ваквата одлука на Уставниот суд е многу опасна затоа што остава отворени врати за неказнето кршење на постапката за носење за закони од страна на Собранието, без да постои можност за правни последици или правни средства за тоа.

Иницијативата беше отфрлена и по уште еден основ, а тоа е привремениот карактер на Буџетот. Имено, Уставниот суд одлучува само за правни акти што се во сила. Со оглед на тоа што важењето на Буџетот заврши со истекот на 2013 година, постои основано сомневање дека Уставниот суд намерно ја одолговлекувал постапката и ја донел одлуката во јануари 2014 година, кога Буџетот за 2013 веќе не беше во правна сила.

4. Одлука за распуштање на Собранието како предмет на оценка пред Уставниот суд

Во 2016 година, пред Уставниот суд се покрена иницијатива за оценка на уставноста на одлука за распуштање на Собранието, при што Уставниот суд во период од три месеци донесе две сосема спротивни одлуки кои се однесуваа на ова прашање. На 18.2.2016[4] година Уставниот суд ја отфрли иницијативата за оцена на уставноста на Одлуката за распуштање на Собранието на Република Македонија, со образложение дека не е надлежен да одлучува за тој акт. Три месеци подоцна, Уставниот суд одлучи дека е надлежен да ја цени уставноста

[3] U. No. 20/2013-0-0, Adopted on 19.1.2014.

[4] Решение У.Број: 9/2016-0-0, дата на донесување: 18.2.2016

на таа одлука и отвори постапка.

Имено, на 18.1.2016 година, Собранието на Република Македонија донесе Одлука за распуштање, која „влегува во сила со денот на објавување во „Службен весник на Република Македонија“, а ќе се применува од 24 февруари 2016 год.“ Постапката пред Уставниот суд беше иницирана заради одложната примена на оваа одлука.

> Уставниот суд на 18.2.2016 оцени дека одлуката „е конкретен акт и не содржи општи норми на однесување, односно не уредува воопшто односи на општ начин. Таа според нејзината форма и доносител спаѓа во групата правни акти што имаат поединечен карактер, односно со кои се одлучува за поединечни правни ситуации во кои примената на некој општ пропис се исцрпува еднократно. Според Судот, оспорената одлука според нејзината содржина не уредува правни односи на општ начин и нејзината функција се исцрпува единствено на еден конкретен случај на распуштање на Собранието.“
>
> Од тие причини, Уставниот суд ја отфрли иницијативата како ненадлежен да одлучува по неа. Тројца судии напишаа две издвоени мислења истакнувајќи дека одлуката на Собранието е подобна за уставно-судска оцена, затоа што „има универзално дејство (својство) со оглед на тоа што практично се однесува на сите граѓани на Република Македонија кои на општи и непосредни избори го даваат својот глас за пратениците во Собранието“. Одлуката не се однесува на Собранието самото за себе и на неговото интерно работење, туку иницира „цела серија на правни дејствија и импликации, кои се однесуваат како на сопствениот пратенички мандат и легитимитет, така и на власта (Владата) и со тоа универзално на сите граѓани. При спротивно толкување, не би постоела друга системска можност Собранието да биде контролирано од аспект на вршењето на својата функција во согласност со Уставот, што би значело дека постои сериозна правна празнина при функционирањето на контролните механизми меѓу трите столба на државната власт, а која би можела да генерира самоволие.“[5]

Одлуката за распуштање на Собранието беше изменета на 23.2.2016 со тоа што беше сменета датата на примена на истата. Со измените, Одлуката за распуштање на Собранието требаше да се применува од 7.4.2016, наместо од 24.2.2016. Согласно таа измена, Собранието се распушти на 7 април 2016 година и беа свикани избори. Со оглед на тоа што сите политички партии, освен владејачката одлучија да ги бојкотираат изборите заради неисполнетост на ус-

[5] Издвоено мислење на Решението на Уставниот суд У. Бр. 9/2016.

ловите за фер и слободни избори, се јави потреба од одложување на изборите и повторно свикување на Собранието. „Спасот“ дојде од Уставниот суд. На 18.5.2016 година, [6] Уставниот суд едногласно одлучи дека е надлежен да ја цени уставноста на Одлуката за распуштање на Собранието и ја поништи истата.

Спротивно на претходното тврдење, во овој пат Уставниот суд едногласно утврди дека „Одлуката за распуштање на Собранието има карактер на пропис, бидејќи ваков вид одлука има универзално дејство и посредно се однесува на сите граѓани кои на непосредни избори го даваат својот глас за одреден пратеник на Собранието, односно ним им го пренесуваат мандатот, но и суверенитетот за Собранието да решава, односно одлучува во нивно име.“

> Без сомневање, овие две сосема спротивни одлуки на Уставниот суд, донесени во период од три месеци, сведочат за неговата партизација и политичкото влијание врз мнозинството во Судот. Но, останува дилемата, кој од овие два целосно спротивни става, го одразува вистинското мислење во кое верува мнозинството во Судот кое го смени мислењето „преку ноќ“, особено што претседателката на Уставниот суд, на 18.5.2016 година, кажа дека ќе направи преседан и ќе ја прифати иницијативата заради политичката криза во земјата. Тоа имплицира дека таа, како претставник на „мнозинството што ги менува ставовите согласно политичките наредби“, не смета дека згрешила при одлучувањето првиот пат.

> Но, арбитрерноста на Уставниот суд во Република Северна Македонија во толкувањето на своите надлежности не завршува само на толкувањето на тоа кои акти се предмет на оценка на уставноста, туку го опфаќа и прашањето кои аспекти на актите треба да бидат контролирани, односно дали оценката ја опфаќа само содржината на актите, или пак и постапката за нивно носење.

5. Меѓународни договори

Посебно интересен е и ставот на Уставниот суд во толкувањето на својата надлежност да одлучува за уставноста на меѓународните договори.

По склучувањето на Времената спогодба меѓу Грција и Македонија[7] која се однесува на спорот за името пред Уставниот суд на Република Македонија беа покренати иницијативи за оценка на закони за ратификација на меѓународни договори

[6] Одлука на Уставниот суд, У. Бр. 104/2016, дата на донесување 25.5.2016.

[7] Привремената Спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција, склучена во Њујорк на 13 септември 1995 година („Службен весник на Република Македонија – меѓународни договори“ бр.48/95).

во кои се користи привремената референца на Република Македонија.

Во нив Уставниот суд се прогласуваше за ненадлежен потенцирајќи дека „согласно член 110 од Уставот, Уставниот суд на Република Македонија одлучува за согласноста на законите со Уставот, а не и за меѓународните договори. Врз основа на овие одредби Судот сметал дека оценката за согласноста на меѓународен договор со Уставот ја врши Собранието на Република Македонија во постапката на ратификацијата на меѓународниот договор, кој после негово ратификување станува дел на внатрешниот правен поредок, а со тоа и директно извршлив.“[8] Уставниот суд ги отфрлал иницијативите за оценка на уставноста на закони за ратификација на меѓународните договори, со образложение дека нивната содржина е оцена на „содржината на меѓународниот договор“, а тоа не спаѓа во негова надлежност.[9]

Во 2002 година Уставниот суд во истиот состав „оцени дека Уставот му дава можност да ја испитува и формалната и материјалната страна на законите за ратификација на меѓународните договори“[10] и го укина Законот за ратификација на Билатералниот договор меѓу Република Македонија и Република Грција за изградба и управување со нафтовод („Службен весник на Република Македонија“ бр.62/99). Станува збор за инвестициски договор, кој во јавноста беше склучен од страна на претходната влада, која беше на власт до 2002 година. По промената на власта, Уставниот суд оцени дека е надлежен да одлучува за уставноста на меѓународните договори и го укина договорот.

Во одлуката Уставниот суд оцени дека „меѓународните договори, со актот на ратификација, стануваат дел од правниот поредок на Република Македонија и како такви, имаат статус над законите, но мораат да бидат во согласност со Уставот на Република Македонија. Имајќи предвид дека Договорот за купување на акции и концесија, односно Инвестицискиот договор, преку референца е вграден во Билатералниот договор, тој всушност претставува негов составен дел и како таков треба да биде во согласност со Уставот на Република Македонија.“

Користејќи го ова образложение Судот утврдува дека со одредени членови од Договорот, се повредени неколку уставни членови, меѓу кои уставното начело на еднаквата правна положба на сите субјекти на пазарот и како и уставното начело на владеење на правото.

Но, покрај содржинската несогласност на меѓународниот договор со Уставот, Уставниот суд утврдил дека истиот не бил објавен во Службен весник, спротивно на обврската од членот 52 од Уставот според кој законите и другите прописи се објавуваат пред да влезат во сила, со што е направена и формална повреда во постапката.

---

8 У.Број: 341/1995-0-0, У.бр.230/1996

9 У. Бр.178/2000-0-0

10 У. Бр.140/2001

За жал, се покажа дека оваа беше само политичка „екскурзија“, а не еволуција во ставот на Уставниот суд. Во 2005 година, Уставниот суд во истиот состав донесе решение со кое се врати на првобитното стојалиште и одлучи дека не е надлежен да ја оценува уставноста на содржината на меѓународните договори, користејќи го старото образложение дека оцената на согласноста на меѓународните договори со Уставот ја врши Собранието на Република Македонија во постапка на ратификација на меѓународниот договор, кој по неговото ратификување станува дел од внатрешниот правен поредок, а со тоа и директно извршлив.[11]

Интересен случај во овој контекст кој доведе до поделба меѓу истите судии е случајот[12] за оценување на уставноста на Законот за ратификација на Договорот за физичка демаркација на границата меѓу Република Македонија и Република Косово.[13]

Уставниот суд во овој случај оценува дека нема надлежност да врши уставно-судска анализа на содржината од Договорот кој е ратификуван со Законот. Исто така, Судот се повикува на веќе изразениот став дека не е надлежен да ја оценува уставноста на содржината на меѓународните договори и дека оцената за согласноста на меѓународните договори со Уставот ја врши Собранието на Република Македонија во постапката на ратификација на меѓународниот договор, кој по неговото ратификување станува дел од внатрешниот правен поредок, а со тоа и директно извршлив.[14]

Еден од судиите на Уставниот суд издвоил мислење во овој случај.[15]

[11] Иницијативата се однесуваше на поведување постапка за оценување на уставноста на членови од Спогодбата меѓу Владата на Република Македонија и Владата на Република Албанија за соработка во областа на образованието и науката („Службен весник на Република Македонија“ бр.12/2002) и членови од Спогодбата меѓу Владата на Република Македонија и Владата на Република Бугарија за заемно признавање на документите за образование и за научни степени („Службен весник на Република Македонија“ бр.12/2002). Случај У.Број: 150/2002-0-0 дата на донесување: 13.7.2005.

[12] У.Број: 250/2009-0-0, дата на донесување: 23.12.2009.

[13] „Службен весник на Република Македонија“ бр.127/2009.

[14] “Со оглед на тоа што со оспорениот закон се врши ратификација на Договорот, Судот оцени дека се неосновани наводите во иницијативата со кои се наведува дека Законот уредувал менување на граница меѓу Република Македонија и Република Косово и дека поради тоа Законот требало да биде донесен во согласност со членот 74 од Уставот, односно со одлука на Собранието изгласана со двотретинско мнозинство гласови од вкупниот број пратеници. Имено со Законот не се регулираат односите на договорните страни, кои всушност се договорени и склучени со Договорот, а не со Законот. Уставниот суд нема уставна надлежност да го цени предметниот Договор за физичка демаркација на границата меѓу Република Македонија и Република Косово, чија согласност со Уставот, Собранието на Република Македонија ја ценело во спроведената постапка на ратификација, а во која оспорениот закон е правилно донесен во согласност со точката 1 од Амандманот X од Уставот на Република Македонија.“ У.Број: 250/2009-0-0, дата на донесување: 23.12.2009

[15] Интересно е тоа што судијата кој го издвоил мислењето пред да биде избран за судија, извршуваше изборна функција на предлог на партијата која беше подносител на иницијативата за

Тој истакнува дека не се согласува „со пристапот што механички ги раздвојува меѓународниот договор и законот за негова ратификација, ниту со ставот дека Уставниот суд може да ја оценува согласноста на законот само од аспект на начинот на неговото донесување, а не и од аспект на содржината на меѓународниот договор којшто со ратификацијата станува дел од внатрешниот правен поредок, како ни со тоа дека контролата на уставноста на меѓународните договори ја вршело Собранието во постапката за нивна ратификација.“ Притоа во издвоеното мислење се потенцира дека „Уставниот суд има апсолутна надлежност да одлучува за уставноста на кој и да е акт со кој се врши промена на границата.“[16]

6. **Заклучок**

Непрецизноста на членот 110 од Уставот на Република Македонија во кој е регулирана надлежноста на Уставниот суд, отвори простор за толкувања за актите кои се предмет на уставно-судска контрола. Оперирајќи со терминот „други прописи“, без притоа да ги наведе меѓународните договори, Уставот отвори можност за Уставниот суд да толкува што се подразбира под терминот „други прописи“. Тоа доведе во различни наврати Уставниот суд да дава различни толкувања на овој термин, што влијае на правната сигурност и на кредибилитетот на Уставниот суд. Покрај тоа, прашањето за тоа дали постапката за донесување на закон е предмет на уставно-судска контрола е прашање кое уставот не го регулира, туку исто така е оставено на интерпретација на Уставниот суд. Кога имаше пред себе „политички жешки“ теми Уставниот суд најчесто се прогласуваше за ненадлежен, а во ретки случаи и носеше одлуки кои не беа конзистентни на претходната пракса.

оцена на уставноста во овој случај.

[16] „Во овој контекст прашањето веќе не е толку дали законот за ратификација е едно, а меѓународниот договор друго, дали Уставниот суд е надлежен за едното или другото и т.н., туку дали границата (територијата како белег на државата) или влегувањето во ЕУ (трансфер на суверенитетот – јавната власт како белег на државата) е извршено на начин пропишан со Уставот. При одлучување за вакво прашање, според моето убедување, Уставниот суд не би требало да се повикува на природата на одлуката, меѓународниот договор и законот за ратификација за да ги испитува условите на својата надлежност. Според моето мислење, Уставниот суд има апсолутна надлежност да одлучува за уставноста на кој и да е акт со кој се врши промена на границата или се реализира стапување во членство во ЕУ, и следствено да ја прифати неговата уставност или да го отстрани од правниот поредок во зависност од тоа дали за неговото донесување се исполнети сите услови на специјалната уставна процедура. Оттука, и кога еден закон за ратификација на меѓународен договор по овие прашања е донесен со потребното мнозинство и во потребната процедура, тоа не ја исклучува ниту надлежноста на Уставниот суд да одговори на прашањето за уставноста на начинот на менување на границата (ако се менува) и стапувањето во членство на ЕУ, ниту ја исклучува евентуалната неуставност на актот (вклучително и ратификуван меѓународен договор) со кој тоа е направено.“ У.Број: 250/2009-0-0, дата на донесување: 23.12.2009.

Јасноста на правните норми е значајна основа за воспоставување на владеење на правото, но дури и при постоење на уставни норми со „послаб квалитет“, Уставниот суд со аргументирани, конзистентни и предвидливи одлуки може да придонесе за градење на стабилен уставен систем. За жал, тоа не беше случај во Република Северна Македонија досега.

БИБЛИОГРАФИЈА:

1. Издвоено мислење на Решението на Уставниот суд У. Бр. 9/2016.
2. Lukić R. i B. Košutić. *Uvod u pravo*. Beograd. 1991.
3. Mijanović, G. *Kontrola ustavnosti zakona*. doktorska disertacija. Sarajevo. 1965.
4. Nikolić, O. 'Ustavni savet Francuske republike', *Strani pravni život*. Beograd. No. 1-2/1993.
5. Николић, П. 'Прилог питању карактера аутентичног тумачења закона'. *Pravni život*. 11/82. Beograd.
6. Одлука на Уставниот суд, У. Бр. 104/2016, дата на донесување 25.5.2016.
7. Привремената Спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција, склучена во Њујорк на 13 септември 1995 година („Службен весник на Република Македонија – меѓународни договори“ бр.48/95).
8. Решение на Уставниот суд, У. бр. 150/1996-1-0, Службен весник на Република Македонија, бр. 70/96.
9. Решение У. бр. 20/2013-0-0, дата на донесување 19.1.2014.
10. Решение У. број: 9/2016-0-0, дата на донесување: 18.2.2016
11. Славнић, Љ. *Од државе која одумира ка правној дражави*. Београд. 1994.
12. Тренеска-Дескоска, Рената, "Конституционализам", Правен факултет, Скопје, 2015
13. Тренеска-Дескоска, Рената, "Уставниот суд и "правните земјотреси" во Република Македонија", Годишник на Правниот факултет "Јустинијан Први" во Скопје во чест на Петар Манговски, том 55, Скопје, 2016.
14. Тренеска-Дескоска, Рената, Ристовска, Марика и Трајковска-Христовска, Јелена "Уставно право", Просветно дело, Скопје, 2021
15. У. бр.140/2001
16. У. бр.178/2000-0-0
17. У. број: 150/2002-0-0 дата на донесување: 13.7.2005.
18. У. број: 250/2009-0-0, дата на донесување: 23.12.2009.
19. У. број: 341/1995-0-0, У.бр.230/1996
20. Cansel, E. *General report, VIII Conference of European Constitutional Courts, 7-10 May 1990*. Ankara. 1990

Prof. Dr.sc Renata Treneska - Deskoska[17]

(UN)COMPETENT CONSTITUTIONAL COURT

Summary

This article analyzes open questions on the competencies of the Constitutional court of the Republic of North Macedonia which left space for interpretations of the Court. Unfortunately, these interpretations were not always consistent. This article analyzes the question about the acts of the Assembly that are not statutes, which were sent to the Constitutional Court for evaluation of their constitutionality and legality, as well as the attitude of the Court about its competence to decide upon them. The issue on evaluation of the constitutionality of the procedure for adoption of the statutes is also analyzed. The subject of interest of this article are also the interpretations of the Constitutional court of the question of its competence to decide on constitutionality of the international agreements.

Key words: *Constitutional Court of the Republic of North Macedonia, international agreements, laws, constitution, Assembly.*

[17] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Тања Каракамишева-Јовановска[1]

АНАЛИЗА НА МЛАДИНСКАТА РАБОТА ВО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА

УДК: 331.314-053.6(4-672ЕУ)
374-053.6(4-672ЕУ)
061.2-053.6(4-672ЕУ)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Иако навидум нов концепт, младинската работа веќе неколку децении зазема клучно место во политиките на ЕУ кои се непосредно поврзани со унапредувањето на позицијата на младите во Унијата. Донесени се повеќе десетици документи од страна на различни институции на Унијата (во најголем дел од Советот на ЕУ и од Европската комисија), во форма на резолуции, „бели книги", стратегии, декларации, мислења, заеднички извештаи, комуникациски извештаи, и слично[2], кои имаат за цел подобрување на состојбата на младите во ЕУ генерално, но и во националните системи на земјитечленки на Унијата одделно, преку засилување на процесите на признавање на младинската работа како посебен сектор, но и преку зголемување на степенот на видливост на младинската работа како конкретна политика во младинската сфера. Иако во ЕУ е потребно уште многу работа во делот на конкретното вреднување на

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први", Универзитет „Св. Кирил и Методиј" во Скопје.

[2] Види: 1. Council Resolution of 27 November 2009 on a renewed framework for European cooperation in the youth field (2010-2018), Official Journal of the European Union, C311/1, 19.12.2009,

2. Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, Meeting within the Council of 27 June 2002 regarding the framework of European cooperation in the youth field, Official Journal of the EC, C168/2, 13.7.2002,

3. European Commission White Paper "A New Impetus for European Union", Brussels, 21.11.2001, COM(2001) 681 final,

4. White Paper on a European Communication Policy, Brussels, 1.2.2006, COM(2006) 35 final, Communication from the Commission to the European Council, "A Citizen's Agenda Delivering Results for Europe, Brussels, 10.5.2006, COM(2006)211 final,

5. Notices from EU Institutions, Bodies, Offices, and Agencies, 2012 Join Report of the Council and the Commission on the implementation of the renewed framework for European cooperation in the youth field (2010-18), Official Journal of the EU, C 394/5, 20.12.2012.

младинската работа во животот на младите луѓе, сепак неспорен е фактот дека Унијата, согласно податоците сумирани во постојната евиденција, како и од направените анализи, сериозно работи на подигнување на општата свест меѓу младите, но и меѓу сите граѓани, за значењето и за користа на младинската работа во системот. Целта на ова истражување е да ги согледа добрите практики на младинската работа што се применуваат и даваат резултати во земјитечленки на Унијата со цел нивно соодветно користење при градењето македонска стратегија за ова важно прашање.

Клучни зборови: *младинска работа, ЕУ, автономија, интеграција, образование, неформални активности, добри практики.*

1. Општи напомени за концептот младинска работа и нејзиното дефинирање во земјитечленки на ЕУ

Поимот младинска работа има за цел да ги означи различните видови активности, дејствија, процеси и мерки кои се преземаат од страна на конкретни субјекти во соодветните области кои се во најголем обем сфера на интерес на младите.

Од друга страна, Унијата има и неколку официјални дефиниции за младинската работа, од која највредна за споменување е онаа **содржана во Резолуцијата на Советот на ЕУ од 2010 година**:

„Младинската работа е работа која се одвива во вонпрограмската сфера на активности, како и во сферата на посебните активности во рамките на слободното време на младите, а се заснова на неформалните и спонтани процеси на учење, и на волонтерската партиципација на младите. Овие активности и процеси се самоменаџирани, коменаџирани или менаџирани согласно образовните и/или педагошки препораки на професионалните лица, или волонтерските млади работници и млади лидери, кои можат да се развиваат и да бидат предмет на промени со различна динамика“.

Се смета дека **три клучни карактеристики** ја дефинираат младинската работа по кои таа се разликува од останатите категории:

Силна фокусираност и посветеност кон младите луѓе;
Силен придонес кон личниот развој на младиот човек, и
Зајакнување на волонтеризмоткако клучна активност.[3]

[3] Види: Working with young people: the value of youth work in the European Union, Edited by European Commission, February, 2014, http://ec.europa.eu/youth/library/study/youth-work-report_en.pdf.

Потребно е да се забележи дека не постои единствена, униформна дефиниција за младинската работа која се среќава во сите земјичленки на ЕУ.

Токму затоа праксата изобилува со различни дефиниции, постојат бројни типологии на младинската работа кои се фокусирани на различните видови активности и интереси поврзани со неа.

Најчестата типологија е онаа која младинската работа ја дели според типот на целните групи кон кои е насочена:

- според првата типологија, младинската работа има универзален карактер, и ги таргетира сите млади луѓе без разлика на одредените специфики меѓу младите, и
- според втората типологија, младинската работа има посебен карактер кој ги таргетира специфичните интереси на посебните групи млади луѓе.

Разлики постојат и во однос на целите кои младинската работа треба да ги постигне. Додека првата група зборува за широки цели на личен развој на младите поврзани со младинската работа, втората група има за цел да се посвети на посебните, специфични интереси кои се директно поврзани со желбите и потребите на посебните групи млади луѓе.

Важно е да се напомене дека видовите активности најчесто се врзуваат со видовите очекувани резултати, како и со дискусијата за вредностите и значењето на младинската работа.

Можеби најконкретно дефинирање на целта на младинската работа дава **Петер Лауритцен (Peter Lauritzen) според кого**:

„Клучната цел на младинската работа е да **обезбеди можности за младите луѓе да ја креираат сопствената иднина.** Младинската работа е збир активности од социјална, културна, образовна или политичка природа, кои се однесуваат на младите луѓе. Во активностите на младинската работа, исто така, влегуваат и спортските и услужните активности наменети за младите. Младинската работа припаѓа во сферата на вонучилишното образование, најчесто реферирано или како неформално, или како информално (спонтано) учење“.[4]

Главната цел на младинската работа е насочена кон поголема интеграција и инклузија на младите луѓе во општеството. Таа, исто така, има за цел да

[4] Види: Final Report, “The Socio-economic Scope of Youth Work in Europe”, Youth Partnership, InstitutfürSozialarbeit und Sozialpädagogik, http://www.youthpolicy.org/library/wp-content/uploads/library/2008_Socioeconomic_Scope_Youth_Work_Europe.pdf.

обезбеди лична и социјална еманципација на младите луѓе од разните форми на зависност, злоупотреба на трудот и експлоатација. Токму затоа, младинската работа наоѓа свое место и во системот на социјалната политика и благосостојба, и во системот на образованието. Во некои земји, младинската работа е уредена со закон и е администрирана од државните/јавните службеници, посебно на локално ниво. Сепак, постои значајна врска меѓу професионалните работници и волонтерските работници, која во одредени случаи е антагонистичка, а во други, кооперативна.

Оттука, и дефиницијата на младинската работа е различна.

Додека во некои земји, младинската работа е призната, промовирана и финансирана од државата, во други таа има маргинализиран статус, додека во трети има целосно волонтерски карактер. Она што во некои земји се смета за традиционална работа на младинските работници–без разлика дали се професионалци или волонтери–во други, таа се поврзува со работата на одредени консултанти.

Денес, проблемите кои постојат во рамките на државните системи, а кои во најголем дел се поврзани со обезбедување непречен пристап до образовниот систем, и до пазарот на трудот, значат дека младинската работа треба засилено да работи во насока на изнаоѓање решенија со невработеноста, образовната политика, како и проблемите поврзани со маргинализацијата и социјалната исклученост на младите.[5]

Во последно време, младинската работа засилено се поврзува и со областите од социјалната сфера, давањето на социјални или друг вид услуги кои претходно биле целосно покривани од државата, а во кои се вклучени аспекти од сферата на: обуки/тренинг активности, вработување, домување, мобилност, криминална правда, здравство, како и одредени потрадиционални области на учество, како што се: креирање младински политики, културни активности, кариерни услуги, забава и спорт.

Младинската работа сè повеќе се фокусира и на одредени, специфични групи млади луѓе, како што се, хендикепираните лица, емигрантите, бегалците, како и барателите на азил. Младинската работа може да биде организирана и за одредени религиозни потреби и цели.

За потребите на ова истражување следат и дефинициите на младинската работа кои се среќаваат во законодавствата на неколку земјичленки на ЕУ.

Во **Австрија**, младинската работа е дефинирана како вонучилишна работа со посебен акцент на активностите поврзани со слободното време на

[5] Види подетално: United Nations, World Programme of Action for Youth to the year 2000 and beyond, Resolution adopted by the General Assembly (A/50/728), 13 March, 2000), New York, како и во: Chisholm, L., & Hoskins, B.(2005), Trading up-Potential and performance in non-formal learning, Council of Europe Publishing, Strasbourg.

младите, и со нивната заштита. Целите на младинската работа се насочени кон превенција, решавање на проблемите со кои се соочуваат младите во системот, образование и поголеми постигнувања во социјалната сфера, корисно исполнување на слободното време и стекнување на искуства меѓу младите.

Во **Естонија**, младинската работа се дефинира како збир на развојни активности кои им овозможуваат на младите да делуваат надвор од нивните семејства, од образовните програми, и да работат согласно сопствената волја. Целите на младинската работа во оваа земја е да се создадат предуслови и поддршка за младите како членови на општеството.[6]

Во **СР Германија**, младинската работа нуди поддршка на младите луѓе во нивниот развој преку селектирање на активностите кои се од нивен интерес, а со кои се овозможува охрабрување на засилена социјална одговорност и учество на младите во системот. Целта на младинската работа во Германија е социјален и личен развој, фокусиран на концептите на самодефинирање, учество и интеграција на младите.

Во **Грција**, младинската работа се поврзува со образовните и со социјалните услуги кои даваат поддршка на младите луѓе во процесот на безбеден и здрав премин кон возрасни личности, како и активности поврзани со слободното време. Целите на младинската работа се социјален и личен развој на младите луѓе, како и подобрување на активното политичко учество и социјална инклузивност на младите луѓе.

Во Република **Ирска**, младинската работа се дефинира како програмски планирана образовна активност обмислена во насока на подобрување на личниот и социјалниот развој на младите луѓе преку нивното волонтерско дејствување, кое е во согласност со нивното формално академско или стручно образование и обука, и кое се остварува примарно преку волонтерските организации за младинска работа. Целта на младинската работа во оваа земја е социјален и личен развој на младата популација преку волонтерската работа.

Во **Италија**, младинската работа се разгледува преку поттикнување на иницијативите кои се во корист на младите луѓе и нивниот пристап до пазарот на трудот. Целта на младинската работа е обезбедување поквалитетен премин, и поквалитетни услови за премин на младите во зрелото доба (на полето на

[6] Види подетално:Cooper, R., (2012), Models of youth work: a framework for positive sceptical reflection, Youth and Policy, http://www.youthandpolicy.org/wp-content/uploads/2013/04/cooper_models_of_youth_work.pdf,
Council of the European Union, (2012), Council Conclusions on Fostering the creative and innovative potential of young people, (online) available at: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/educ/130157.pdf.
Council of the European Union, (2013), Council Recommendation of 22 April 2013 on establishing a Youth Guarantee, (online) available at: http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:120:0001:0006:EN:PDF.

пронаоѓање работа, учество во јавниот живот, и слично).

Во **Холандија**, младинската работа ги опфаќа услугите за поддршка на младите луѓе, како и понудите на младите кои се поврзуваат со нивното слободно време. Целите на младинската работа се социјално учество и социјална инклузија на младите луѓе во системот.

Во **Норвешка**, младинската работа е осмислена преку активностите кои им нудат на младите луѓе интересно и слободно време со смисла и значење, како и можности за нивен личен развој преку учество и социјална интеракција. Целта на младинската работа е засилување на партиципативната демократија која ќе го превенира системот од социјалната ексклузија на младите, и нивна маргинализираност.

Во **Романија**, младинската работа ја инкорпорира секоја активност која е организирана да ги подобри неопходните услови за социјален и професионален развој на младите согласно нивните потреби и желби. Целите на младинската работа се фокусирани кон обезбедување полесен пристап до информации важни за младите, поголема вклученост на младите во цивилните активности од еколошка, политичка, и друг вид природа, активности кои ја адресираат ексклузијата на младите преку нивно превенирање, политичка инклузија и интеграција, сопствен развој, образование, како и преку активностите поврзани со слободното време.

Во **Шпанија**, младинската работа се дефинира преку активностите од социјална, културна, образовна или политичка природа кои се наменети и кои се остваруваат во интерес на младите луѓе. Целите на младинската работа се насочени кон неутрализирање на социјалната ексклузија и маргинализирање на младите луѓе од системот, и нивно засилено учество и интеграција во различните сфери на општеството како еднакви граѓани со сите права и обврски.

Може да се заклучи дека во сите наведени земји,[7] младинската работа е дефинирана како сфера на вонобразовни активности, кои се непосредно поврзани со неформалното или спонтаното (информално) учење. Само во Италија, каде младинската политика традиционално не постои, или е сведена на дисперзирани локални иницијативи, младинската работа е дефинирана преку поимите на формалното образование и преку пазарот на трудот.

Исто така, може да се забележи дека **сите дефиниции содржат две основни ориентации кои рефлектираат двојни искуства:**

1. Младинската работа се користи за стекнување на корисни искуства

[7] Види поопширно: Coussée, F., Williamson, H. &Verschelden, G. (2012), The History of Youth Work in Europe and its relevance for youth policy today: Vol. 3, како и во: The history of youth work in Europe, Relevance for today's youth work policy, Volume 4, Edited by Marti Taru, FilipCoussée and Howard Williamson,
http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/1667851/History+of+youth+work,%20vol.+4/a2f0d4d8-dcfe-487e-b363-546cbc92ae56.

од социјална, културна, образовна или политичка природа во рамките на слободното време, со цел засилување на личниот развој на младите луѓе, и засилување на нивната лична и социјална автономија и слобода, како и

2. Младинската работа нуди бројни можности за интеграција и инклузија на младите луѓе во „возрасното општество“ преку засилување на социјалната интеграција, и преку превенирање од исклучување на хендикепираните, односно на ранливите категории лица од активностите во системот.

Може да се заклучи дека оние земји кои се соочуваат со поголеми проблеми во делот на интегрирањето на младите луѓе во социјално-економските процеси во земјата,имаат дефиниции кои се повеќе фокусирани на социјалните процеси и аспекти на младинската работа.

Што се однесува на целните групи кои се опфатени со младинската работа, може да се заклучи дека во сите земји младинската работа е фокусирана генерално на сите млади луѓе, иако постојат и се креираат специфични услуги наменети само за ранливите, односно за социјално исклучените групи. Иако се забележуваат различни приоритети во делот на општите младински, од една, и таргетираните услуги, од друга страна, може да се забележи дека клучните аспекти на младинската работа, партиципација и заштита на младите, се содржани во сите земји.

Она што може да се забележи, е дека постои голема разлика во однос на дефинирањето на старосната граница на таргетираните младински групи. Така, додека во Грција, Холандија, и во Норвешка, не постои минимум старосна граница (максималната е до 30 во Грција, до 23 во Холандија и во Норвешка), во Естонија младите луѓе се дефинирани од 7 до 26 години, додека во Ирска од 10 до 25 години, во Австрија од 11 до 25 години, во Германија од 14 до 27 години, во Италија од 15 до 36 години, во Романија од 15 до 35 години, а во Шпанија од 15 до 29 години.

Постојат повеќе причини за ваквиот диспаритет во годините кои најмногу се врзуваат за концептот на младинската работа во секоја земја. Така, во Грција, Холандија и во Норвешка, каде идејата за социјална инклузија е една од експлицитните цели на младинската работа, децата се дел од целните групи за младинска работа. Во земјите како Австрија, Германија, Естонија, Ирска, Италија, Норвешка, Романија, Шпанија, во кои концептот на младинската работа се фокусира на развојот на младите луѓе и нивниот социјално независен живот, или на посебните интереси на младите во рамките на нивното слободно време, постои јасна разлика меѓу деца и млади луѓе.

Што се однесува до спектарот на активности и услуги кои ги вршат институциите и младинските организации, истите повторно се разликуваат од земја до земја, зависно од традицијата што секоја од нив ја имаат во делот на националната младинска работа. Интересно е да се напомене дека во оние земји каде младинската

работа традиционално има маргинализирана позиција, истата има широк спектар на активности, и тоа: рекреативни активности, спортски активности, вонпрограмски форми на образование, младинско информирање, советување, и партиципација, како и кариерни услуги, образование и лична поддршка на младите луѓе во ризик.

Иако терминологијата за младинската работа е различна од земја до земја, како категории кои директно се поврзуваат со младинската работа, а кои се среќаваат во сите од нив, се сметаат: 1. вонучилишно младинско образование; 2. меѓународна младинска работа; 3. отворена младинска работа; 4. партиципација и образование под менторство; 5. заштита од социјалната исклучивост/младинска социјална работа; 6. рекреација; 7. младинско советување; 8. младинско информирање; и 9. младинска работа во спортот.

2. Компаративни искуства поврзани со младинската работа во некои земји членки на ЕУ

2.1 Австрија

Младинската работа во Австрија е поделена[8], односно функционира во неколку форми: 1. отворена младинска работа, 2. младинска работа во младински организации, 3. институционална младинска работа, и 4. комерцијална младинска работа. Исто така, постојат т.н. „младински иницијативи“, односно младински услуги кои ги нудат млади луѓе за младите луѓе. Оваа релативно нова форма на младинска работа може да се дефинира како менторирано образование, и е предоминантно поврзано со сферата на заштита на младите во Австрија.

Отворената младинска работа во Австрија се одвива во рамките на младинските центри, како мобилна младинска работа, и преку регионалните младински информативни услуги, како и преку регионалните и локалните иницијативи. Главно е фокусирана на обезбедување простор на младите луѓе во рамките на системската структура, како и организирање на нивното слободно време по сопствена волја. Отворената младинска работа е генерално отворена за сите млади луѓе, при што не постои обврска за формално членство, или друга форма на формална партиципација.

Отворената младинска работа, посебно во областа на превенцијата, е фокусирана на социјално ранливите категории млади луѓе, каде организациски структурираната младинска работа ги таргетира како свои целни групи.

[8] Види, исто, оп.цит.,The history of youth work in Europe, Relevance for today’s youth work policy, Volume 4, Edited by Marti Taru, Filip Coussée and Howard Williamson, http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/1667851/History+of+youth+work,%20vol.+4/a2f0d4d8-dcfe-487e-b363-546cbc92ae56

Младинските организации во Австрија се прилично различни. Порано разликата меѓу младинските организации била правена согласно идеолошките концепции, при што во Австрија постоеле два политички кампа со различни култури и идеологии: еден камп поврзан со синдикатите и со Социјалистичката партија, и друг камп поврзан со Католичката црква и со Народната партија. Младите луѓе „растеле“ во едниот, или во другиот „камп“, со истовремено членство во организациите кои биле блиски до нивниот „камп“.

Поради социо-структурните и културните промени во оваа земја, овој систем претрпе одредени промени во текот на последните дваесет години, но сепак сè уште можат да се сретнат многу организации кои можат да се оквалификуваат како дел од овој „камп систем“.

Целните групи на најголемиот дел од младинските организации во Австрија се различни и најчесто не се ограничени на посебна возрасна група. Сепак, постои одредена тенденција на поголемо обраќање на младите меѓу 15 и 19 години посебно во активностите на т.н. вонпрограмска младинска работа. Младинските организации, исто така, ги таргетираат и младите меѓу 20 и 24-годишна возраст. Според податоците од четвртиот младински извештај на австриската влада, 93% од сите младински групи и младински организации ги гледаат учениците како нивна главна целна група, 88% им се обраќаат на средношколците, додека 80% од нив на универзитетските студенти. 72% од сите даватели на младинска работа тврдат дека младите луѓе кои работат, или кои се невработени, земаат учество во вршењето на нивните услуги.

Во Австрија, институционалната младинска работа е младинска работа која ја спроведуваат државните или општинските младински департмани. Секоја од вкупно деветте држави на австриската федерација има свој младински департман кој ја координира младинската работа во секоја од државите, кој ги нуди услугите и ги организира активностите за младите луѓе. Што се однесува до информираноста на младите за овие активности, постојат посебни интернет-портали кои се под капата на федералната влада, и на кои младите луѓе можат да најдат информации за различни прашања и теми поврзани со младинската работа. Овој концепт на навремено информирање на младите луѓе е посебно охрабрен од Европската комисија во рамките на посебната „Бела книга за младите“. Целта е младите луѓе, како и младите работници, и нивните родители, да добијат корисни информации за различни прашања и теми кои се предмет на нивен интерес.

Една од најважните области на акција на младинската работа во Австрија е сферата на заштита на младите луѓе од сè бројните социјални проблеми. Не само што младинските организации ја идентификуваат заштитата како нивен главен фокус на дејствување, туку тие едновремено преземаат многу превентивни активности за кои дури ни самите не се свесни дека ги вршат.

Девет од десет младински организации нудат превентивни активности за да им помогнат на младите луѓе да стекнат поголема самодоверба и самоконтрола, што е генерално прифатено како превентивно/заштитна мерка. Областите кои ја покриваат заштитата во рамките на младинската работа, се главно фокусирани на ослободување од зависностите од дрога, алкохол, злоупотреба на децата и насилството меѓу младината, поврзано со сексуалното злоставување и заштита од сидата. Како области на превентивна младинска работа се набројани и заштитата од расизмот, криминалното однесување, сексуалното злоставување, и игрите на среќа во рамките на слободното време на младите луѓе.

Младинската работа содржи бројни активности кои се поврзани со делувањето на политичките партии, или со спортските настани. Исто така, младинските организации организираат бројни работилници кои ги обработуваат актуелните прашања проблематични за младите, а едновремено имаат и образовен карактер. Најголемиот дел од младинските организации имаат за цел да им обезбедат на младите луѓе креативна работа во различни области поврзани со младите, како што се, заштита на животната средина, заштита од дрогата или другите форми на зависност, кои влегуваат во категоријата заштитна (превентивна) младинска работа. Еден дел од младинските организации во Австрија имаат и советодавна улога. Дури над 70% од младинските организации нудат советодавни услуги со цел да им помогнат на младите луѓе за прашања поврзани со изборот на нивната професија, или изборот на нивното работно место. Добар дел од младинските организации се занимаваат со прашања поврзани со семејните проблеми, прашања поврзани со проблемите во љубовните врски, или со сексуалноста. Одредени младински организации вклучуваат и рекреативни активности кои можат да бидат оквалификувани како образовни.

2.2 Естонија

Младинската работа во Естонија[9] е генерално дефинирана како инволвирање на социјалното, културното и здравственото образование на младите луѓе во насока на промоција и развој на нивниот ментален и психофизички развој. Целта на младинската работа е да се создадат услови кои ќе им помогнат на младите во нивното оспособување да бидат активни надвор од нивните семејства, формално образование и работа, поддршка во нивниот процес на социјализација, како и промоција на нивниот развој кон градење на

[9] Види: Estonian Youth Work Strategy 2006-2013, Ministry of Education and Research of Estonia, Tartu, 2006, http://planipolis.iiep.unesco.org/upload/Estonia/Estonia_Youth_Work_Strategy_2006-2013.pdf.

здрави личности во општеството. Концептот и развојниот план за младинската работа во Естонија се основа за развивање на посебни акциски планови во осум подобласти на младинската работа, во кои се вклучени хоризонтални теми на интеграција и казнена заштита. Овие осум значајни подобласти се:

- посебна младинска работа со младите луѓе кои живеат во ризични и специфични услови, или имаат проблематично однесување;
- младински хоби образовни активности надвор од формалното образование;
- младинско информирање;
- младинско советување;
- младинска тренинг работа (организирање обуки за стекнување на вештини, квалификации и развој на сопственото знаење за подобрување на квалитетот на младинската работа);
- рекреативни активности за младите луѓе (извидништво, организирање на слободното време, кампување);
- работно образование на младите луѓе кое има за цел зголемување на подготвеноста на младите за работа;
- меѓународна младинска работа.

Сите овие младински активности имаат прилично голема возрасна растегливост поради фактот што законот за младинска работа на Естонија дефинира широк опсег на возраст (од 7 до 26 години). Зависно од способноста да учествуваат во социјалниот живот, различните целни групи се дефинирани според проектното и програмското планирање. Така, на пример, ранливите категории млади луѓе се категоризираат или според географските, економските, јазичните, или според социјалните и здравствените аспекти. И спектарот на луѓе кои можат да се сметаат за млади работници е доста широк, бидејќи во Естонија не постои кохерентност во сфаќањето кој влегува во групата млади работници, а кој не. Во моментов, во Естонија се води дебата околу професионалните стандарди за младинските работници во земјата. Сепак, најголемиот дел од младинската работа во младинските организации се врши од страна на волонтери. Според естонскиот регистар за невладини организации, постојат околу 150 младински организации и уште толку младински асоцијации на младински работници. Во последниве неколку години, постои засилено внимание за развој на младинската работа на локално ниво, на пример, преку развој на структури и програми за поддршка на младинското учество, и преку отворените младински центри.

Неколкуте естонски традиционални форми на младинска работа, како што се, летните младински кампови и училиштата за хоби образование на младите (концентрирани во сферата на музиката, уметноста, танцувањето и слично) ги обновуваат сопствените програми во насока на подобро задоволување на интересите на младите луѓе.

2.3. СР Германија

Младинската работа во Германија[10] е сфатена доста широко, како сектор на неформално образование, и како поддршка фокусирана на автономијата, партиципацијата и интеграцијата на младите луѓе во системот. Политичката одговорност во овој сектор лежи примарно на локалните власти. Одговорноста се префрла на повисоко ниво (државната, односно федералната влада) само ако работата е делегирана од локалните на државните власти. Младинската работа на локално ниво рефлектира различни вредности и голем спектар на содржини, методи и форми на работа.

Оттука, не постои униформен вид локална младинска работа. Напротив, овој плурализам е резултат на различните потреби на младите луѓе во конкретни случаи. Главниот фокус на младинската работа вклучува различни аспекти кои се разликуваат според нивните индивидуални услуги. Оттука, постојат:

- младински вонучилишни образовни активности кои го надополнуваат семејното, училишното воспитување, како и пазарот на трудот со: општообразовни активности и образование, политичко образование, социјално образование, културно образование, и природна историја, еколошко и техничко образование;
- младинска работа во спортот, играта и социјалниот живот;
- младинска работа поврзана со пазарот на трудот, училиштето и семејството;
- меѓународна младинска работа;
- деца и младинска рекреација;
- младинско советување;
- обуки, поддршка и давање совети.

Волонтирањето отсекогаш имало клучно значење за младинската работа и за младинските организации. Тоа е основа на младинската работа во рамките на младинските организации во Германија, како и медиум за различните понуди кои ги остваруваат младите луѓе. Младинските организации главно ја организираат младинската работа во групи, иако и формите на отворена младинска работа сè повеќе добиваат на популарност. Младинската работа во Германија е високо професионализиран и законски регулиран сектор. Нејзината администрираност се случува во рамките на младинските департмани на локално ниво. Клучната цел на ваквата форма на неформално образование и поддршка е да им понуди на младите луѓе подобра иднина и преземање одговорност за сопствените акции. Оттука, учеството на детето, или на младиот

[10] Види подетално: Country Reports on Youth Work – Germany, http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/3084952/Youth_Work_Germany.pdf/84036cbe-dd4e-442a-a9bd-ef31a7d66756.

човек во креирањето на младинските услуги не е само техничка работа, туку и клучен елемент за ефикасноста на самите услуги. Посебното значење на ова учество е во директната вклученост на младите во обликувањето на содржината и организацијата на младинските услуги. Основната задача на младинската работа е да даде придонес кон личното самоисполнување и кон стекнување поголема слобода на индивидуите.

2.4. Република Ирска

Младите луѓе во Ирска[11] се дефинирани како група во која се вклучени лица од 10 до 25-годишна возраст. Во праксата, младинската работа во Ирска најчесто се остварува од лица кои се меѓу 12 и 18-годишна возраст, што коинцидира со средношколското ниво на образование. Младинската работа е дефинирана во Законот за младинска работа од 2001 година, како „планирана образовна програма дизајнирана со цел да се помогне и унапреди социјалниот и личен развој на младите преку нивното волонтерско учество во одредени активности, кои се комплементарни со нивната академска или стручна образовна подготовка, а кои се остваруваат примарно преку волонтерските организации за младинска работа“.

На пример, една голема национална младинска организација, „Развој на младите“ го рефлектира овој етос во својата мисија преку изјавата, „целта на организацијата е да им се овозможи на младите луѓе активно да се вклучат во сопствениот развој и во развојот на општеството. Оваа цел ги поттикнува и ги поддржува младите луѓе да се вклучат во развојот на сопствените карактери и да го потпомогнат развојот на своите таленти“.

Оваа филозофска ориентација им овозможува на организациите за младинска работа во Ирска да имаат повеќенаменски пристап кој е комбинација на личниот развој на младите со социјалната правда. Младинските организации во Ирска кои се посветени на младинската работа, своите активности најмногу ги насочуваат кон младите луѓе од ранливите категории, сиромашните граѓани, младите кои се маргинализирани и социјално исклучени, кои се инволвирани во криминогени активности, кои растат во дисфункционални семејства, и слично.

Сепак, во Ирска младинската работа се разгледува како различна активност од онаа поврзана со социјалната работа, со образованието и со давањето социјални услуги. Нејзината посветеност кон социјализацијата и кон инклузијата преку личниот и социјалниот развој ја разликува младинската работа од социјалната работа, примарно посветена на заштитата на децата и семејната

[11] Види: Dickson, K., Vigurs, C.A., and Newman, M., (2013), Youth Work: a systematic map of the research literature, Department of Children and Youth Affairs, Ireland.

благосостојба. Младинската работа е предоминантно лоцирана во рамките на третиот сектор, кој го сочинуваат националните и волонтерските младински организации кои се под целосна координација на Одделот за младински работи при Министерството за образование, наука и стручно образование.

Социјалната работа е примарно лоцирана во рамките на државниот сектор, како дел од системот на здравствените услуги, а под целосна контрола на Министерството за здравство и деца. Младинските организации вршат различни активности од соодветните програми, кои директно се однесуваат на младите луѓе и нивните различни потреби и интереси, вклучувајќи ги и надворешните активности, како, на пример, пливање, работа на проекти, забава и игра, уметност (театар, танцување и сл.), социјални акции, летни школи и проекти, меѓународна размена итн.

Младинската работа во Ирска има посебен етос кој се дефинира како единствена активност со сопствена, јасно разграничена цел и мисија во функција на личниот и социјалниот развој на младата популација врз основа на волонтерска партиципација. Нејзината примарна лоцираност во рамките на цивилното општество во смисла на давање на одредени услуги го рефлектира историското влијание на принципот на супсидијарност во рамките на ирската социјална политика, како и ограничувањата на ирската држава на благосостојба. Постојат сѐ поголем број независно организирани, младински организации кои се формирани во рамките на локалните заедници.

2.5. Италија

Прашањето за младинската работа во Италија[12] се развива мошне бавно, со само 0,24% од општинските средства наменети за политиките поврзани со младинската работа. Во многу италијански региони, Католичката црква, во рамките на своите можности и тренинг активности, одиграла релевантна улога во делот на зајакнувањето на капацитетот на младинската работа, иако за жал, може да се констатира дека тоа не е доволно за да се стимулираат процесите на социјализација меѓу младите, и нивното учество во работите кои директно ги засегаат.

Постојат неколку причини поврзани со овој проблем, иако најзначајната е дека, всушност, не постои силна политичка акција посветена на младите луѓе, поради што тие најчесто се одбиени во реализацијата на нивните барања. Во Италија не постои јасна дефиниција за младинската работа, и барем досега,

[12] Види: Morciano, D., & Scardigno, F. (2014).The identity of youth work as an agent of social equality, Italian Journal of Sociology of Education, 6(1), p. 25–52.Retrieved from: http://www.ijse.eu/wp-content/uploads/2014/02/2014_1_2.pdf.

не постои младински акциски план каде терминот „млади луѓе“ е униформно дефиниран. Сите закони кои се занимаваат со ова прашање, било на национално, било на регионално ниво, имаат различни концепти за тоа што е младинска работа, и која е категоријата млади луѓе.

Секој од овие закони имаат утврдено различни старосни граници. Така, некои закони имаат утврдено дека лицата кои се меѓу 15–29-годишна возраст спаѓаат во групата млади, други закони ги дефинираат меѓу 15–36 години, и слично. Последиците од ова се дека, вообичаено, младинската работа се смета за работа која ја извршуваат млади луѓе од различни години, без разлика дали студираат/учат или не, млади луѓе кои за прв пат му пристапуваат на пазарот на трудот, и дека политиките кои се во корист на младинската работа, ги вклучуваат сите иницијативи преку кои се обезбедуваат инструментите неопходни да се најде ново работно место, нови можности, и побрзи промени.

Во Италија има посебно Министерство за младински политики и спорт, како и во останатите европски земји, при што основната цел на ова министерство е да обезбеди национални младински политики кои ќе се изродат од Младинскиот национален план. Посебниот економски фонд кој беше утврден со закон во август 2006 година, има за цел имплементирање на акциите утврдени во Националниот младински план: „Фонд за младински политики“. Овој фонд се создаде во насока на промоција на правата на младите луѓе за културен и стручен тренинг, да ги засилат нивните можности за инклузија во социјалните активности, како и за имплементација на акциите потребни за зголемување на нивните можности да станат сопственици на дом, да добијат кредити, или да купат одредени производи и услуги кои им се потребни.

Буџетот од 130 милиони евра за 2007 година беше алоциран за поддршка на администрацијата на регионалните, и на локалните власти во овој сегмент. Друг значаен аспект кој се подвлекува, е зголеменото внимание на централната власт за ова прашање, но и преку одредбите посветени на образованието и континуираниот тренинг на младите луѓе.

Во текот на последните десет години, многу проекти се реализирани со партиципација на локалните администрации, локалните здравствени организации и со третиот сектор. Овие проекти се занимавале со прашањата од областа на превенцијата, социјалната асистенција, и здравствената промоција. Локалните авторитети ги менаџираат младинските политики согласно локалните социјални планови, во кои се инволвирани и развојот на независноста, превенцијата од социјалната изолација и болестите. Овие проекти ја потенцираат и културната размена, нов пристап кон потребите и очекувањата на младите луѓе. Многу од општинските локални авторитети сега се задолжени за младинската политика, вклучувајќи го и фактот дека постои и институционална волја за поддршка на младите луѓе преку инструментите на локалното планирање.

2.6. Холандија

Во текот на последниве децении, младинската работа во Холандија[13] остана во најголем обем под сенката на младинската грижа. Иако целната група за младинска грижа–млади во ризици–се однесува само на околу 15% од холандската младина, сепак, таа добиваше огромен дел од политичкото внимание. Оттука, не е за изненадување што слична слика може да се најде и во рамките на холандскиот сектор за младинска работа. Она што може да се дефинира како младинска работа во оваа земја, во потесна смисла на зборот, е работа која се фокусира на младите луѓе во состојба на ризик. Прототипски примери за вакви целни групи се младите луѓе кои имаат миграциска позадина, како и младите луѓе чии што семејства се во тешка економска состојба. Активностите кои се организираат за и со нив, најчесто се спроведуваат преку јавни набавувачи и имаат за цел да интервенираат во проблематични ситуации. Постојат најмалку две причини зошто младинската работа во потесна смисла е посебно присутна во урбаните средини:

- прво, потребите на населението се поголеми во овие средини, правејќи можно целните групи да бидат поделени на подгрупи, и
- второ, соодносот на младите луѓе со миграциска позадина е поголем во градските отколку во руралните средини. На пример, во Амстердам, младите луѓе со миграциска позадина се повеќе од 50% споредено со младите луѓе кои живеат на периферијата, или во руралните средини.

Младинската работа во поширока смисла, најчесто се однесува генерално на сите луѓе, или на посебните возрасни групи, на пример, од 10 до 14 години, или од 14 до 18 години. Оваа работа има поуниверзален пристап, бидејќи нуди широк спектар на активности кои ги извршуваат јавните, непрофитните, или профитните провајдери. Овој вид младинска работа може да се најде во градовите, иако најчесто се среќава во руралните средини, поради фактот што во овие средини младите имаат повеќе потреба од овој вид активности отколку младите во поголемите градски средини. Значи, заедно, младинската работа во потесна и во поширока смисла покрива широк спектар на активности.

Ноорда и Веенбас, ја предлагаат следнава класификација на младинска работа:

1. професионална социо-културна младинска работа, во која акцентот е ставен на младинска работа и отворена младинска работа со соседите;
2. волонтерска младинска работа, во која е вклучена и работата заснована на конкретна идеологија, интересни организации, организации фокусирани на забавните активности, и организациите на мигрантите,
3. улична младинска работа;
4. спорт и слични активности.

[13] Види: Youth work and “youth at risk” in the Netherlands, http://sejed.revues.org/6647.

Со измените кои се случија на 1.1.2007 година, и со носењето на Законот за социјална поддршка, една од клучните заложби на истиот е да ја засили улогата на општините во делот на социјалната политика. Како последица на ова, холандската младинска работа можеби ќе стане уште пофрагментирана од она што беше. Од друга страна, Министерството за млади и семејство беше воспоставено во 2007 година. Неговото постоење можеби ќе го промени курсот на младинската работа на политичката агенда, извлекувајќи ја надвор од сенката на младинската грижа. Со оглед на фактот дека овие настани се неодамнешни, последиците на среден и на долг рок сѐ уште се очекуваат.

2.7. Норвешка

Младинската работа во Норвешка[14] вклучува активности кои се водени од страна на волонтерски, и на јавни организации. Волонтерските организации најчесто фокусот го ставаат на спортот, културата, и рекреативните активности, иако работат и на подобрување на животните услови за младите лица со посебни потреби. Од друга страна, јавните организации, најчесто нудат активности во насока на формирање младински клубови, културни клубови, музички училишта, како и организации кои нудат услуги за детска и социјална грижа. Најголемиот дел од младинската работа во оваа земја е водена од третиот сектор, со волонтери кои делуваат како значајни учесници. Во многу случаи, услугите поврзани со детската грижа ги остваруваат волонтерските организации, така што младите луѓе кои имаат одредени проблеми, се вклучуваат во одредени спортски или друг вид активности.

Најважната акција на полето на младинската работа е поврзана со волонтерската работа, работа на младинските клубови, и услугите за детска грижа. Волонтерската работа е составена од широк спектар на организации кои се фокусирани на спортот, културата, политиката, религијата, и рекреативните активности. Во најголем број од случаите овие организации се водени од волонтери. Младинските клубови се во сопственост и се финансираат од локалните власти. Нивната цел е да им понудат на младите луѓе повеќе можности за средби со други млади луѓе. Главниот фокус на младинските клубови не е во активностите, туку во значењето на интеракцијата меѓу младите.

2.8. Романија

Во Романија[15], генералната рамка на младинските политики има за

[14] Види: http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/3084952/Youth_Work_Norway.pdf/83967c3a-e777-4f44-9f34-c1686473572b.

[15] Види: http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/3084952/Youth_Work_Romania.pdf/ebb774f2-

цел да ја опфати младата генерација во целина, од една, и само посебните целни групи кои адресираат прашања специфични за различните категории млади луѓе, од друга страна. Во втората категорија посебно се споменуваат младите припадници на ромската популација, младите женски припаднички, студентите, институционализираните млади луѓе, консуматори на дроги, ХИВ позитивни лица, или младите од руралните средини. Општите документи кои се однесуваат на младинската политика во Романија, како и постојното романско законодавство, ги разгледува младите како целина, адресирајќи се на група која има старосна граница од 15–16 до 29–35 години, зависно од политиката. „Младите семејства“ и невладините младински организации се, исто така, целна група на генералната рамка на политиката. Како што е наведено во Законот за млади, младата генерација на луѓе кои се од 15–16 до 29 или 35 години треба да бидат поддржани во нивната автономија и независност. Генералниот став е дека младата генерација претставува извор за градење на иднината, и токму затоа нивните иницијативи, нивните вредности и ставови треба да бидат чуени, нивните проблеми решавани, и треба да бидат заштитени и поддржани за подобра иднина. Но, во исто време, младите луѓе се гледаат и како ранлива група која има потреба од грижа, промоција и поддршка.

Токму затоа постои посебна политика на национално ниво, на пример, за поддршка на младите семејства во смисла на стекнување дом, или почнување сопствен бизнис. Постојат политики кои се посебно дизајнирани да ги видат потребите на посебните категории млади луѓе: на пример, луѓе со инвалидитет, членови на малцинските групи, посебно на ромската. Постои и национална политика за засилување и поттикнување на работодавците да вработуваат млади луѓе, посебно млади дипломци. Од друга страна националниот социјално-безбедносен систем им нуди на невработените средства во износ од 50% од минималната сума на средства која ја примаат сите средношколци и завршени студенти. Во заклучокот, може да се констатира дека целните групи на политиките се и посебните групи лица со недостатоци, како и младите генерално. Социјалното учество на младите луѓе, како и социјалната ексклузија на одредени категории млади луѓе се сметаат како значајни младински проблеми кои мора да бидат решавани преку примена на конкретни мерки кои ќе ја засилат нивната превенција, нивното политичко учество, нивната инклузија и интеграција. За да се решат овие проблеми, за да се адресираат овие прашања на ексклузија или маргинализација, и интеграција на младите луѓе, државните власти на секое ниво за овие прашања соработуваат со невладините организации, во насока на развивање програми и стратегии, како и нивно аплицирање за обезбедување финансиски средства со цел надминување на проблемите.

4207-495c-8ee7-bf9393e8b724.

Доминантниот концепт на младинската работа вклучува неколку важни прашања: партиципација на младите, посебно политичка и граѓанска, слободни активности, како што се зимските и летните школи, советување на младите за различни прашања поврзани со образованието, вработувањето, патувањата, организациите, информациите, тренинзите, и волонтерската работа.

2.10. Шпанија

За да се разбере значењето на младинската работа во Шпанија[16] клучно е, од една страна, да се разбере фокусот кон семејната средина која е најважна за транзиционите процеси на младите кон зрелото доба, како и кон нивното вклучување во професионалниот живот. Оттука, се вели дека шпанската држава на благосостојба, барем досега, се заснова на принципот на солидарност, посебно на меѓугенерациската солидарност, што ја подразбира и задоцнетата еманципација на младите луѓе од семејната средина (приватната средина), додека прашањата поврзани со образованието на младата генерација, како и стекнувањето на нивните работни квалификации се решаваат во рамките на образовниот систем (јавна средина). Ова објаснува зошто семејно-ориентираните западноевропски државни политики на благосостојба и активностите на младинската работа треба да бидат надградени. И уште повеќе, овие држави на благосостојба се карактеристични по тоа што имаат поларизирана социјална политика, посебно кон постарите лица, за кои буџетските алокации за семејство и за младински политики, како на пример, развој на младинската работа, се во голем обем намалени. Ова сериозно го намали развојот на младинската работа, посебно на локално ниво.

Од друга страна, и како последица на оваа семејна ориентираност, благосостојбата и помошта за социјализација треба да бидат обезбедени во рамките на приватната семејна средина. Политиките кои имаат за цел да го промовираат третиот сектор и неформалното образование на младите, се имплементираат од неодамна. Овие процеси имаа негативни реперкусии врз оформувањето и воведувањето на концептот младинска работа. Во случајот со западно-европските држави на благосостојба не постои официјален термин или посебен концепт за младинска работа. За разлика од земјите од северна Европа, во Шпанија овој концепт е тешко применлив кога станува збор за младинските политики, со оглед на фактот дека не постои институционална и концептуална форма за предметот, што посебно се одразува на различните видови младински програми.

[16] Види поопширно: Working with young people: the value of youth work in the European Union – Case Studies, http://ec.europa.eu/youth/library/study/youth-work-case-studies_en.pdf.

Во многу случаи, младинската работа се сфаќа како трудово-образовен процес на локално ниво и во рамките на третиот сектор, политики кои имаат за цел да ја промовираат трудовата вклученост на хендикепираните категории млади. Значењето на младинската работа во Шпанија е фундаментално профилирано и во младинските политики со цел дејствување во насока на социјална ексклузија и маргинализација на младите луѓе. Главната цел на младинските политики кога станува збор за младинската работа, е да се засили партиципацијата и интеграцијата на младите луѓе во различните сфери, како граѓани со целосни права.

Кои се најважните трендови на младинската работа во ЕУ во последнава деценија?

Секторот за младинската работа во ЕУ сè позасилено го зајакнува сопственото учество и значење во рамките на политичката агенда на ЕУ, но, што е уште позначајно, и на ниво на земјите членки на Унијата. Организациите кои се занимаваат со прашањата поврзани со младинската работа, поминуваат низ сериозен процес на прилагодување со потребите и содржината на интересите на младите луѓе.

Притоа, од спроведените интервјуа, од извештаите на земјитечленки на Унијата, како и од студиите на случај во кои се разработени не само прашања од политичко, туку и од практично значење, се констатираат бројни клучни трендови.[17] Како најзначаен тренд, од кој произлегуваат и сите останати, е секако потребата од комбинирање меѓу зголемените активности поврзани со младинската работа, од една, и зголемените очекувања од младинската работа да достави успешни резултати и евиденција на успешните чекори, од друга страна.

Потребно е, како што се вели, организациите кои се занимаваат со младинска работа, да најдат рамнотежа меѓу:

1. Приоритетите содржани во политиките на институциите на ЕУ, и потребните механизми за зголемување на трендот, младинската работа да биде повеќе целно ориентирана, да биде адресирана на повеќе посебни цели и барања;
2. Индивидуалните потреби и интересите на младите луѓе;
3. Значењето на клучните принципи кои се основа на младинската работа.

17 Види поопширно: Youth work today: a review of the issues and challenges, http://www.myd.govt.nz/documents/resources-and-reports/publications/youth-work-today/youth-work-today-a-review-of-the-issues-and-challenges-pdf.pdf.

Неповрзаноста меѓу целите, мисијата на младинската работа и очекуваните резултати, е акутен проблем кој реално е присутен во практиката. Постои загриженост дека од младинската работа се очекува да даде резултати слични на резултатите од секторите во рамките на останатите политики.

Токму затоа, овој сектор е под постојан притисок кој реално може да ја дефокусира младинската работа од своите примарно поставени цели. Во многу земјичленки на ЕУ, сѐ уште овие две работи не одат рака под рака.

Со цел да се истражи што точно значи младинската работа, како таа се остварува и како се поддржува во рамките на секторот во ЕУ, потребно е да се видат податоците содржани во литературата, како и студиите на случаи каде се идентификувани елементите кои ја чинат младинската работа успешна во пракса.

Како индикатори за мерење на квалитетот на младинската работа се сметаат[18]:

- блиската поврзаност меѓу лицата вклучени во младинската работа (младинските работници и младинските организации), од една, и младите луѓе, од друга страна;
- флексибилност, достапност и прилагоденост на потребите на младите луѓе;
- активна поврзаност, помош и поддршка на младите луѓе;
- активно учење на можностите, утврдување на целите и признавање на достигнувањата на младите луѓе;
- градење безбедна средина која дава поддршка, средина каде младите луѓе можат да го искусат животот, да прават грешки, но и да учат од своите претпоставени;
- развивање автономија на младите луѓе во водењето на нивниот сопствен развоен пат;
- градење на партнерства/соработка со други субјекти преку формите на неформално образование, социјална работа и слично.

Организациите и другите субјекти кои директно се вклучени во младинската работа, треба да најдат рамнотежа меѓу поддршката што тие ја даваат, од една, и автономијата на младите луѓе, од друга страна. Корисноста за младите од вака организираната средина се гледа низ призмата на поддршката

[18] Види опширно: Measuring Effectiveness in youth work, The Youth Monitor Seminar, Tartu, 25 September, 2013, Dr John Bamber, The Centre for Effective Services, http://www.noorteseire.ee/system/resources/-BAhbBlsHOgZmIlIyMDEzLzA5LzI3LzEzXzIzXzE4XzQ3Nl9Kb2huX0JhbWJlcl9NZWFzdXJpbmdfZWZmZWN0aXZlbmVzc19pbl95b3V0aF93b3JrLnBkZg/13_23_18_476_John_Bamber_Measuring_effectiveness_in_youth_work.pdf.

која едновремено не ја загрозува автономијата на младите во промовирањето на личните квалитети и во сопствениот развој.

Значаен аспект кој треба да биде проучен во оваа анализа е не само да се види што значи успешна младинска работа по дефиниција, туку едновремено да се направи анализа и на резултатите од успешното практикување на младинската работа. Иако се чувствува генерален недостаток на податоци, но и гломазна евалуација на секторот за младинска работа во ЕУ, посебно во делот на неговата ефективност и ефикасност, сепак постојните податоци даваат основа за солидна анализа на младинската работа. Притоа, резултатите го покажуваат следново:

- младинската работа ги развива способностите и компетенциите/вештините на младите луѓе во различни области (вложување во развој на потенцијалот на човечкиот капитал);
- младинската работа ја засилува поврзаноста меѓу младите, со што се развива нивниот социјален капацитет (вложување во градење на социјалниот капитал на државата);
- младинската работа сериозно може да влијае врз промената на одредени видови однесувања меѓу младите (на пример, да влијае врз намалувањето на ризичните, девијантни однесувања);
- младинската работа гради позитивни односи на младите со другите луѓе, како и меѓу самите млади.

Земја	Термин	Волонтерско ниво	Професионални училишта	Високо образование
Австрија	Социјални работници	Натамошен тренинг за волонтерите обезбеден од младинските организации, и од младинските департмани на државно ниво. Само за дел од нив се даваат официјално признати сертификати.	Професионални училишта: 5-годишни целосни курсеви во областа на „социјалната педагогија“; 10% пракса. Колеџи за социјална педагогија: 3-годишни повремени обуки, главно теоретски со практични елементи Други тренинг курсеви: сертификатите не се признати од државните органи, и траат 2 години .	Академија за социјална работа-диплома за социјална работа по завршување на 4 години. Универзитет: диплома за образовни науки. Двата курса се главно теоретски фокусирани.
Естонија	Младински работник Социјален едукатор Социјален работник	Младинските организации нудат нивни волонтери за давање различни тренинг можности на професионално ниво, иако најголем дел од нив се многу хаотични и не се редовно организирани.	Колеџи за социјална педагогија (3-годишна диплома за младински работници и за социјалните педагози, 4-годишна диплома за социјалните работници, со 40–50% пракса. Тренинг курсеви	Универзитетска диплома во општествените науки (социологија, социјална политика, социјална работа и слично) 3+2 на додипломско и мастер ниво.

Германија	Социјален педагог, социјален работник, младински работник	Младинските организации и здруженија нудат голем број тренинзи и обуки за волонтерите. Само дел од нив даваат и официјално признати сертификати.	1. Професионален тренинг за социјалните помошници: 2-годишен тренинг во посебни училишта 2. Професионална едукација и тренинг за социјалните едукатори: 3 до 4 години (плус 1 година пракса) 3. Професионална академија за социјалниот сектор: 3-годишна диплома (теорија и пракса).	1. Универзитетска диплома во образовните науки со специјализација во социјалната педагогија: 4 години плус 6 месеци пракса 2. Политехничка диплома за социјална работа/ социјална педагогија: 3 години плус 1 година пракса 3. Додипломска, мастер диплома за социјална работа; 2 години/3 години плус пракса. Запишувањето на мастер студиите бара професионална диплома, и ЕКТС акредитација.
Грција	Социјален работник, Културен аниматор Социјален педагог	Волонтерски невладини организации и асоцијации можат да нудат тренинг курсеви за волонтери во младинскиот сектор, без целосна координација во смисла на администрирање, теорија или пристап. Ниту еден од овие тренинг курсеви не водат кон издавање на официјално признати квалификации.		1. Универзитетска диплома во социјална администрација, во најголем дел во социјалната работа: 4 години на студии вклучувајќи и 2 години пракса 2. Универзитетска диплома во општествените науки (социологија, психологија, социјална политика, социјална антропологија и сл.), во педагошките науки и образование (основно образование, образование на деца во рано детство (градинки), и неспецифична младинска работа: 4-годишни студии, плус, во некои случаи, одредена пракса зависно од степенот. 3. Диплома од високиот технолошко- образовен институт во социјалната работа: пракса-ориентирана работа 4-годишна диплома за вршење на младински и социјални услуги во следниве области: социјална благосостојба, посебно образование, психофизичко и ментално здравје, социјална сигурност, советнички и стручни препораки, превенција од деликвенција, социјални услуги во рамките на грчките вооружени сили, и министерството за јавен поредок, и сл.

Ирска	Младински работник, Социјален работник	Волонтерски асоцијации обезбедуваат нестандардизирани тренинзи за волонтери (традиционално силно под влијание на црквата).		1. Мастер студии за општествени науки/ диплома за стекнато високо образование за младинска работа и работа на заедницата:2 години пост-докторски курс 2. Мастер студии за социјална работа:2-годишни курсеви со пракса 3. Диплома од социјални науки за младинска работа и работа на заедницата: 3-годишни курсеви со практичен дел, во некои случаи пристап се има и без пост-задолжителни квалификации.
Италија	културен аниматор, социјален едукатор, професионалец за младинска политика	Волонтерски организации нудат бројни кратки и долги тренинг курсеви. Во некои случаи, овие курсеви можат да се сметаат како натамошен тренинг за оние кои почнале да работат како професионалци во младинските политики без да поседуваат соодветни квалификации.		Универзитетска диплома во образовните науки со специјализација во социјална педагогија: 3 години за прво ниво на студии и 2 години за специјализација.
Холандија	Младински работници Социјални работници	Волонтерски младински асоцијации можат да нудат тренинг на волонтери без соодветна координација	Социјални и културни работници, социјално-педагошки работници, работници давањето на социјални услуги, даватели на услуги за благосостојба: 2–4 години диплома која се добива по успешно завршени четири модули обезбедени од центрите за регионално образование: 60% практичен тренинг.	Високо стручно образование во културната и социјалната сфера: 4-годишна диплома еквивалентна на политехничко ниво; практичното искуство е интегрирано (од 1990 година постои и посебна програма за младинска работа на Универзитетот).
Норвешка	Социјален работник Социјален педагог Младински работник Културен аниматор	Најголемиот дел од волонтерските организации нудат различни курсеви за волонтерите. Само дел од нив доведуваат до официјално признати сертификати. Во поголем број случаи, волонтерите треба да земат курсеви од различни организации кои се способни, обучени за младинска работа.	Детска и младинска работа: 2 години образование во јавното средно образование плус 2 години пракса. Вработување во градинки или во младински клубови.	Диплома за детска грижа или социјална работа: 3-годишни курсеви на колеџите на универзитетите, еден семестар пракса, Мастер студии за социјална работа, диплома плус 2 години на дообразование на Универзитетски колеџ.

Романија	Културен аниматор Професионален младински работник	Некои од младинските организации нудат тренинг сесии и кратки курсеви за нивните волонтери. Волонтерските организации им нудат на нивните волонтери или слободни или платени курсеви за различни теми, зависно од активноста. Исто така, и државните институции во соработка со младинските организации даваат тренинг-обуки за младите луѓе за различни прашања. Сертификатите се даваат на крајот на овие курсеви.		Не постои формална програма за квалификации на младинските работници. Младинските работници ги добиваат своите квалификации преку работа во организациите, здруженијата, преку учество на меѓународни семинари, работилници, курсеви, со што се стекнуваат со искуства во полето на младинската работа.
Шпанија	Социјален работник Културен аниматор Професионален младински работник	Волонтерските младински организации нудат тренинг за волонтерите кои можат да бидат регионално координирани од страна на образовните центри (со сертификат). Овие курсеви не бараат задолжителна универзитетска диплома. Универзитетска диплома за волонтерска работа и соработка е достапна.	Висока техничка школа за социјални услуги/социо-културни аниматори: 2-годишен курс во регионалните професионални школи со баланс меѓу пракса и теоретски инструкции. Не се бара универзитетска диплома.	3-годишна универзитетска диплома те носи до менаџерски позиции за вршење локални младински услуги, како и на работа со посебно ранливите и хендикепирани лица; 40% пракса и 60% теоретско учење.

4.Заклучок

Постојните податоци од истражувањата спроведени на тема младинска работа покажуваат дека секторот младинска работа е поддржан од политиките и од фондовските програми како на ниво на ЕУ (преку Стратегијата за млади и преку Младите во акција), така и на национално ниво. ЕУ Стратегијата за млади има силно влијание на националните политики за младите, почнувајќи од нејзината примена во 2010 година, со точно утврдени национални приоритети кои ги рефлектираат оние утврдени на ЕУ ниво.

Во мнозинството земји членки на ЕУ, младинската работа е поддржана и разработена во конкретен закон, со конкретна структура, политики и финансирање. Сепак, овие рамки најчесто потенцираат само некои аспекти од младинската работа, при што е значајно да се напомене дека не постои унифициран начин на нејзино регулирање во земјитечленки на ЕУ.

Многу често, младинската работа е предмет на уредување во повеќе закони или со повеќе финансиски програми. Таму каде што постои законска рамка на уредување на младинската работа, точно се регулирани механизмите на финансирање, условите кои е потребно да бидат исполнети од лицата да се занимаваат со младинска работа, како и условите и одговорностите на оние кои се вклучени во секторот, а во одредени случаи, можат да послужат и како алатка за признавање на практиката на младинската работа.

Најголем број од земјите, покрај законско уредување имаат и посебна стратегија, или акционен план за младинска работа, или имаат поширoки младински стратегии во кои се инкорпорирани клучните аспекти на младинската работа.

Покрај законската регулатива, секторот е поддржан и од политиките на национално ниво, со конкретни програми и финансии. Всушност, постои евиденција дека развојот на политиките поврзани со младинската работа засилено се развива во земјитечленки на ЕУ, како владина заложба да ги воспостави, да ги реобнови, или замени стратегиите, политиките и финансиските програми за младинска работа со нови.

Од компаративната анализа на овие политики, програми и механизми за финансирање која е направена врз основа на податоците собрани од секоја земјачленка поодделно, може да се забележи дека покрај младинската работа во посебни тематски подрачја (на линија на осумте полиња на акција утврдени во ЕУ Стратегијата за млади), постојат и бројни други клучни приоритети за сегашната и за идната младинска работа кои се потенцирани на национално ниво.

Клучните приоритети на овие рамки на националните политики за младинска работа во земјитечленки на ЕУ се[19]:

[19] Види подетално: http://www.ycni.org/downloads/euro_international/info_bulletins/2013/October-2013.pdf.

1. Засилување на младите активно да учествуваат во општеството;
2. Таргетирање на главните недостатоци во процесот;
3. Развој на превентивната младинска работа;
4. Обезбедување квалитетна младинска работа;
5. Создавање на практика за младинска работа заснована на податоци;
6. Засилување на инфраструктурата за младинска работа.

Како тематски приоритети се наведуваат: 1. Образование и обука на младинските работници; 2. Активно учество на младите во младинската работа; 3. Унапредување на благосостојбата на младите преку младинската работа; 4. Развој и на волонтерството како сегмент од младинската работа; 5. Унапредување на младинската култура.

Точната бројка на младински работници во ЕУ и натаму останува непозната, иако приближните податоци покажуваат дека бројката на волонтери значително се зголемува во однос на платените младински работници во секторот.

Пресметките врз основа на избрана бројка на земји во ЕУ се приближно 1,7 милиони млади работници, иако таа може да биде повисока за цела ЕУ. Младинските работници извршуваат исти улоги и функции независно од тоа каков е нивниот статус, односно дали се волонтери или платени.

Статусот на младинските работници сè повеќе се сфаќа како одделена професија, иако професионализмот не се поврзува само со потребните формални квалификации. Младинските работници најчесто се квалификуваат и/или се посебно обучуваат да извршуваат активности во кои тие се инволвирани. Иако постои евиденција за одредена владина поддршка преку можностите за обука, признавање и валидност на учењето за младите работници, сепак најчесто, младинските организации се најактивни во нудењето на обуки, или развојни можности за младите работници.

Давајќи предност на домашните обуки, постои потреба од поголемо надворешно признавање на способностите, вештините и компетенциите на младинските работници, засновани на квалитетни критериуми согласно кои вештините и компетенциите можат да бидат признати. Исто така, постојат и одредени иницијативи за објаснување на заедничките минимални стандарди во компетенциите на младинските работници како поддршка на младите луѓе да се инволвираат во младинската работа.

Недостатокот од соодветна поддршка, во комбинација со притисокот на секторот може да ги обесхрабри оние кои работат со младите луѓе што има потенцијал да ги наруши (да им наштети) на воспоставените врски меѓу младинските работници, и младите луѓе за кои е основно да успеат во праксата.

ДЕЛ ОД КОРИСТЕНАТА ЛИТЕРАТУРА

Country Reports on Youth Work – Germany, http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/3084952/Youth_Work_Germany.pdf/84036cbe-dd4e-442a-a9bd-ef31a7d66756,

Dickson, K., Vigurs, C.A., and Newman, M. (2013), Youth work: a systematic map of the research literature, Department of Children and Youth Affairs, Ireland,

Estonian Youth Work Strategy 2006–2013, Ministry of Education and Research of Estonia, Tartu, 2006, http://planipolis.iiep.unesco.org/upload/Estonia/Estonia_Youth_Work_Strategy_2006-2013.pdf.

The Socio-economic Scope of Youth Work in Europe. Final Report. Study commissioned by the partnership between the European Commission and the Council of Europe in the field of Youth and conducted by the Institute for Social Work and Social Education, http://pjp-eu.coe.int/documents/1017981/1668203/study_Final.pdf/642c51c1-34d7-4f03-b593-317bf1812009,

Cooper, R., (2012), Models of youth work: a framework for positive sceptical reflection, Youth and Policy, http://www.youthandpolicy.org/wp-content/uploads/2013/04/cooper_models_of_youth_work.pdf,

Council of the European Union, (2012), Council Conclusions on Fostering the creative and innovative potential of young people, (online) available at: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/educ/130157.pdf.

Council of the European Union, (2013), Council Recommendation of 22 April 2013 on establishing a Youth Guarantee, (online) available at: http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:120:0001:0006:EN:PDF.

Council Resolution of 27 November 2009 on a renewed framework for European cooperation in the youth field (2010–2018), Official Journal of the European Union, C311/1, 19.12.2009,

Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, Meeting within the Council of 27 June 2002 regarding the framework of European cooperation in the youth field, Official Journal of the EC, C168/2, 13.7.2002,

European Commission White Paper “A New Impetus for European Union”, Brussels, 21.11.2001, COM(2001) 681 final,

White Paper on a European Communication Policy, Brussels, 1.2.2006, COM(2006) 35 final, Communication from the Commission to the European Council, “A Citizen’s Agenda Delivering Results for Europe, Brussels, 10.5.2006, COM(2006)211 final,

Notices from EU Institutions, Bodies, Offices, and Agencies, 2012 Join Report of the Council and the Commission on the implementation of the renewed framework for European cooperation in the youth field (2010–18), Official Journal of the EU, C 394/5, 20.12.2012.

Mairesse, P., (2009), Youth work and policy at European level, in Vershelden, G., Coussée, F., Van de Walle, T. and Williamson, H., The history of youth work in Europe and its relevance for youth policy today:Vol.1,

Measuring Effectiveness in youth work, The Youth Monitor Seminar, Tartu, 25 September, 2013, Dr John Bamber, The Centre for Effective Services, http://www.noorteseire.ee/system/resources/BAhbBlsHOgZmIlIyMDEzLzA5LzI3LzEzXzIzXzE4XzQ3Nl9Kb2huX0JhbWJlcl9NZWFzdXJpbmdfZWZmZWN0aXZlbmVzc19pbl95b3V0aF93b3JrLnBkZg/13_23_18_476_John_Bamber_Measuring_effectiveness_in_youth_work.pdf.

Morciano, D., &Scardigno, F. (2014). The identity of youth work as an agent of social equality, Italian Journal of Sociology of Education, 6(1), p. 25–52. Retrieved from: http://www.ijse.eu/wp-content/uploads/2014/02/2014_1_2.pdf

Youth work today: a review of the issues and challenges, http://www.myd.govt.nz/documents/resources-and-reports/publications/youth-work-today/youth-work-today-a-review-of-the-issues-and-challenges-pdf.

Youth work and “youth at risk” in the Netherlands, http://sejed.revues.org/6647,

Working with young people: the value of youth work in the European Union – Case Studies, http://ec.europa.eu/youth/library/study/youth-work-case-studies_en.pdf.

Prof. Dr.sc Tanja Karakamisheva-Jovanovska[20]

ANALYSIS OF THE YOUTH WORK IN THE EU MEMBER STATES

Summary

Although seemingly as a new concept, youth work has for decades occupied a key place in the EU policies directly related to advance the position of young people in the Union. Dozens of documents have been adopted by various institutions of the Union (mostly from the Council of the EU and the European Commission), in the form of resolutions, "white books", strategies, declarations, opinions, joint reports, communication reports, etc. The purpose of these documentsis to improve the position of the young people in the EU in general, as well as in the national systems of the member states of the Union by strengthening the processes of recognition of youth work and by increasing the level on the visibility of youth work as a specific policy in the youth sphere. Although much work is needed in the EU in terms of concrete evaluation of youth work in the lives of young people, it is still an indisputable fact that the Union, according to the data summarized in the existing records, as well as the analysis, is working hard to raise general awareness among young people, but also among all citizens, for the importance and benefits of youth work in the system. The main purpose of this research is to analyze good practices of youth work that are applied and give results in the EU member states in order to use them properly in building Macedonian strategy for this important issue.

Key words: *youth work, EU, autonomy, integration, education, informal activities, good practices.*

---

[20] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Тони Дескоски[1]
проф. д-р Вангел Доковски[2]

НОВАТА ЕВРОПСКА КОНФЛИКТНА (Р)ЕВОЛУЦИЈА ЗА ВОНДОГОВОРНАТА ОДГОВОРНОСТ ЗА НАДОМЕСТ НА ШТЕТА

УДК: 341.9:341.24(4-672ЕУ)
341.96:347.513(4-672ЕУ)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

*Проучувајќи ја историската генеза на меѓународното приватно право, несомено ќе заклучиме дека својот развој оваа правна гранка го должи пред сè на развојот на теориите за решавање на судирот на законите. Статутарните објаснувања на судирот на законите долго време го имаа својот примат кај секој што го проучуваше меѓународното приватно право. Но, со појавата на американската конфликтна револуција, започна новиот пристап кон изучувањето на меѓународното приватно право, насочен кон идентифиување на најтесната поврзаност на односот со правниот поредок кој треба да биде во примена и давање на пошироки овластувања на судиите при креативниот процес на определување на меродавното право. И навистина, американската конфликтна револуција долг временски период го имаше приматот во обликувањето на меѓународното приватно право. Но, со зајакнувањето на легислативната активност на Европската Унија, како и пасивноста на американските теоретичари во последните години, полека на сцената настапува европската конфликтна револуција која го менува изгледот на меѓународното приватно право. Со донесувањето на голем број регулативи со кои Европската Унија во суштина создаде Европско меѓународно приватно право, се чини именувањето на новиот период како европска конфликтна револуција е сосема оправдано. Па така денес, сè повеќе се развива нов правец на размислување во теоријата на приватното право, кој има за цел да биде познат како „**права**“ односно како „**анализа на правата**“. Овој*

[1] Редовен професор на Правниот Факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје;

[2] Вонреден професор на Правниот Факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

правец на анализа подразбира да се развие разбирање на приватното право на облигациите, водено пред сѐ или исклучиво од признавање на правата кои ги имаме еден спрема друг.

Во овој текст авторите вршат анализа ***Регулатива на Парламентот и на Советот на Европската Унија бр. 864/2007 за меродавно право за вондоговорната одговорност (Рим II)*** *(во натамошниот текст: Регулатива Рим II), низ призмата на патот на нејзиното донесување и односот со Хашката конференција за меѓународно приватно право. Авторите поаѓаат од хипотезата во услови на зголемена легислативна активност во делот на унифицирање на правилата на меѓународното приватно право во рамките на Европската Унија, се создава вистинско европско меѓународно приватно право, кое врши и директно влијание врз меѓународното приватно право на трети држави. Основната цел на овој труд е да се анализира процесот на создавање на еднообразни правила за решавање на судирот на законите кај вондоговорната одговорност. За таа цел, авторите ја анализираат наведената Регулатива и Хашките конвенции кои содржат правила за решавање на судирот на законите кај вондоговорната одговорност.*

Клучни зборови: *судир на закони, вондоговорна одговорност, надомест на штета, Регулатива Рим II, Хашка конференција за меѓународно приватно право.*

ВОВЕД

Општата правна рамка на позитивното меѓународно приватно право на Европската Унија е поставена со Договорот од Амстердам од 2.10.1997 година и Договорот од Ница од 21.2.2001 година, со кои беа променети одредбите од Договорот за Европската Унија од 7.2.1992 година и од Договорот за основање на Европската заедница од 25.3.1957 година. Импресивната динамика на надлежните органи на Европската Унија во однос на изградбата на правото на Европската Унија е особено воочлива со донесувањето на Договорот од Ница од 2007 година, кога стана јасно дека само со промени во основачките договори на Европската Унија не е можна натамошна изградба на Унија која ќе биде на граѓаните блиска, транспарентна и економски конкурентна.[3] Во рамките на Договорот од Ница прифатена беше и Изјава за иднината на Европската Унија со што беше поставен камен-темелникот на натамошниот реформски процес. Активностите на Европската Унија во однос на создавањето на нејзиното

[3] Bouček Vilim, *Legislativni okvir za europsko međunarodno privatno pravo prema Ugovoru o Evropskom Ustavu iz 2004.*, Zbornik PFZ, 57, (1), 2006, стр. 97–98.

ново институционално уредување започнаа, поточно кажано продолжија на состанокот на Советот на Европската Унија на 15.12.2001 година, кога шефовите на државите и владите ја донесоа Лаекенската декларација за иднината на Европа, со што се втемели Конвенцијата за иднината на Европа.[4] Денес, 18 години подоцна, можеме да заклучиме дека меѓународното приватно право на Европската Унија ги доживува своите „златни години“ од развојот.

Регулативата Рим II ја претставува иднината на изборот на меродавно право од страна на судовите на државите членки на Европската Унија. Структурата на Регулативата е направена така што со неа се регулира нејзиното подрачје на примена, временската примена и воспоставување на општо правило за определување на меродавно право за вондоговорната одговорност. Потоа се наведени посебните правила за определување на меродавно право за повеќе видови деликти. По посебните правила, примената на Регулативата се проширува и врз определени прашања кои обично не се сметаат за деликти, барем не во англо-саксонскиот правен систем, но за кои Регулативата предвидува статутарен избор на меродавно право. Се почитува автономијата на волјата на странките за избор на меродавно право според кое ќе се регулира нивниот однос или побарување. На крај од Регулативата, се обработени завршните прашања, а потоа е исклучена и примената на *renvoi*. [5]

1. РЕГУЛАТИВАТА РИМ II – НОВО ПОГЛАВЈЕ ВО ЕВРОПСКАТА КОНФЛИКТНА РЕВОЛУЦИЈА

Со донесување на Регулативата Рим II може оправдано да се заклучи дека во рамките на Европската Унија, конфликтната революција го добива своето вистинско значење. Најпрво, се врши за прв пат унификување на правилата за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност на ниво на Унијата. Токму кај вондоговорната одговорност судирот на законите е најизразен и затоа вистински предизвик беше да се унифицираат правилата. Потоа, преку Регулативата Рим II се помирија англосаксонскиот и европскиот континентален правен систем во делот на меродавното право за вондоговорната одговорност за штета, но и се даде силен поттик за размислување за унификација и на материјалните правила, во насока на изработка на основни принципи. Ова е особено воочливо во делот на внесувањето на *lex loci damni* како основна точка на врзувањето, која се прифати како основно колизионо правило во случај на отсуство на избор на меродавно право за вондоговорните обврски. Сето тоа неминовно придонесува за процесот на создавање на европското меѓународно приватно право. Но, што во суштина содржи изразот европско меѓународно

[4] Ibidem, стр. 98.

[5] Adrian Briggs, Conflict of Laws, second edition, Oxford University Press, 2008, стр. 199.

приватно право? Европското меѓународно приватно право во поширока смисла ги содржи покрај внатрешните извори на меѓународоното приватно право на државите членки, примарните и секундарните извори на правото на Европската Унија и меѓународните договори кои се во сила во државите членки на Европската Унија.[6]

Тоа што сакаме да го истакнеме во однос на значењето на Регулативата Рим II е универзалната примена на нејзините правила во однос на вондоговорните односи, кои не само што настануваат помеѓу субјекти од државите членки на Европската Унија, туку и примена на правилата на Регулативата и на односи кои со Европската Унија се поврзани само врз основа на фактот што судот кој го расправа односот, е суд на држава членка на Европската Унија.[7] Таква би била следната ситуација: Суд на Австрија постапувајќи по барање за надомест на нематеријална штета која произлегува од нанесување на телесна повреда (деликт извршен во Охрид) поднесено од Х.Х. државјанин на Република Северна Македонија, со живеалиште во Република Северна Македонија, против М.М. државјанин на Република Бугарија, со вообичаено престојувалиште во Австрија, да го примени правото на Република Северна Македонија затоа што штетната последица настапила на територија на Република Северна Македонија.

Слична е и ситуацијата кога странките согласно нивната странечка автономија ќе изберат меродавно право на држава која не е членка на Европската Унија (на пример, правото на Норвешка), а притоа да постапува суд на држава членка на Европската Унија чија надлежност е пророгирана со пророгациона спогодба. Оправдано е прашањето дали примената на право на трета држава од страна на суд на држава членка на Европската Унија придонесува за унапредување на функционирањето на внатрешниот пазар на Европската Унија. Иако негативниот одговор на прв поглед се чини очигледен, сепак сметаме дека истиот не е оној вистинскиот. Единствено е точно дека основната цел на легислативниот процес во рамките на Европската Унија е да се овозможи полесно функционирање на внатрешниот пазар.

Но, меѓународното приватно право дејствува на поинаков начин. Неговата основна цел е да даде правна сигурност во односите во кои се појавил странски елемент и токму преку заеднички правила за решавање на судирот на законите кај вондоговорната одговорност се создава правна сигурност. Но и се дава силен сигнал за постоење на единствен внатрешен пазар и независно во која држава ќе се расправа односот, резулатот во однос на примената на меродавно право секогаш ќе биде ист – до негова примена ќе се дојде преку

[6] Bouček Vilim, *Međunarodni ugovori – izvori međunarodnog pivatnog prava na području Evropske unije*, Zbornik PFZ, 61, (6), 2011, стр. 1797.

[7] Аргумент изведен од членот 3 од Регулативата Рим II – „Правото определено во оваа Регулатива се применува независно дали е право на држава членка или не“.

примена на еднообразни правила содржани во Регулативата Рим II. Несомнено е дека Регулативата Рим II во крајна линја го претставува новото европското деликтно право.

Основна карактеристика на европското деликтно право содржано во општите одредби на деликтните статути е олесувањето на точката на врзување *locus damni* како основно правило во Регулативата Рим II. Секојдневниот живот носи бројни варијации на настаните од кои произлегува штета кои тешко можат да се „покријат“ само со една точка на врзувањето. Иако една точка на врзувањето води до нееластичност на колизионите правила, омекнувањето на точката на врзување – местото каде што настанала штетата – се постигнува со пропишување на други точки на врзувањето кои треба да придонесат кон соодветна флексибилност на деликтните статути. Како такви точки на врзувањето се јавуваат: субјективната точка на врзување – автономија на волјата на странките, и општите точки на врзувањето: принципот на најтесна врска и заедничкото вообичаено престојувалиште на оштетениот и штетникот.[8]

За нас, најзначајна карактеристика и придобивка на Регулативата која предизвикува силен оддек и теоретски расправи, е прифаќањето на автономијата на волјата како точка на врзувањето кај вондоговорната одговорност. На тој начин, традиционалното сфаќање во однос на *lex voluntatis* се напушти и се отвори портата за внесување на сите придобивки од автономијата на волјата и во делот на вондоговорните односи.

Секако дека и пред донесување на Регулативата Рим II постоеше партикуларна автономија на волјата во правните системи на некои од државите членки (во прв ред Германија и Холандија), но денес истата е прифатена на универзално ниво помеѓу државите членки. Кога истото ќе го поврземе со автономијата на волјата во делот на можноста за избор на надлежен суд и за избор на меродавно право за договорните односи, се добива заокружена слика на еден долг процес на прифаќање на *lex voluntatis* во Европската Унија. Придобивките кои ќе бидат подоцна образложени, се несомнени во однос на создавањето на една заокружена целина, но проблематично е нивното функционирање во услови на поставените ограничувања.

2. ПАТОТ КОН СОЗДАВАЊЕ НА РЕГУЛАТИВАТА РИМ II

Во оваа смисла, посебно интересно е прашањето за потребата од создавањето на вистинско меѓународно приватно право на Европската Унија, како и реалноста од морето на Регулативи со кои се создава истото. Постапката

[8] Bouček Vilim, *Uredba Rim II - Komunitarizacija europskog međunarodnog deliktnog prava – drugi dio: opće poveznice deliktnog statuta Uredbe II i harmonizacija hrvatskog MPP*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 45, 3/2008, стр. 499.

пак, за неговото создавање е доста сложена и обременета од политички интереси. Така, се чини соодветно прашањата, за надлежноста за негово создавање да се оставаат настрана и да се постави следното прашање: Дали создавањето на униформни правила на меѓународното приватно право во рамките на Европската Унија е добра работа? На ова прашање не може да се даде едноставен одговор затоа што секој предлог треба да се разгледува посебно.[9] Така, секој донесен инструмент потребно е да се разгледува во однос на целта која ја постигнува и дали истиот е во насока на духот на *новата конфликтна (р)еволуција* во рамките на Европската Унија. Покрај целта која треба да биде постигната, секако дека е потребно да се ценат и вистинските импликации кои ги имаат постигнато или кои се очекува да ги постигнат унифицуваните правила за меѓународна надлежност и колизионите правила.

2. 1. Патот кон Регулативата Рим II – од Бриселската конвенција од 1968 година, преку Римската конвенција од 1980 година до Регулативата Рим II

Патот кон усвојувањето на Регулативата Рим II ги има своите почетоци уште во седумдесеттите години на минатиот век. Доколку го набљудуваме развојниот пат на идејата за унификување на правилата за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност за штета во рамките на Европската Унија (во тоа време Европската заедница) неизбежен е заклучокот дека истиот постојано се движи во зоната на договорните и вондоговорните односи. Како камен-темелник на потребата за унификување на правилата за определување на меродавно право во рамките на Европската Унија, се посочува Конвенцијата за судската надлежност и признавањето и извршувањето на одлуките во граѓанските и трговските работи, од Брисел од 1968 година, а која стапи во сила во 1973 година (во понатамошниот текст: Бриселска конвенција од 1968 година).[10]

Бриселската конвенција од 1968 година содржеше опција за тужителот да избира помеѓу определени судови, што создаде ризик да се одбере суд на една држава членка наместо на друга само затоа што нејзиното право е поповолно за него.[11] Оваа можност преведено на јазикот на вондоговорната одговорност означуваше можност тужителот да побара надомест на штета пред суд на онаа држава членка чие право ќе овозможеше најголем степен на заштита на

[9] Dickinson Andrew*, European Private International Law: Embarcing New Horizons or Mourning the Past?,* Journal of Private International Law Vol. 1, no. 2 (October 2005), стр. 227.

[10] Official Journal of the European Communities, L 199, 31.12.72, стр. 32. Текстот е достапен на следниот линк: http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm

[11] Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Explanatory Memorandum, стр. 1.

неговите права од една страна, но и ќе придонесеше до примена на правила кои ќе овозможат и најголема отштета која може да ја добие.[12]

Целосно легитимирање на тој начин се даде на *forum shopping*, а процесните механизми на *lis alibi pendens* и *forum non conveniens* не можеа да придонесат за отстранување на негативните последици и потешкотии на товар на туженоот. Проблемот секако дека продолжи да постои и понатаму, со склучувањето на Луганската конвенција за надлежноста и признавањето и извршувањето на одлуките во граѓанските и трговските работи, од 1998 година, како и со Регулативата на Советот бр. 44/2001 за надлежноста и признавањето и извршувањето на одлуките во граѓанските и трговските работи (Брисел I), (во понатамошниот текст: Регулатива Брисел I).

За да се спречи негативната појава која ја овозможи Бриселската конвенција од 1968 година, започнати беа обиди за унификација на правилата за определување на меродавно право кај договорните и вондоговорните односи. Замислата беше, преку унифицирање на правилата да се овозможи поголема правна сигурност и успешно функционирање на внатрешниот пазар. Во 1972 година, шесте држави основачи на Европската заедница подготвија прелиминарен нацрт-текст на Конвенција за меродавно право за договорни и вондоговорни односи. [13] Преговорите беа отежнати помеѓу другите причини и од приемот на Обединетото Кралство, Ирска и Данска и во 1978 година беше донесена одлука да се работи на изработка на Конвенција за договорните односи.[14]

Напуштањето на првичната идеја за донесување на Конвенција за меродавното право за договорните и вондоговорните односи според **Kurt Siher** (Курт Зихер) не се оствариле како резултат на англиското правилото за двојна одговорност содржано во Филипс против Ајер, кое не беше вклучено во членот 10 од нацрт-конвенцијата за меродавното право за договорните и вондоговорните односи, заради што и Англија силно се спротивставила на нацрт-конвенцијата.[15] Резултатот беше донесување на Конвенцијата за меродавното право за договорните обврски од Рим од 1980 година (во понатамошниот текст: Римската конвенција од 1980 година). Тоа само го потврдува фактот на

---

[12] Така и Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS (“ROME II”), (во понатамошниот текст: Објаснувачки меморандум), стр. 3.

[13] Fawcett J.J., Carruthers J.M., North Peter, Chesihre, North & Fawcett – *Private International Law, fourtheenth edition*, Oxford University Press, 2008, стр. 770.

[14] Kramer E. Xandra, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued*, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2008, број 4, стр. 415.

[15] Siher Kurt, *Revolution and Evolution in Conflicts Law*, Lousiana Law Review, Vol. 40, No. 4 (Summer 2000), стр. 1358.

занемарување на интересот за унификување на правилата за определување на меродавно право кај вондоговорната одговорност, интерес кој долго време беше сведен исклучиво на теоретска расправа.

Интересот кон определувањето на меродавно право за вондоговорната одговорност се насочи повторно во 90-тите години на минатиот век, кога започна т.н. (р)еволуција на меѓународното приватно право на Европската Унија. Со Договорот за Европската Унија, од Мастрихт од 1992 година и Договорот од Амстердам од 1998 година се создаде основа за создавање на унификувани правила кои нема да бидат подготвени согласно претходната методологија на изработка на меѓународни договори, туку преку Регулативи кои ќе бидат директно применливи во државите членки на Европската Унија. Така во 1996 година, Советот на Европската Унија усвои двогодишна програма од областа на правдата и внатрешните работи, во која како една од целите беше и изработка на Конвенција за меродавно право за вондоговорните обврски.[16]

Во февруари 1998 година, Европската комисија испрати прашалник за нацрт-конвенција за меродавно право за вондоговорна одговорност до државите членки, а австриското претседателство одржа четири работни состаноци за да ги разгледа одговорите на прашалникот. Беше заклучено дека сите држави членки го поддржуват донесувањето на инструмент за меродавно право за вондоговорна одговорност. Во исто време, Комисијата го финансираше и проектот **Grotius** (Гроциус) предложен од страна на Групата за Европско меѓународно приватно право, насочен да ја истражи можноста за Европска конвенција за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност, проект кој резултираше со нацрт-текст.[17] На 22 јули 2003 година Европската комисија го презентираше предлогот на Регулативата на Европскиот парламент и на Советот за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност. Предлогот беше заснован на одредбите од главата IV од Договорот за функционирање на Европската Унија која овластуваше усвоојување на мерки во областа на судската соработка во граѓанските работи со странски елемент, вклучувајќи и мерки за унифицикување на правилата на државите членки за регулирање на судирот на законите. [18]

Затоа што Регулативата Рим II требаше да биде усвоена во постапка на соодлучување помеѓу Европскиот парламент и Советот, согласно членовите 61, 67 и 251 од Договорот за функционирање на Европската Унија, натамошното постапување беше преземено од страна на Европскиот парламент. Своите позиции, Европскиот парламент ги изрази на 6 јуни 2005 година, врз основа на

[16] OJ C 319, 26 October 1996, стр. 1.
[17] Објаснувачки меморандум, стр. 4.
[18] Во таа смисла види: Stone Peter, *The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations,* The European Legal Forum, 4-2004, стр. 213.

Извештајот подготвен од Комитетот за правни прашања. Во извештајот беше предложено да бидат избришани неколку посебни правила во однос на деликтите, сметајќи дека во најголемиот број случаи може да се примени општото правило за вондоговорна одговорност.[19] Амандманите беа силно критикувани, а како главна критика беше дека истите ја нарушуваат европската традиција во однос на судирот на законите и се под силно влијание на американското сфаќање за судирот на законите кај вондоговорните односи. Предлозите на Европската комисија беа објавени 2006 година. Комисијата исто така ги одби амандманите предложени од Парламентот и своите предлози ги насочи кон општ пристап кон определувањето на меродавно право за вондоговорната одговорност. Советот на Европската Унија се определи да ги прифати предлозите од страна на Комисијата и да ги одбие оние на Парламентот, а откако спорните прашања помеѓу Парламентот и Советот на Европската Унија беа усогласени, на 11 јули 2007 година, Регулативата Рим II беше усвоена. Денес, за прв пат имаме компресивен режим на меродавно право за целата Европска Унија во однос на вондоговорната одговорност. Пред Регулативата Рим II постоеше огромна разлика помеѓу државите членки во смисла на нивните национални правила.[20]

Со нејзиното донесување се заокружи патот кој започна во далечните 70-ти години на минатиот век и денес меѓународната надлежност, определувањето на меродавно право за договорните и вондоговорните односи е решен со помош на соодветните Регулативи. Воедно, Регулативата Рим II претставува прв инструмент донесен во постапка на соодлучување помеѓу Европскиот парламент и Комисијата.

3. Регулативата Рим II, Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи и Конвенцијата за правото кое се применува во поглед на одговорноста на производителот за своите производи – коегзистенција или противречни правила – дали е време за промени?

Иако со одредени прекини, Хашката конференција за меѓународно приватно право дејствува почнувајќи од 1883 година, дури кон крајот на шеесеттите години на дваесеттиот век ја покрена активноста која требаше да резултира со унификација на меѓународното приватно право, а со тоа и на деликтното право. Меѓутоа, набргу по почетокот на таквата активност, планот за изработка на една таква конвенција, е заменет со нов план, според кој е одлучено да се донесуваат конвенции за посебни видови граѓанскоправни деликти и

[19] Illmer Martin, Huber Peter (editor), *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Sellier, 2011, стр. 27.

[20] Wallis Diana, *Introduction Rome II – A Parliamentary Tale, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime* (edited by: John Ahern William Binchy), Martinus Nijhoff Publishers, 2009, стр. 6.

останати видови приватноправни односи со странски елемент. Наведената промена, резултираше со донесувањето на Конвецијата за патните сообраќајни несреќи, во 1971 година и на Конвенцијата за правото кое се применува во поглед на одговорноста на производителот за своите производи, во 1973 година. Од тоа произлегува дека уште на самиот старт, Хашката конференција за меѓународно приватно право отстапи од идејата за унификација на општите одредби на деликтното право.[21]

Европската Унија не е членка на двете конвенции како единствена договорна страна, туку некои од државите членки на Европската Унија се членки на една, односно на двете конвенции. Од тие причини, се создава вистински проблем во однос на регулирањето на односите кои настануваат по повод штета од патна сообраќајна несреќа, односно штета од користење на производ. Вистинското прашање кое се поставува, е дали постои коегзистенција на правилата кои се содржани во наведените извори или пак истите се во спротивност и доведуваат до апсурдни резултати.

Во принцип, правилата на Регулативата Рим II се применуваат во сите случаи кога е потребно да се определи меродавно за право вондоговорна одговорност за штета. Така, правилата на споменатата Регулатива се применуваат при определувањето на меродавното право за вондоговорната одговорност за штета од патните сообраќајни несреќи и за штетата која настанува од користење на производ. Правилата на Регулативата Рим II во суштина ги заменија националните правила за определување на меродавно право за вондоговорна одговорност за штета на државите членки на Европската Унија. Потешкотиите кои настануваат е кога постапува суд на држава членка на Европската Унија, кој покрај тоа што е обврзан да постапува според правилата на Регулативата, обврзан е да постапува и според правилата на Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи и Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за своите производи, доколку државата на судот е членка на споменатите конвенции.

Се чини дека најпрво е потребно да се повикаме на Рециталот 36 од Регулативата Рим II, кој во суштина ја наведува можноста државите членки на Европската Унија да продолжат да ги применуваат правилата за кои се обврзани со меѓународни договори, а кои имаат ист предмет со Регулативата. Така, заради почитување на меѓународните обврски кои ги имаат преземено државите членки, правилата на Регулативата не треба да влијаат врз меѓународните конвенции во кои се членки една или повеќе држави членки на Европската Унија во моментот на донесувањето на Регулативата. Споменатиот Рецитал 36 исто така воведе и обврска за државите членки да објават список во Службениот весник

[21] Bouček Vilim, *Uredba Rim II – Komunitarizacija Europskog međunarodnog delikatnog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45, 2/2008, стр. 291.

на Европската Унија, на релевантните конвенции кои ги имаат ратификувано државите.[22]

Оттаму произлегува директна обврска за судовите на државите членки да ги почитуваат од една страна и меѓународните обврски кои ги имаат презмено како договорни страни на меѓународни конвенции, но и обврските за правилна примена на Регулативата Рим II.

Кога станува збор за тоа кои држави членки на Европската Унија се договорни страни на наведените конвенции, можеме да заклучиме дека за разлика од Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи, која има поголем број држави членки, Конвенцијата за правото кое се применува за одговорноста на производителот за неговите производи, има далеку помал број договорни страни од редот на државите членки на Европската Унија. Како договорни страни на Конвецијата за патните сообраќајни несреќи, од редот на државите членки на Европската Унија можеме да ги наведеме следниве: Австрија, Белгија, Хрватска, Чешка, Франција, Латвија, Литванија, Луксембруг, Холандија, Полска, Словачка, Словенија и Шпанија. Португалија, иако ја потпиша Конвенцијата, сепак никогаш не ја ратификуваше истата. Останатите држави членки на Европската Унија, не се договорни страни на конвенцијата, така што за при определувањето на меродавното право, ги користат правилата во Регулативата Рим II.

Во однос на Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за неговите производи, ситуацијата е поинаква. Следните држави членки на Европската Унија се и договорни страни на Конвенцијата: Хрватска, Финска, Франција, Луксембург, Холандија, Словенија и Шпанија. Белгија, Италија и Португалија, иако го имаат потпишано текстот на Конвенцијата, сепак отсутвува акт на ратификација.

Од претходно наведеното можеме да заклучиме дека различни држави членки се јавуваат како договорни страни на една или на двете конвенции, а во секој случај сите се обврзани со Регулативата Рим II. Тука ја согледуваме опасноста од можната појава на *forum shopping*, односно тужителот самиот да одбере пред кој суд ќе ја побара правната заштита, затоа што суд на различна држава членка на Европската Унија, ќе примени различно меродавно право. Наведената ситуација произлегува од членот 28 од Регулативата Рим II кој го определува односот на Регулативата со постојните меѓународни договори.[23] Општото правило е следното „Оваа Регулатива не ја доведува во прашање примената на меѓународните договори во кои во моментот на донесување на оваа Регулатива се членки една или повеќе од државите членки на Европската Унија, а кои содржат правила со кои се регулира судирот на законите кај вондоговорните

[22] Види го Рециталот 36 од Регулативата Рим II.

[23] Види член 28 од Регулативата Рим II.

односи". Исклучокот од ова општо правило се состои во следното „Меѓутоа оваа Регулатива има предност во однос на конвенциите кои ги имаат склучено само помеѓу две или повеќе држави членки, ако тие конвенции содржат правила со кои се регулира судирот на законите кај вондоговорната одговорност". На тој начин, Регулативата ја спречува примената на меѓународните договори кои се склучени еднинствено помеѓу две или повеќе нејзини држави членки, поточно доколку сите договорни страни на меѓународниот договор се и држави членки на Европската Унија.[24]

Се чини дека на воедначувањето на европските правила за меѓународното деликтно право, посредно, многу поголемо влијание имало донесувањето на националните (автономни) одредби на деликтните статути, отколку работата на Хашката конференција за меѓународно приватно право.[25]

3.1. Критики за заемниот однос помеѓу Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи и Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за своите производи од една страна и униформните правила во Регулативата Рим II од друга страна

Различните правила кои се содржани во Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи и Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за своите производи од една страна и униформните правила во Регулативата од друга страна придонесуваат за коегзистенција на различни правила со кои се регулира судирот на законите во делот на вондоговорната одговорност.

На пример, додека во Регулативата Рим II како основно правило е содржано – *lex loci damni*, во Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи во примена е правилото на *lex loci delicti comissi*. Секако дека во најголем дел од случаите местото на настанување на штетата ќе коинцидира со местото каде се случила сообраќајната несреќа, но проблемот настанува во ситуацијата кога се исполнети условите за примена на правото на местото на регистрација на возилото (содржано во Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи), односно правото на државата на вообичаеното престојувалиште (содржано во Регулативата Рим II).

За да се добие појасна слика за апсурдните резулати кои настануваат врз основа на „конфузната конструкција" на членот 28 од Регулативата Рим II, го наведуваме следниот пример: Симон М. државјанин на Бугарија каде и живее, со

---

[24] Nagy Istvan Csongor, *The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with some Room for Forum Shopping – How So?*, Journal of Private International Law, (April 2010), Vol. 6. No. 1. стр. 94–95.

[25] Bouček Vilim, loc. cit. стр. 291.

своето возило кое е регистрирано во Бугарија, се упатува на скијање во Словенија. Во Словенија, се случила сообраќајна несреќа, во која тешко бил повреден Симон. Во возилото на Симон, удрило возило кое е исто така регистрирано во Бугарија, а било управувано од лице кое живеело во Грција. Симон сака да поднесе тужба со барање за надомест на штета. Меѓународната судска надлежност ќе биде заснована врз основа на правилата на Регулативата Брисел I (ревидиран текст). Доколку Симон ја поднесе тужбата пред суд на Словенија (посебна меѓународна надлежност врз основа на член 5 став (2) од Регулативата Брисел I ревидиран текст – место каде е извршен граѓанскоправниот деликт),[26] во тој случај судот на Словенија (држава која е договорна страна и на Хашката конвенција за патни сообраќајни несреќи и држава членка на Европската Унија), согласно членот 28 став 1 од Регулативата Рим II, за определување на меродавно право ќе го искористи механизмот содржан во Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи и како меродавно ќе ги примени правото на регистрација, односно материјалното право на Бугарија. Но, доколку, тужбата Симон ја поднесе пред суд на Грција при што би се зановала општа меѓународна надлежност (согласно членот 4 од Регулативата Брисел I ревидиран текст – живеалиште на тужениот),[27] во тој случај судот на Грција (држава која не е договорна страна на Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи, но е членка на Европската Унија), ќе го примени општото колизионо правило содржано во Регулативата Рим II и како меродавно ќе го примени правото на Словенија како *lex loci damni*. Произлегува дека примената на меродавно право зависи во прв ред од *forum shopping*-от кој ќе го изврши тужителот. Ова е само еден пример, од бројните ситуации кои можат да настанат со оглед на можноста за слободно движење и единствен пазар во рамките на Европската Унија. Слични се и ситуациите кои можат да настанат, а кои се однесуваат на можноста од примена на Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за неговиот производ и правилата содржани во Регулативата Рим II, а кои содржат посебно правило за штетата која настанува како резултат од користење на производ.

Секако дека и при изготвувањето на текстот на Регулативата Рим II, опасностите од поттикнувањето на *forum shopping* и конфликтот помеѓу правилата биле согледани, заради што и во самиот текст на Регулативата е внесена одредбата од членот 30 – клаузула за ревизија, според која Комисијата најдоцна до 30 август 2011 требаше да поднесе извештај за примената на Регулативата, со посебен акцент на Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи. За таа цел, во 2012 година е изготвен извештај од страна на Директоратот за внатрешни прашања, при што авторот на извештајот, **Jenny Papettas** (Џени Папеташ),

[26] Види член 5 став 2 од Регулативата Брисел I ревидиран текст.
[27] Види член 4 од Регулативата Брисел I ревидиран текст.

смета дека за случаите во кои вообиченото престојувалиште на оштетениот и лицето одговорно за штета е во држава членка на Европската Унија, предност треба да имаат правилата на Регулативата, а не на меѓународните конвенции. Во таа насока, се предложени измени, кои треба да бидат во насока на новелирање на Регулативата и тоа новелирање на членот 28.[28] Истото го смета и пошироката научна јавност, а и ние го поддржуваме наведениот предлог. Во таа смисла е и ставот на **Graziano** (Грaзиано), кој смета дека предложеното решение би обезбедило меродавното право за спорови помеѓу лица кои имат вообичено престојувалиште во Европската Унија да биде определено во сите држави членки на Европската Унија според правилата на Регулативата Рим II. Според постојната состојба, државите кои се договорни страни на Хашките конвенции, се обврзани да ги применуваат конвенциите *erga omnes*. Така, со цел да се постигне предложеното решение, потребно е државите членки на Европската Унија кои се договорни страни и на Хашките конвенции кои се однесуваат за деликтите, потребно е да бидат „делумно дисконектирани" (*partially disconnected*) од овие конвенции.[29]

Сметаме дека токму преку предлозите ќе се постигнат две цели: **првата цел** која ќе обезбеди примена на правилата на Регулативата Рим II во случаите кои се тесно поврзани со Европската Унија врз основа на вообичаеното престојувалиште во некоја од државите членки на Европската Унија на странките на вондоговорниот однос да се применат и **втората цел**, во случаите во кои вообичаеното престојувалиште на барем една од страните да не е во држава членка на Европската Унија, да се применат правилата на Хашките конвенции од областа на вондоговорната одговорност, доколку државата на судот е членка на нив, со што ќе се обезбеди и натамошна активна партиципација на Европската Унија во работата на Хашката конференција за меѓународно приватно право во делот на правото за вондоговорната одговорност.

3.2. Судската практика на државите членки на Европската Унија во однос на Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи и Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за своите производи

Основна карактеристика во однос на *lex voluntatis* е дека истата го нема најдено своето место ниту во Хашката конвенција за патните сообраќајни

[28] Извештајот е достапен на следниот линк: http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58306/20121219ATT58306EN.pdf

[29] Graziano Kadner Thomas, *The Rome II Regulation and the Hague Convention on Traffic Accidents and Product Liability – Internatction, conflicts and future perspectives*, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR), 2008, стр. 429.

несреќи, ниту во Конвенцијата за правото кое се применува на одговорноста на производителот за неговите производи, сепак за одбележување е појавата на нејзино прифаќање во судската практика кај некои од државите членки на Европската Унија. Овој заклучок важи во однос на Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи, каде судовите на некои од државите членки на Европската Унија, при постапување во случај и негово подведување под конвенциските правила, го имаат прифатено изборот на самите странки за регулирање на нивниот вондоговорен однос по повод штета која произлегува од сообраќајна несреќа.

Секако дека странките имаат право да изберат меродавно право кога случајот ќе биде подведен под правилата на Регулативата Рим II, и тоа е неспорно. Тоа е случај со сите држави кои не се држави договорни страни на Хашките конвенции од областа на вондоговорните односи, но се држави членки на Европската Унија. Можеме да идентификуваме неколку правци во однос на сфаќањата за тоа дали странките имаат право да изберат меродавно право кај патните сообраќајни несреќи и тоа да биде во согласност со правилата на Хашката конвенција патните сообраќајни несреќи. Така, мислењата изразени во научната јавност и судската пракса од државите членки на конвенцијата се многу поделени во однос на прашањето дали примената на правилата на конвенцијата може да биде исклучена со договор помеѓу странките и да биде избрано национално право. Некои сметаат дека Хашката конвенција ги исклучува договорите за избор на меродавно право. Но, некои сметаат дека такви договори се можни. Постои и уште една група која смета дека одговорот на прашањето зависи од примената на *lex fori*.[30]

Сметаме дека за да се отстранат сите натамошни дилеми, неопходен е протокол кон Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи со кои ќе се дозволи автономијата на волјата на странките. Ако се чита и применува споменатата конвенција строго, според словото што го користи, сметаме дека не постои простор за избор на меродавно право. Но, ако се има предвид духот на конвенцијата, а тоа да обезбеди правна сигурност, во тој случај може да се смета дека е и во духот на конвенцијата да се прифати избор на меродавно право, имајќи ги предвид новите трендови во развојот на меѓународното приватно право, со посебен акцент на вондоговорната одговорност. Во таа насока се и ставовите на холандските судови при постапување на случаи кои треба да се подведат под конвенциските правила, а кои прифаќаат избор на меродавно право. Иако Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи не го регулира тоа прашање, во холандската практика е прифатен и молкумен избор на меродавно право дури и пред да се случи сообраќајната несреќа.[31]

---

30 Ibidem, стр. 427.

31 Sibinga Collignon-Smit Antoinette, *Crossing Borders: What Happens When Rome Meets The Hague*,

Станува збор за правило кое е создадено од страна на Врховниот суд на Холандија во однос на примената на Хашката конвенција за издржување од 1973 година и прашањето за допуштеноста на автономијата на волјата, а се однесува на примената на сите Хашки конвенции каде договорна страна е Холандија. Така, на автономијата на волјата се гледа како на (претходно прашање) во случаите кога странките имаат постигнато договор. Доколку таков договор не е постигнат, во тој случај правилата на споменатата конвенција се применуваат. Ова сфаќање е прифатено и од страна на холандската судска практика и теорија во однос на Хашката конвенција за патните сообраќајни несреќи од 1971 година и на Хашката конвенција за правото кое се применува на одговорноста на производителот за неговите производи. Пониските судови го имаат прифатено изборот на странките иако конвенциските правила требало да се применат. [32]

Сметаме дека станува збор за правило кое најдобро ги претставува и нашите ставови во однос на прифаќањето на новите тенденции во развојот на меѓународното приватно право и сè поширокото прифаќање на автономијата на волјата кај разните видови судир на законите.

4. Национални извори на правото за вондоговорна одговорност за штета кои ја содржат автономијата на волјата како точка на врзувањето пред примената на Регулативата Рим II

Веќе напоменавме дека започнувајќи од 11 јануари 2009 година, сите држави членки на Европската Унија се обврзани да ја применуваат Регулативата Рим II. Со влегувањето во сила на Регулативата, националните правила на државите членки на Европската Унија кои се решаваше судирот на законите кај вондоговорните односи со странски елемент, беа заменети со унификуваните правила содржани во Регулативата. Некои од правилата беа и претходно прифатени во делот на вондоговорната одговорност за штета, но некои од нив беа нови и дотогаш непознати. Покрај воведувањето на автономијата на волјата како точка на врзувањето, интересно е и воведувањето на правилото за повеќестраната одговорност, односно одговорноста на повеќе лица за причинување на штета. Притоа станува збор за решение кое во правната теорија претставувано од страна на судијата на Окружниот суд во Штудгард, **Dornis W. Tim** (Дорис В. Тим) се смета дека не е доволно добро изготвено и дека не му е посветено поголемо внимание при неговото осмислување. Според **Tim** (Тим) тоа е неоправдано: решенијата на националните правни системи во однос на

Journal of Personal Injury Law, 2014, issue 1, стр. 18.

[32] Boele-Woelki Katharina, Joustra Carla, Steenhoff Gert, *Dutch Private International Law at the end of the 20th century: Pluralism of Metods*, Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law, 1998, стр. 212–213.

повеќестраната одговорност многу се разликуваат од една држава до друга. Бидејќи решението не е многу разгледувано, не се очекува при примената на правилата на Регулативата истото да е без потешкотии и проблеми.[33]

Но, што се однесува на автономијата на волјата, од анализа на националните правила на државите членки на Европската Унија, пред стапувањето во сила на Регулативата Рим II, можеме да заклучиме дека истата во најголем број од државите не беше прифатена. Токму и тука ја гледаме иновативноста на Регулативата и нејзиното особено влијание во делот на прогресивниот развој на меѓународното приватно право.

Сепак, во некои од државите членки, можеше да се идентификува *lex voluntatis* како точка на врзувањето кај вондоговорната одговорност. Такви одредби можеме да идентификуваме во меѓународното приватно право на Кралството Холандија. Така, согласно членот 6 од Законот за недозволени дејства (судир на законите) Wet conflictenrecht onrechtmatige daad, странките имаат право да изберат меродавно право за регулирање на нивната вондоговорна одговорност.[34] Несомнено од тоа произлегува и пролибералниот став на холандските судови при примена на правилата содржани во Хашките конвенции од обласа на вондоговорната одговорност, кои го прифаќаат изборот на странките, иако токму тие конвенции не го предвидуваат како основа за примена на меродавно право.

Слична одредба можеме да забележиме и во меѓународното приватно право на Сојузна Република Германија. Членот 41 од Граѓанскиот кодекс (воведен дел) Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, исто така ја дозволува автономијата на волјата кај вондоговорната одговорност откако ќе настанат сите околности на случајот.[35] *Ex post* избор на меродавно право од страна на странките на вондоговорниот однос е познат и во правилата на меѓународното приватно право на Литванија. Но, станува збор за ограничен избор кој го имаат странките и тоа во насока да можат да го изберат меродавното право само откако ќе настане штетата, како меродавно да можат да го изберат правото на судот, што преведено на јазикот на меѓународното приватно право означува избор на материјалното право на Литванија и изборот да се однесува

---

33 Види повеќе кај Dornis W. Tim, *Contribution and Indemnification among Joint Torteasors in Multy-State Conflict Cases: a Study of Doctrine and the Current Law in the US and under the Rome II Reguation*, Journal of Private International Law (August 2008), Vol. 4, No. 2, стр. 238.

34 За националните правила од обласа на меѓународното приватно право на Кралството Холандија, види на следниот линк: http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm#III.2.

35 За националните правила од обласа на меѓународното приватно право на Сојузна Република Германија, види на следниот линк: http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ger_en.htm#III.2.

само за надоместокот на штетата.[36]

Така, можеме да заклучиме дека и пред донесувањето на Регулативата Рим II, автономијата на волјата, барем во рудиментиран облик и во зачеток можеше да се идентификува и во некои од државите членки на Европската Унија. Токму врз основа на искуството на тие држави членки е создадено и правилото кое е содржано денес во членот 14 од Регулативата Рим II, а кое како што веќе наведовме, ја регулира автономијата на волјата во делот на вондоговорната одговорност.

ЗАКЛУЧОК

Самиот интерес на Европската Унија кон унификување на правилата на меѓународното приватно право во однос на вондоговорната одговорност потекнува уште од 1967 година, кога се зароди идејата за подготовка на Римската конвенција. На крајот, наместо донесување на Конвенција со која ќе се регулираат договорните и вондоговорните односи, се одлучи во 1980 година да се донесе Римската конвенција за договорните односи, а идејата за создавање на конвенција за вондоговорните обврски беше напуштена. Но, во 2007 година, усвоена беше Регулативата Рим II, која претставува прв законски текст, кој врз основа на членовите 61 и 65 од Договорот за основање на Европската Унија унификуваат меродавно право, и тоа една година пред донесување на Регулативата Рим I за договорните односи. Во изработката на самата Регулатива Рим II, очигледно е силното влијание на германската правна традиција од една страна, но и вклучувањето на експерти од другата страна на Атлантскиот Океан, кои придонесоа за помирување на концептите на правна сигурност, предвидливост и флексибилност.

Интересот кој меѓународното приватно право го посветува кон судирот на законите кај вондоговорната одговорност денес е интензивен како никогаш досега. Но, зошто се посветува толку големо внимание во однос на вондоговорната одговорност? Одговорот ни се поврзува со интересот кој го има облигационото право кон материјалното регулирање на вондоговорните односи и создавањето на соодветен механизам за одговор на општеството кон воспоставувањето на правилното функционирање на нормативниот поредок. Со прифаќање на новите решенија во европското меѓународно приватно право несомено се удираат темелите на новата европска конфликтна револуција. Секако, настануваат и определени проблеми за меѓусебниот однос на Регулативата Рим II со Хашките конвенции кои содржат одредби со кои се

---

[36] За националните правила од областа на меѓународното приватно право на Литванија, види на следниот линк: http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_lit_en.htm#III.2.

регулира вондоговорната одговорност. Според авторите, решението на новиот проблем кој се појавува е преку засилена соработка помеѓу Европската Унија и Хашката конференција за меѓународно приватно право и градење на мостови помеѓу Европската Унија и државите во светот, кои силно ја следат во делот на меѓународното приватно право.

Користена литература:

Библиографија (книги, статии, документи и интернет-извори)

Adrian Briggs, *Conflict of Laws, second edition*, Oxford University Press, 2008.

Bouček Vilim, *Legislativni okvir za europsko međunarodno privatno pravo prema Ugovoru o Evropskom Ustavu iz 2004.*, Zbornik PFZ, 57, (1), 2006;

Bouček Vilim, *Međunarodni ugovori – izvori međunarodnog pivatnog prava na području Evropske unije*, Zbornik PFZ, 61, (6), 2011;

Bouček Vilim, *Uredba Rim II - Komunitarizacija europskog međunarodnog deliktnog prava – drugi dio: opče poveznice deliktnog statuta Uredbe II i harmonizacija hrvatskog MPP*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 45, 3/2008;

Dickinson Andrew*, European Private International Law: Embarcing New Horizons or Mourning the Past?,* Journal of Private International Law Vol. 1, no. 2 (October 2005);

Official Journal of the European Communities, L 199, 31.12.72,Текстот е достапен на следниот линк: http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/en/c-textes/brux-idx.htm

Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Explanatory Memorandum;

Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL ON THE LAW APPLICABLE TO NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS (“ROME II”), (во понатамошниот текст: Објаснувачки меморандум);

Fawcett J.J., Carruthers J.M., North Peter, Chesihre, North & Fawcett – *Private International Law, fourtheenth edition*, Oxford University Press, 2008;

Kramer E. Xandra, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition contin-*

ued, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR) 2008, број 4;

Siher Kurt, *Revolution and Evolution in Conflicts Law*, Lousiana Law Review, Vol. 40, No. 4 (Summer 2000);

The Rome II Proposal on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, The European Legal Forum, 4-2004;

Illmer Martin, Huber Peter (editor), *Rome II Regulation: Pocket Commentary*, Sellier, 2011;

Wallis Diana, *Introduction Rome II – A Parliamentary Tale, The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, A New International Litigation Regime* (edited by: John Ahern William Binchy), Martinus Nijhoff Publishers, 2009;

Bouček Vilim, *Uredba Rim II - Komunitarizacija Europskog međunarodnog delikatnog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 45, 2/2008;

Nagy Istvan Csongor*, The Rome II Regulation and Traffic Accidents: Uniform Conflict Rules with some Room for Forum Shopping – How So?*, Journal of Private International Law, (April 2010), Vol. 6. No. 1;

http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201212/20121219ATT58306/20121219ATT58306EN.pdf;

Graziano Kadner Thomas, *The Rome II Regulation and the Hague Convention on Traffic Accidents and Product Liability – Internatction, conflicts and future perspectives*, Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR), 2008;

Sibinga Collignon-Smit Antoinette, *Crossing Borders: What Happens When Rome Meets The Hague*, Journal of Personal Injury Law, 2014, issue 1;

Boele-Woelki Katharina, Joustra Carla, Steenhoff Gert, *Dutch Private International Law at the end of the 20th century: Pluralism of Metods*, Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law, 1998;

Dornis W. Tim, *Contribution and Indemnification among Joint Torteasors in Multy-State Conflict Cases: a Study of Doctrine and the Current Law in the US and under the Rome II Reguation*, Journal of Private International Law (August 2008), Vol. 4, No. 2;

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_net_en.htm#III.;

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ger_en.htm#III2;

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_lit_en.htm#III.2;

Prof. Dr.sc Toni Deskoski[37]
Assoc. Prof. Dr.sc Vangel Dokovski[38]

THE NEW EUROPEAN CHOICE-OF-LAW (R)EVOLUTION IN NON-CONTRACTUAL OBLIGATIONS

Summary

The authors of this article give an overview of the Rome II Regulation and the new European choice of law revolution in non-contractual obligations. For a long period of time, Private International Law in Europe was viewed by outsiders as formalist, antiquated, and uninteresting. Now that the European Union has become more active in the field, things are changing, but most view these changes as a mere gradual evolution.

According to the authors the establishment of Regulation No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II) is remarkable for several reasons. Firstly, the regulation of torts in the European Union has a history of forty years, starting with the preparation of the Rome Convention in 1967. Secondly, as was the case with its thorny counterpart, the Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), negotiations have been difficult. Many amendments to previous texts proved necessary, and notably the Council and the European Parliament – applying the co-procedure to a private international law regulation for the first time – had difficulties reaching an agreement. Thirdly, though a huge number of regulations have meanwhile been established pursuant to Article 61 and 65 EC Treaty, Rome II was the first established community legislation dealing with the applicable law, one year before the adoption of Rome I. Fourthly, for the first time, the efforts to develop European conflict-of-law rules and the negotiations attracted serious cross-Atlantic attention, especially from scholars in the United States (US). Finally, this set of rules thus creates a flexible framework of conflict of law rules, and enables the court seized to treat individual cases in an appropriate manner.

Key words: *conflict of law, non-contractual obligation, Rome II Regulation, compensation, Hague Conference of Private International Law.*

---

[37] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[38] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Татјана Зороска - Камиловска[1]

ТЕОРИСКО-ПРАВНИ РАЗГЛЕДУВАЊА НА ДИМЕНЗИИТЕ НА ПРОЦЕДУРАЛНАТА ПРАВИЧНОСТ ВО ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА СО АКЦЕНТ НА ВРЕМЕНСКАТА ДИМЕНЗИЈА

УДК: 340.114:347.91/.95
347.932
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Цивилната процесна доктрина кај нас, главно (ако не и исклучиво) се занимава со нормативно-правно објаснување на процесните поими и институти. По правило изостануваат пошироки теориско-правни расправи дури и за некои базични концепти, каков што е концептот на процедуралната правичност. Целта на овој труд е токму да ја пополни таа евидентна празнина. Трудот обработува неколку клучни поими кои се однесуваат на процедуралната правичност во парничната постапка, со акцент на нејзината временска димензија. Трудот започнува со објаснување на суштината на концептот на процедуралната правичност, што е проследено со елаборација на нејзините димензии. Останатиот дел од трудот се занимава со временската димензија на постапката, при што се анализираат поимите брзина на постапката, одолжување на постапката и базичниот концепт за судење во разумен рок.

Клучни зборови: *процедурална правичност, парнична постапка, брзина на постапката, судење во разумен рок.*

1. Вовед

Да се конципира и напише еден правен трактат за временската димензија на судските постапки, па и на парничната постапка е подеднакво тешко како да се навлезе во сложените филозофски дебатирања фокусирани за категоријата време. Неспорно, правните расправи не се така апстрактни како филозофските:

[1] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

тие не ја решаваат дилемата за тоа дали да се прифати релативистичката, физичката концепција за времето или психолошката, но се исто толку тешки зошто правниците во напорот нормативно да ја изразат својата одамна прифатена максима *Infinitum in iure reprobatur*, обврзани се на времето никогаш да не гледаат како на ефемерна категорија на своите правни конструкции, туку секогаш да му дадат определена специфична „густина". Таа специфична „густина" на правните концепции на времето битно е детерминирана од општествените цели и вредности на одделните правни конструкции, обликувани во согласност со специфичниот општествен и културен контекст на секоја општествена заедница.

Судските постапки, па и парничната, се сложени правни (нормативни) конструкции. Фактот дека тие се превалентно инструментално ориентирани – да обезбедат заштита и остварување на определен материјално-правен поредок, да гарантираат дека правото не само што ќе важи, туку и ќе се применува – не значи дека на нив треба да се гледа само како на средство за постигнување на правилни исходи. Ако целта и смислата на правно регулираната судска постапка се исцрпи со заштита на правото преку утврдување на вистината, тоа би значело дека е целисходно да се потроши бескрајно многу време без гаранции за апсолутна правилност на одлуките *in concreto.* Но, тоа ја надминува смислата на секое рационално постапување. Затоа, мерењето на успехот на постапката во остварувањето на материјално-правниот поредок е многу покомплексно прашање. Не е доволно само да се констатира дека процесниот систем продуцира правилни одлуки. Треба да се запрашаме и колку тие се навремени, бидејќи одлуките донесени предоцна, можат да бидат еднакви на одбивање на правдата, дури и кога значат правилна примена на правото врз правилно утврдена фактичка состојба. Оттука, и не случајно процесната доктрина и законодавство оперираат со неколку очекувани и наизглед непомирливи својства на правната заштита. Таа треба во исто време да биде и законита и вистинита, и ефикасна и сигурна. Процесната доктрина и законодавство секогаш одново го поставуваат и се обидуваат да го решат судирот меѓу овие својства. Современите идеи за заштита на правата ја имаат привилегијата сите тие својства на правната заштита во изразено прегнантна форма да ги сублимираат преку концептот за правична постапка.

Концептот за правична постапка, како општа цивилизациска придобивка, што има значење на *ius cogens* за секоја современа држава, на почетокот на новиот милениум се етаблира како основа за најприфатливо правнотеориско објаснување на бројните актуелни проблеми со кои се соочуваат системите на делење на правдата. Процедуралната правичност се концепира и реализира преку еден есенцијален минимум на процесни гаранции/стандарди, како постојани, непроменливи елементи на цивилизираниот систем на делењето на правдата. Меѓу нив процесната гаранција за завршување на постапката во што

е можно пократко, односно во разумно време има фундаментално значење.

Многубројни се факторите кои го детерминираат траењето на постапката, па и на парничната и нејзиното профилирање како судење во (не)разумен рок. Само еден дел од нив се во чисто нормативната сфера на процесното право. Другите лежат во остатокот на правната и посебно судската инфраструктура, во стварноста на постапката, но и пошироко во вкупното економско, политичко, морално и социјално опкружување. Секој обид за анализа на траењето на парничната постапка и следствено за изградба на конзистентен концепт за нејзино забрзување кој нема да ги синтетизира сите овие фактори, е осуден на неуспех.

Сепак, претензиите на овој труд се далеку поскромни. Тие се ограничуваат на елаборација на неколку основни поими и прашања што го чинат процесниот абецедар на временската димензија на парничната постапка. Иако, поголемиот дел од обработуваните поими се сметаат за општопознати, *per se* разбирливи и содржински детерминирани, сметаме дека тоа ниту оддалеку не може да се прифати како доволно во сериозните научни расправи за временската димензија на парничната постапка. Оттука, целта на текстот што следува е правнотеориски да ја дефинира базичната терминолошка апаратура што едно истражување за наведената проблематика мора да ја користи и третира. Секој од подолу објаснетите поими има своја конотација (збир на атрибути што се суштествени за значењето на поимот) и укажува на определен аспект на проблематиката, а сите заедно чинат единствен проблемски комплекс. Со трудот се настојува да се пополни и евидентната празнина во цивилната процесна доктрина кај нас, која главно (ако не и исклучиво) се занимава со нормативно-правно објаснување на процесните поими и институти.

2. Процедуралната правичност како агрегатен поим за базичните принципи на делење на правдата

Во последните неколку децении, развитокот на правото воопшто, па и на процесното право, обележан е со еден пресврт во определувањето на природата на феноменот на правото – напуштање на инструменталната идеја[2] и афирмирање на идејата за правда. Во основите на новиот теоретски, правнофилозофски пристап на идејата за правда се наоѓа јуснатурализмот –

[2] Во основите на инструменталната концепција за правото, се наоѓа одамна започнатиот, но сè уште актуелен конфликт, меѓу учењето за природното право, како синоним на идејата за правда, и учењето за правото што за свој камен-темелник ја има целта на правото. На теренот на процесното право, овој конфликт се изразува како конфликт меѓу класичните процесни теории дека целта и смислата на правно регулираната судска постапка е заштита на правото преку утврдување на вистината и теориите дека постапките имаат и свои сопствени, инхерентни вредности, чии корени се во моралот и општествените вредности.

теоријата за природното право, која на почетокот на новиот милениум успеа да се етаблира како најприфатливо правнотеоретско објаснување на новите идеи и институти на правото.[3]

Плурализмот на правци на теоријата за природното право, и покрај различностите во филозофската интерпретација, може да се сведе на констатацијата дека покрај позитивното право постои и едно возвишено праведно право – природното право. Неговата смисла и функција се исцрпува со тоа да послужи како модел, пример, или како критериум за споредување и оцена на позитивното право во смисла на неговите добри, или лоши решенија.[4]

Во рамките на теоријата за природното право, правдата ја има истата функција којашто општата норма ја има во чистата теорија на правото. Правдата како идеал или како, што вели Гурвич како „вкупност на правни вредности“[5] е неизбежен и составен дел на системот на општествените вредности на секоја цивилизација[6]. Правдата како вредност е априорна форма на идејата за правото, услов за неговото постоење во неговата вредносна димензија. Како што, која било теорија, колку да е елегантна и економична, е отфрлена доколку не е вистинита; исто така, законите и институциите колку да се делотворни и добро уредени, ако не се праведни, мораат да се реформираат или да се напуштат. [7]

Продорот на идејата за правда во областа на процесното право, а во тие рамки и на граѓанското процесно право, го прошири аголот на анализа на феноменот постапка, на нејзината суштина и улога. Таа, сега, започна да се вреднува и низ идеалот за правдата (правичноста, праведноста),[8] па сè повеќе избива на површина и се развива концептот за т.н. процедурална правичност, односно концептот за правична постапка.[9]

---

[3] Види повеќе кај S. Perović, *Besede sa Kopaonika,* 5 dopunjeno izdanje (Beograd, Kopaonička škola prirodnog prava, 2003).

[4] Monteskje, *O duhu zakona*, tom I (Beograd, Filip Višnjić, 1989), str. 11–17. Види повеќе и кај R. Pound, *Uvod u filozofiju prava* (Podgorica, 1996), стр. 65 и сл.

[5] Поимот вредност во когнитивните науки има квантитативно, мерно значење. Во областите од чисто нормативен карактер какво што е правото, поимот вредност добива значење на општа индикација за правецот на посакуваното и можното движење. Така, Д. Бајалџиев, ‘За поимот (правна) вредност и за сигурноста, мирот и редот (поредокот), како есенцијални правни вредности во сегашниот миг на Република Македонија’ во Зборник на трудови од Меѓународниот симпозиум „Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација“, том 2, (Скопје, Правен факултет „Јустинијан Први“, 2004), стр. 99, на стр. 99.

[6] Ž. Gurvič, *Sociologija prava* (Podgorica, prevod s engleskog dr. Đurica Krstić, 1997), стр. 67.

[7] Види опширно кај J. Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press, 1999).

[8] Прегледот на литературата во која се тематизира идејата за правдата води кон констатацијата дека во поголемиот дел од литературата, термините правда (*justice*) и правичност (*fairness*) се користат како синоними. Види повеќе кај Г. Калајџиев, *Правична постапка,* докторска дисертација (Скопје, 2004), стр. 12 и сл.

[9] Суштината на концептот на процедуралната правичност се изразува преку повеќе поими што се сметаат за синоними: *due process, procedurale Gerechtigreit, good administration of justice*, *justice*

Без претензии за подлабока анализа на концептот на процедуралната правичност, ќе се обидеме во продолжение, потпирајќи се главно врз еден завиден и респектабилен корпус на академски трудови,[10] сосема сумарно да ја објасниме неговата суштина.

Концептот на процедуралната правичност е прилично широк морално филозофски концепт, чии принципи и стандарди се применуваат и врз постапки надвор од правната сфера, но поеднакво се значајни и за сите правни постапки, вклучувајќи ги и судските. Наспроти, ставот дека судските постапки се само средство за постигнување на правилен исход, концептот на процедуралната правичност востановува критериуми за оцена на правичноста на постапката, независно од нејзиниот исход. Во таа смисла, се прави разлика меѓу правичен или правилен резултат и правична постапка.

Правичен резултат (пресуда или одлука) е оној којшто произлегува од правилната примена на правото на вистинито утврдени факти, и поради тоа, им го дава на граѓаните она што им припаѓа. Неправична или неправилна одлука е онаа која не достигнала ваков квалитет – тоа е одлука во која неправилно е применето правото или неправилно се утврдени фактите. Неправична пресуда е онаа која го одбива основаното барање на тужителот или ја одбива основаната одбрана на тужениот.[11]

Ако постапката ја набљудуваме од *ex post* перспектива*,* тогаш несомено ќе заклучиме дека учесниците во постапката се заинтересирани само за нејзиниот исход. Тие сакаат исход кој е материјално праведен: пресуда која е заснована на фактички утврдувања кои се вистинити и во која е правилно применето материјалното право. Се прашуваме тогаш што е со постапката? Дали има некакво значење правичната постапка, ако од неа произлезе неправилен исход?

Современата идеја за заштита на правата се темели на поставката дека не постои ниту една универзална инстанца која би гарантирала апсолутна правилност на одлуките *in concreto*. Во современите општества не постои некој универзален или барем пошироко прифатен супстанцијален критериум за оцена на вистинитоста/правилноста на одлуката, во смисла на некое надиндивидуално начело, какви што познава историјата на процесното право – религиско (божји суд, црковна пресуда, наредба на царот како пратеник на Бога), историско (увид во објективните историски закони) или филозофско (изведено со дедукција од

according to law, justice as regularity, итн.

10 Упатуваме на M. Bayles, *Procedural justice* (London, Kluwer, 1990); D.J.Galligan, *Due Process and Fair Procedure* (Oxford, 1996), M. Freeman, *Truth Commissions and Procedural Fairness* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006), B.L.Hay, "Procedural Justice - Ex Ante vs. Ex Post", 44 *UCLA L. Review*, (1997), стр.1803; L.B Solum, "Procedural justice", 78 Southern California Law (2004), стр.181, Г. Калајџиев, loc.cit.

11 A. A. S. Zuckerman, "Quality and Economy in Civil Procedure: The Case for Commuting Correct Judgement for Timely Judgement", 14 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* (1994), стр. 353, на стр. 357.

општоприфатени вистини). Следствено, единствениот преостанат критериум за оцена на правилноста на некоја одлука може да биде само формален: тој подразбира придржување кон процедурата за која *a priori* се верува дека дава праведни резултати, без оглед на тоа какви се резултатите во конкретниот случај. На премисата дека единствено правичната постапка дава гаранции за праведност на исходот на спорот се заснова идејата за т.н. процедурална правичност, а тоа е воедно и единствена за правото мериторна концепција на праведноста. „Клучниот поим е дека постапката *per se*, а не исходот ја дефинира процедуралната правда“.[12]

Централна идеја на концептот на правична постапка е да ги утврди елементарните барања што се однесуваат на формата (обликот) и начинот на спроведување на процесните правила. Во таа смисла, поимот „правична постапка“ е агрегатен поим за означување на постапката што по повеќе критериуми одговара на потребите и стандардите на современото општество и право. Со него се означува специфичен збир на принципи или процесни права, чија појдовна основа е идејата дека граѓаните имаат право на праведен третман од страна на државата, при решавањето на нивните спорови. Тие имаат право на одредена постапка, право да бидат третирани согласно еден пропишан метод, кој не е техничка концепција со фиксна содржина, независна од времето, местото и околностите,[13] туку метод, постапка која е моделирана да ја утврди вистината за стварната или хипотетичката повреда на правото и да даде соодветна заштита, но во исто време да биде конзистентна и на другите квалитети на правната заштита.

Историјата покажува дека во текот на еден подолг временски период созрева едно *communis opinio* дека одредени базични принципи на процедурата треба да признаат како „фундаментални“, а во современиот период дури и како „уставно“ и „меѓународно“ прокламирани. Така, на пример, од најстаро време, познато е принципот на судење од страна непристрасен судија (*nemo iudex in re sua*), или принципот на сослушување на странка (*audiatur et altera pars*). Некои други процесни принципи, како гаранцијата за судска независност имаат нешто понова историја. Трети, пак, како принципите на судење од судија определен со закон и судењето во разумен рок, можат да се сметаат за достигнување или барем за тежнение на современото процесно право, иако клучните детерминанти на нивната суштина постојат во целиот историски од на постапките.[14] Историски гледано, основата на мислењето дека овие принципи се базични,

12 L. B. Solum, loc.cit., стр.243.

13 Зборови на големиот американски правник Felix Frankfurter, според C. H. Pritchett, *Constitutional Civil Liberties* (New Jersey, 1984), стр.161.

14 Види опширно кај M. Cappelletti, ‘General Report’ in M. Cappelletti et al. (eds.), Fundamental Quaranties of the Parties in Civil Litigation (Milan/Dobbs Ferry, New York, 1973), стр. 659.

е верувањето дека тие претставуваат не само еден есенцијален минимум на процесни гаранции, туку исто така дека се постојани, непроменливи елементи на цивилизираниот систем на делењето на правдата – правила на „природната правда“. Со текот на времето овие базични принципи на делење на правдата добија свој „позитивизам“ во законодавните акти, за да подоцна, добијат и една универзална димензија, преку концептот на „модерниот конституционализам и интернационализам“, според кој овие принципи се „конституционализирани“ или инкорпорирани во нов тип позитивно право и чинат повисоко право, што го обврзува во одредена мера дури и законодавецот.

3. Димензии на процедуралната правичност

Определувањето на димензиите на процедуралната правичност, всушност значи детерминирање на параметри преку кои правичноста на постапката може да се мери. Од претходниот текст, јасно произлегува дека стожерен пункт на кој се заснова концептот на процедуралната правичност е давањето одговор на прашањето: како луѓето да се сметаат обврзани од легитимен авторитет и да се покорат на еден правосилен јудикат, за кој повеќе или помалку, се убедени дека е мериторно/материјално неправилен? Кога луѓето се убедени дека исходот е неправилен, логично правилноста на исходот не може да биде извор на нејзин легитимен авторитет. Единствен преостанат извор на легитимноста е правичната постапка која му дава легитимен авторитет на неправилниот исход.[15]

Бидејќи правилниот исход и правичната постапка ги разгледуваме како два одвоени поими со определена содржина, се поставува прашањето за релацијата меѓу нив. Дали процедуралната правичност може да се гледа само како функција на точноста? Или, поинаку кажано, дали единствениот критериум според кој може да се оценува правичноста на некое процесно правило е неговиот придонес кон остварувањето на правилниот резултат, или постојат и други вредности и врз нив засновани процесни правила што мора да се почитуваат независно од нивниот придонес во наведената смисла?[16]

Се чини дека и тука, како и кај многу други фундаментални прашања на процесната теорија, повикувањето на Бентамовиот авторитет[17] е повеќе од потребно. Основната идеја на Бентамовата теорија за постапките е тврдењето дека крајна цел на постапката е точност на одлуката, што ќе рече правилна

[15] L. B. Solum, loc.cit., стр. 190.

[16] За ова прашање упатуваме на обемната анализа на L. Kaplow, “The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis”, 23(1) *Journal of Legal* Studies (1994), стр. 307–401.

[17] Jeremy Bentham (1748-1832) е англиски филозоф и правен теоретичар, основоположник на утилитаризмот.

примена на материјалното право врз правилно утврдени факти. Според Бентам, само на овој начин се поддржуваат општествените вредности кои се инхерентни на материјалните закони, од една страна, и вредностите што се изразуваат преку стабилноста (сигурноста) што се создава и одржува со правилно и конзистентно применување на правото, од друга страна. Оттука, прв параметар преку кој се мери правичноста на постапката е димензијата на вистината. Иако, ја става вистината на највисокиот пиедестал во своето учење, Бентам е подготвен и на компромиси: подготвен е да дозволи и други вредности да бидат исто толку важни како и стремежот кон вистината. Многу е важно, вели Бентам, точноста на одлуката, да се постигне без непотребно одолжување, вознемирување и трошоци. Сигурноста претпоставува можност луѓето да очекуваат дека ќе ги остварат своите законски права евтино, брзо и ефикасно. Секој обид да се изгради постапка од која ќе произлезе материјално правилна одлука нужно се судрува со ограничувањето дека одолжувањето, вознемирувањето и трошоците се спротивставуваат на практичната достижност на точноста на одлуката, односно на правилното решавање на споровите.[18] Оттука, можеме да констатираме дека постојат и други димензии на процедуралната правичност, кои навистина немаат директна врска со точноста на одлуката, но имаат силно влијание врз правичноста на процесниот систем воопшто, како и врз правичноста на одделната постапка и индивидуалниот исход. Тие димензии се времето и трошоците.[19]

Современа верзија на Бентамовото учење за односот меѓу постапките, исходите и вредностите е теоријата за процедуралната правичност што ја развива Лоренс Солум (Lawrence Solum). Тој разликува три едноставни концепти или модели на процедуралната правичност, што се барем делумно имплицитни на постојната правна практика. Тоа се моделот на точност (*accuracy model*), моделот на балансирање (*balancing model*) и моделот на учество (*participation model*).

Концептот кој процедуралната правичност ја мери преку правилноста на исходот се нарекува модел на точност (*accuracy model*). Тој се заснова на утопискиот идеал на совршена процедурална правда. *The telos of the civil procedure is a "search for truth*".[20] Многубројни процесни установи се инспирирани од потребата за остварување на таа цел: меѓу нив докажувањето и системот на докази имаат приоритетно значење.

Системот на решавање на спорови кој постигнал стопроцентна точност би се сметал за монструозно неправичен, ако бара секој парничар да го посвети целиот свој живот на грижливиот процес на утврдување на фактите и ако

[18] Види J. Bentham, „Principles of Judical Procedure" Vol.2 in John Bowring (ed), The Works of Jeremy Bentham (London, 1838–1843, Reprinted New York, 1962).
[19] Види A. A. S. Zuckerman (ed.), *Civil Justice in Crisis*, (Oxford University Press, 1999), стр. 3–10.
[20] L. B. Solum, loc.cit., стр. 244.

консумира голем дел од општествениот производ за финансирање на ваквата активност.[21] Затоа, од *ex post* перспективата, правичната постапка мора, барем минимално да постигне разумен баланс помеѓу користа од точноста на исходот, од една страна, и времето и трошоците, од друга страна. Согледувајќи дека перфекцијата е невозможна, а напорите за нејзино достигнување можат многу да чинат, се промовира модел на балансирање (*balancing model*), како компромис меѓу точноста, времето и трошоците – концепт на несовршена процедурална правда. Праведното секогаш се наоѓа во некоја пропорција, а пропорцијата значи еднаквост на односи. Апсолутната точност на одлуката е секако идеална цел на секоја постапка, но таа е реално недостижна, па правилата на правичната постапка се само еден од прифатливите излези од ваквата несовршеност на процедурите. Не можеме да очекуваме перфектна материјална правда, но можеме да очекуваме правична постапка.

Конечно, според Солун, процедуралната правичност се мери и според критериумот на дадените шанси за учество во постапката – модел на учество (*participation model*). Тој се базира на фундаменталната идеја дека процедуралната правичност бара на лицата кои се засегнати со една судска одлука, да им се даде можност да учествуваат во постапката во која се донесува одлуката. Врз оваа фундаментална идеја се базира и основното процесно право на странките да бидат сослушани во постапката.

Имајќи ги предвид овие сумарни теоретски логицирања, можеме да резимираме: многу е тешко прецизно да се дефинира концептот на правичната постапка. Правичната постапка мора да цели кон постигнување на правилен резултат, но таа не мора секогаш да ја постигне оваа цел за да се смета за правична постапка, ниту пак мора да обезбеди определено ниво на точност или квалитет на нејзиниот сеопфатен резултат. Правичната постапка е комплексен поим, кој, покрај кон точност се стреми за остварување на други цели и вредности, врз кои се востановуваат авторитативни правни принципи и стандарди за тоа како треба да се спроведе постапката. Во таа смисла, поимот на правичната постапка е исполнет со внатрешни тензии и противречности што заедно дејствуваат и опстојуваат. Меѓу нив, барањата постапката да се спроведе што е можно побрзо и со помалку трошоци се несомнено најзначајни цели и вредности што се натпреваруваат со барањето за вистината и не ретко изнудуваат определени компромиси.

4. Временска димензија на процедуралната правичност

Времето може без човекот, но човекот не може без времето. Ниту како изолирана единка, ниту како општествено суштество. Времето е „нешто“ што постои и без човекот и без правото. На времето не му треба правото, но на правото

[21] L. B. Solum, loc.cit., стр. 185.

му треба времето како релевантен факт во сите општествени односи што ги уредува со своите норми, кога многу однесувања на човекот во општествените односи ги следи со временски одредници. Правото секогаш тежнее да го запре времето, зошто правните диспозиции тежнеат да ги организираат и уредат општествените односи во временско траење. Правото не може да ја врши својата функција на институционализација на општествените односи ако е временски неопределено. На тој начин, намерата на правото е да го препречи патот на несигурноста.[22]

И за постапката, времето не е и не може да биде ефемерна категорија. Како витален елемент на концептот на правичната постапка, времето е драгоценост, па затоа, ниту еден момент не смее да се изгуби поради индиферентност на оние кои одлучуваат за заштитата на правата, или поради несериозност на оние кои учествуваат во постапката.

Во концептот на процедуралната правичност, пристапот при анализата на временската димензија може да биде поливалентен. Сепак, се чини дека два ефекта на временската димензија врз крајниот резултат на постапката – пресудата се клучни: од една страна, времето може да ја поткопа правилноста на пресудата, зголемувајќи го ризикот од грешки, а од друга страна, може да ја поткопа практичната корисност на пресудата на планот на заштитата на правата, независно од нејзината правилност.[23]

Разгледувајќи ја првата релација, време – правилност на одлуката, можеме да констатираме дека протекот на време, всушност не е посебна димензија, туку фактор кој влијае врз правилноста на пресудата. Доколку процесниот систем сака да го минимизира ризикот од грешки, тој треба да обезбеди дека судењето ќе се одвива во време додека доказите се сè уште „свежи“. Секое временско одложување може да предизвика грешки, на начин што ќе дозволи доказите да исчезнат или да се намали нивниот квалитет. Во споровите во кои утврдувањето на вистината е условено од сигурноста на исказите на сведоците, колку повеќе време истекува пред судењето, или пред земањето исказ, толку се зголемува веројатноста дека сеќавањето ќе избледне, или дури дека сведокот ќе умре или ќе стане недостапен на друг начин. И обратно. Времето може да доведе до грешки не само кога пресудата се носи со одолжување, туку и кога е избрзана. Иако, сме навикнати повеќе да ги критикуваме одолжувањата, мора да признаеме дека и пресудата донесена набрзина, без обезбедување на адекватно време за утврдување на нејзината *praemisa minor*, во иста мера продуцира голем ризик од грешки.[24]

Во смисла на вториот ефект, може сосема аргументирано да се брани тезата дека во мера во која правичната постапка не може да биде индиферентна на барањето на вистината, таа не може да биде целосно индиферентна и на

---

[22] Опширно кај V. Ivančević, „Vrijeme u pravu”, Godišnjak PF u Osijeku, 1981/III, стр. 79.

[23] A. A. S. Zuckerman, фус.10, стр. 360.

[24] Така и A. A. S. Zuckerman (ed.), фус.18, стр. 6.

одолжувањето што ја поткопува практичната корисност на одлуката. Неспорно е дека колку повеќе време и труд се вложува во процесот на утврдување на фактичката состојба и изнаоѓање на релевантната правна норма, толку се поголеми изгледите дека ќе се обезбеди правилен резултат. Сепак, постојат две важни дополнувања на оваа констатација. Прво, постои т.н. закон за опаѓачки приноси (*the law of diminishing returns*). Со протек на време, работата доаѓа до точка по која, секое натамошно инвестирање во постапката продуцира растечки безначајно подобрување.[25] Едноставно, секој потрошен момент по овој критичен праг е чисто губење време. Второ, постои т.н. прираснувачки ефект на одолжувањето (*incremental effect of delay)*, кој укажува на растечката некорисност на пресудата со текот на времето. Имено, поради дотогашното одолжување, работата стигнува до точка по која, и покрај растечкото забрзување на постапката, практичната корисност на пресудата е намалена, па дури и ја нема. Се доаѓа до ситуација да се даде судски епилог на една работа, што времето ја прегазило. Со пресудата, донесена во спорот меѓу странките, може правилно да е применето правото на правилно утврдената фактичка состојба, но сепак пресудата да е донесена предоцна за да има практична корист за странката која победила. Ова е феномен на т.н. задоцнета правда. Во овој случај, пресудата е неправична не затоа што е неправилна во правото или фактите, туку затоа што доаѓа предоцна за да ги „стави“ работите на вистинско место.[26] Затоа, и постапката која систематски дозволува одолжувања, што ја поткопуваат практичната корисност на пресудата, не може да се смета за правична постапка. Тоа е идејата која е прикажана со афоризмот „*Justice delayed is justice denied*“, или мошне метафорично со зборовите на старите Латини „*Venter non patitur dilationem*“.

Да резимираме: Правдата бара правилна пресуда. Но, таа, исто така, бара пресудата да се донесе во време кога со неа сè уште може да ја поправи неправдата, односно доколку неправдата сè уште не настапила, во време кога таа може да се превенира. Правилната пресуда која е донесена во време кога е предоцна да направи нешто за лицето чие право е стварно или хипотетички повредено, не е многу подобра од пресудата која погрешно порекнува дека лицето има некакво право. Навремената правда е поради тоа димензија на правдата, исто толку важна колку и правилната примена на правото врз правилно утврдената фактичка состојба.

5. Брзина на постапката

Од досегашните излагања, јасно произлегува дека една од целите на процесниот систем е да обезбеди периодот меѓу иницирањето и завршувањето на постапката да биде колку што може пократок, без притоа да се компромитира,

[25] Види A. A. S. Zuckerman, фус.10, стр. 361.
[26] Ibid.

односно да се доведе во прашање, квалитетот на правната заштита што се обезбедува во постапката. Искажано со лексиката на физиката, ако постапката е патот што треба да се помине за да се дојде до одлуката, остварувањето на оваа цел ќе зависи од брзината на движењето/постапувањето, како мерка за движењето во единица време. Сепак, брзината на постапката не може да се сведе на чистата физичка дефиниција. Постапката е една сложена нормативна конструкција, што нужно бара прилагодување на поимот брзина на нејзината структура и содржина.

Парничната постапка е едно постепено, временски продолжено и расчленето случување. Во структурална смисла, таа има повеќе фази, стадиуми и степени. Потребен е одреден временски период за да се помине од една фаза во друга, но и за да се напредува во рамките на секоја фаза. Некои временски периоди се утврдени со закон (законски рокови), други со судски одлуки (судски рокови). Сите овие периоди се неопходни временски интервали за решавање на еден судски предмет. Понатаму, во рамките на различните фази, стадиуми и степени низ кои предметот треба да помине, разликуваме: време кога некој суштински работи на предметот, време на чекање утврдено со закон или со судска одлука, време за транспорт (ако е потребно предметот да се упати до друг суд) итн.

Во содржинска смисла, пак, парницата е збир на процесни дејствија на парничните субјекти – судот и странките, коишто се меѓусебно поврзани: временски, логички, каузално и целно. Условите за нивно преземање и полноважност, нивната содржина, форма и дејство се пропишани со закон.

Ако ги доведеме во заемен однос, општата дефиниција на брзината како мерка за движењето во единица време, од една страна, и поимањето на парницата во структурална и содржинска смисла, од друга страна, тогаш брзината во процесноправна смисла можеме да ја дефинираме како интензитет на процесните активности во чија основа стои настојувањето на органот кој ја води постапката – судот, процесните дејствија да се преземаат навремено, без непотребно одолжување, односно во оној момент кога се исполнети условите и претпоставките за нивно преземање. Токму последниот елемент – почитувањето на моментот на исполнување на законските услови и претпоставки е гаранција која спречува избрзување. А, во постапките недозволено е избрзувањето – *In iudicando criminosa est celeritas.*[27]

Проблемот на економија на времето, што се решава преку забрзување на постапката, не може да се набљудува сам за себе. Тој мора да се набљудува, пред сè од аспект на квалитетот на резултатот/исходот на постапката. По правило, за постигнување на висококвалитетни исходи потребно е просечно подолго траење на постапката, по принципот „подобро подолго, но поквалитетно".

[27] Publilius Surus, 235.

Затоа, и пресудата мора да биде резултат на подолготрајно размислување. Таа мора да биде одмерена и зрела. Поголема совршеност на правната заштита се постигнува во една одмерена и рационално поставена и спроведувана постапка, во текот на која треба да се постигне, колку што е можно поцелосна вистина за фактичката состојба и колку што е можно поправилно пресудување на таа состојба, врз основа на правилно протолкувана правна норма. Брзината, по правило, сето тоа го спречува. Барањето за побрза постапка и за што побрзо завршување на судењето е вид притисок, кој може да влијае на квалитетот на судењето. Квалитетот на постапката и на пресудата доаѓа во судир со барањето за брзина, како една од основните компоненти на ефикасноста на постапката. Во разрешувањето на овој конфликт, треба постојано да се има предвид дека е битна промислена експедитивност, не само чиста брзина. Чистата брзина не е тест за правдата, но промислената брзина е. Промислената брзина одзема време, но тоа е добро потрошено време.[28]

6. Одолжување на постапката

Парничната постапка во практиката не претставува секогаш глатко извршување на рутинска работа која брзо и ефикасно поминува низ сите фази, стадиуми и степени. Напротив, бројни фактори често негативно влијаат на динамиката на постапката и на нејзиното завршување во што пократко време.

Во истражувањата посветени на проблематиката на траењето на постапките најчесто се мери вкупното времетраење на постапката (*case processing time*), што го опфаќа, како нормалниот, така и абнормалниот временски губиток, што ќе рече не само одолжувањето само по себе. Значи, одолжувањето на постапката е дел од тоа мерење.

Терминот одолжување е составен дел на лексиката на процесното право, најчесто со негативна конотација. Така, одолжувањето се врзува за „судската пренатрупаност“ или за „заостатоците во работата“, за „ексцесивно потрошено време во водење на постапката“, или за „брзина, односно темпо на постапката“ во негативен правец.

Како и мноштвото други елементарни поими, и поимот на одолжување на постапката е тешко да се дефинира. Во најопшта смисла, терминот одолжување означува абнормален или неприфатлив временски губиток *(“an inordinate amount of time”*). На теренот на судските постапки, терминот означува дека постапката не се движи така брзо како што би требало, поради проблеми кои генерално и најчесто се признаваат како судски проблеми, иако тоа не мора секогаш да биде така. Тоа се не само проблемите поврзани со правилата за постапките, туку и

[28] Зборови на американскиот правник Felix Frankfurter – “In any event, mere speed is not a test of justice. Deliberate speed is. Deliberate speed takes time. But it is time well spent.”

со начинот на нивната интерпретација и применување, со начинот на работа во судовите, со интеракцијата меѓу судот и странките и нивните полномошници, со интеракцијата меѓу странките и судските службеници, со интеракцијата меѓу судовите од различни инстанци, со материјално техничките претпоставки за работа на судовите, итн.

Стандардната дефиниција на одолжувањето би била дека тоа е количество време меѓу почетокот и завршувањето на судската постапка што го надминува времето што е неопходно потребно за подготвување на предметот, за водење на главната расправа и за донесување на конечната одлука. Постапката се одолжува секогаш кога одзема повеќе време од она што е неопходно за системот на правдата, имајќи ги предвид сите процедурални, уставни и други права на странките, сведоците и другите учесници во постапката.[29] Се работи значи за непродуктивно потрошеното време, период на „празен од“, односно време кога ништо не се презема за да се доведе предметот до следната процесна фаза. Тоа е секој временски период кога предметот мирува, кога не постои видлив знак дека се работи на предметот (*«waiting time»*), иако од процесна гледна точка, може да се преземе следен чекор.[30] Според тоа, одолжување постои секогаш кога следниот процесен чекор може да се преземе, но не се презема од било која причина. За да се потенцира токму тој момент, кога и покрај исполнетоста на сите услови, постапката стагнира, во литературата се зборува уште и за непотребно, непримерно одолжување (*undue delay*).[31] Во иста насока, се и размислувањата кои ја поентираат разликата меѓу долготрајност на постапката и нејзиното непотребно одолжување. Првиот поим означува „констелација во која постапката трае подолго отколку што тоа одговара имајќи ги предвид причините кои произлегуваат од нејзиниот предмет“, а вториот поим означува „однесување на субјектите на постапката кои со злоупотреба на своите права го одолжуваат текот на постапката“. Значи се потенцира „скриеното“ пролонгирање на процесните активности. Оттука, може да се зборува за одолжување како поширок поим кој може да биде и објективно и субјективно детерминиран, и да ги опфати како „дозволените“, така и недозволените одолжувања, и одолжување во потесна смисла, кое е главно субјективно детерминирано, и секогаш заслужува прекор поради неажурност.[32]

---

[29] T. Feltes, "Causes for delay in the criminal justice system (report to the Ninth criminological colloquium on "Delays in the Criminal justice System" (Strasbourg, Council of Europe, Nov. 28–30, 1989), стр.1.

[30] Според некои проценки, времето во кое навистина нешто се работи на еден судски предмет е помалку од 5 % од вкупното траење на постапката.

[31] C.H. van Rhee, 'The Law's delay: An Introduction', in C.H. van Rhee (ed.), The Law's delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Antwerp, Oxford, New York, 2004), стр.4.

[32] Во оваа потесна смисла, одолжувањето го дефинира и Г. Бужаровска, Судење во разумен рок, магистерски труд (Скопје, 1997), стр.16.

Конечно, поимот на одолжување на постапките станува уште покомплексен, ако се има предвид дека ги опфаќа и временските периоди определени со закон или одлука на суд (законски и судски рокови) кои го диктираат временското движење на постапката, а кои можат да бидат непотребно долги. Поради тоа, кога зборуваме за одолжувања на постапките, мора да имаме предвид дека не е потребно само да се елиминира времето што *de facto* го надминува неопходно потребното време за водење на постапките, туку и да се обезбеди дека правилата што го диктираат водењето на постапката сами по себе не генерираат непотребни одолжувања.

7. Судење во разумен рок

Кога ќе се каже дека судењето треба да биде во разумно време, тогаш обично се смета дека се знае што под тие зборови се подразбира во правниот сообраќај. Тешкотиите наидуваат кога овој поим треба да се дефинира, како што е тоа случај со сите елементарни правни поими, кои често стануваат извор на најразлични контроверзии.

Барањето за судење во разумен рок несомнено деривира од општото начело на економичност и ефикасност на секоја човекова дејност. Но, тоа тука добива и нов квалитет. Во однос на судењето, во прашање е современо барање кое се однесува на суштинските квалитети на правораздавањето. Разумното траење на постапката е изречно барање на принципот на владеење на правото, и генерално значи навремена заштита на правата или откажување од неа во моментот кога за тоа се исполнети законските услови. Во таа смисла, судењето во разумен рок се издига на ниво на еден од основните принципи на процесното право и еден од основните процесно-правни стандарди, кој благодарејќи на подвижноста на својата содржина, добро се прилагодува на конкретните барања и потребите на животот.

Разумниот рок е поимен камелеон, зошто никој не може да го каже неговиот опфат генерално и однапред за сите случаи. Иако, историјата познава такви случаи, во современи услови созрева мислењето дека законодавецот не може *a priori*[33] да го определи траењето на секоја конкретна парнична постапка од едноставна причина што парниците се меѓусебно различни по низа објективни и субјективни елементи: сложеност на предметот на постапката, видот на правната заштита, бројот на истакнатите барања, бројот на сопарничарите, бројот на сведоците, учеството на вештаци, однесувањето на судот и странките, учеството на вмешувачи, спојувањето на постапки, бројот на постапките што атхезионо се водат со пендентната парница, итн. Сите овие

[33] Секако и од ова постојат исклучоци: и во современи услови постојат примери на законски фиксирани периоди во кои треба да завршат парничните постапки во определени предмети.

елементи, како и многубројните други фактори што влијаат врз траењето на постапката имплицираат, при креирањето на норма со која се востановува правото на навремена правна заштита да се употреби генерална клаузула, која се индивидуализира во секој конкретен случај. Конкретизираните облици на судењето во разумен рок можат да бидат променливи и различни, но не во мера што значи напуштање на појдовната идеја содржана во овој правен стандард.

Како современ израз на класичната максима на римското право *bis dat qui cito dat,* разумниот рок е правен стандард[34] кој означува време кое би било доволно да се утврди основаноста на тужбеното барање. Определен на овој начин, поимот укажува дека акцентот не е на брзината на постапката, туку на времето кое е потребно за да се одлучи за основаноста на тужбеното барање. Во таа смисла, стандардот судење во разумен рок настојува да ги усклади постулатите содржани во двете римски начела: *Ne lites fiant immortals*[35] и *In iudicando criminosa est celeritas*.[36] Стандардот ја афирмира брзината во мера во која ги исклучува непотребните одолжувања.

Барањето за судење во разумен рок се однесува на гаранцијата дека за секој кој пристапил до судот, ќе биде донесена конечна одлука во разумно време. Идејата е дека граѓаните имаат право на правна сигурност,[37] како посебна, специфична и една од најзначајните вредности на правото. Во објективна смисла, сигурноста значи навремено и целосно применување на правото, а во субјективна смисла, сигурноста во свеста на луѓето постои како индивидуална убеденост дека правото со сигурност ќе биде применето. Како правнотехнички израз кој ја покрива востановената содржина и опсег на правото, сигурноста е основа за довербата во правото и во неговата моќна правна сила. Во сферата на заштита на правата, правната сигурност се јавува како израз на можноста да се предвидат правосудните последици од одредено однесување и тоа во време кое во однос на заштитата на правата може да има определен превентивен или

[34] Правен стандард е поим употребен во правните норми, кој ја менува својата конкретна содржина зависно од секој конкретен случај, а сепак во суштина останува ист. За нормите кои содржат правен стандард битно е дека за секој конкретен случај постои само едно однесување кое целосно му одговара, а секое друго однесување претставува нивна повреда. Се смета дека правните стандарди се универзални, трансцедентални и нераскинливо поврзани со основните човекови слободи и права. Правни стандарди се исполуваат во два вида: како стандарди – начела и како стандарди – општи норми.

[35] C. J. 3,1,13 – Нека парниците не бидат бесконечни.

[36] Sec.Publilius Syrus, 235 – При судењето брзината е злосторство.

[37] Во најширока смисла на зборот, правната сигурност може да се дефинира како состојба на општеството во која правото однапред точно се знае и точно се применува, т.е. состојба во која постои законитост во смисла на постоење на закони кои однапред пропишуваат општа правна норма, но и во смисла на остварување на тие норми во практиката на општествените односи, така што луѓето се чувствуваат сигурни дека нема да им се случи ништо што не е пропишано со правото и дека ќе можат со свои дејствија да го остварат она што со правото им е овозможено.

репресивен ефект. На парадигматичен начин, правната сигурност во сферата на заштита на правата се изразува преку стандардот судење во разумен рок. Впрочем, општественото значење на постапката е во тоа што таа претставува средство за постигнување на правната сигурност.[38] Граѓаните знаат дека во општеството постои систем на организирана правна заштита кој овозможува на сите под исти услови, на еднаков начин и во разумно време, да им се даде правна заштита, ако судот утврди дека таа е основано побарана.

Ставен во функција на обезбедување на правна сигурност, стандардот судењето во разумен рок, сам по себе, е прилично контроверзен. *Per definicionem* правната сигурност бара јасна и прецизна правна норма, па е дискутабилно дали преку норма која содржи правен стандард може да се постигне посакуваната правна сигурност. Зошто?

Правната сигурност се искажува преку следните три димензии: временска димензија, која значи стабилност на правните прописи во времето; содржинска димензија, која опфаќа стабилност на нејзината содржинска насоченост, без оглед на различните состојби во животот во кои таквата содржина се прикажува; и конечно општествена димензија, односно распространетост на правната регулатива врз сите идентични односи на подрачјето на целата државна територија.[39] Содржинската димензија на стабилизација на правната сигурност значи дека правниот пропис својата содржина не ја менува без оглед во каква ситуација тој се применува, што не е случај со правните стандарди.[40] Разумниот рок во судењето, зависи секогаш и исклучиво од посебните околности на секој предмет, значи од спецификите на секој конкретен случај што ќе дојде пред судот, па граѓаните не можат однапред да бидат сигурни дали постапката ќе заврши за една, две или повеќе години.

Сепак, и покрај бројните недоумици, тешкотии и разлики во определувањето на должината на „разумниот рок", се чини дека не е рационално, ниту научно оправдано да се инсистира на определување на некој општоприфатлив рок или протек на време, односно на некои точно фиксирани временски рамки за кои може да се рече дека се секогаш или дека не се никогаш повреда на тој разумен рок. Би можело само да се тежнее кон востановување на прифатливи крајни временски граници до кои, по правило, би требало разумно да се очекува правосилно завршување на било која судска постапка. Тие граници, повторно би биле различни за различни предмети во зависност од нивната правна природа или други критериуми. Според тие критериуми, траењето на

[38] Постојат и спротивни мислења, дека судството не може да обезбеди правна сигурност, дури ни декларативно како цел и функција. Правната сигурност ја обезбедува позитивното право со моќта на важењето. Така, Р. Черепналковски, *Судство* (Скопје, 2004), стр.177.

[39] Види повеќе, Д. Бајалџиев, loc.cit., стр. 105.

[40] Ibid.

одредени групи постапки, односно предмети би можело да се одреди најдолго за шест месеци, една, две, три години, итн. Не постои апсолутен критериум за разумноста на траењето на постапката, како што нема ниту апсолутна мерка за тоа што е разумно во степените на точност на одлуката (сигурност, убеденост, веројатност). Критериумот на разумноста мора да се извлече од практиката преку откривање во која мера судската постапка ја цени потребата од експедитивност.[41] Треба да се очекува дека секој судија ќе тежнее да ја спроведе постапката за што е можно пократко време, односно што побрзо да ја донесе одлуката во предметот што му е даден на решавање. Во која мера судијата ќе го оствари таквото тежнение, зависи од две групи претпоставки: прво, дали секогаш постојат објективни околности што му овозможуваат на судијата да го исполни тој правен стандард и второ, дали постои природна човечка, но и професионална желба да биде ефикасен, што во нормални околности носи и соодветна сатисфакција, доверба и општествено признание.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Бајалџиев Д., 'За поимот (правна) вредност и за сигурноста, мирот и редот (поредокот), како есенцијални правни вредности во сегашниот миг на Република Македонија' во Зборник на трудови од Меѓународниот симпозиум „Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација", том 2, (Скопје, Правен факултет „Јустинијан Први", 2004).

Bayles M., *Procedural justice* (London, Kluwer, 1990).

Bentham J., „Principles of Judical Procedure" Vol.2 in John Bowring (ed), The Works of Jeremy Bentham (London, 1838–1843, Reprinted New York, 1962).

Бужаровска Г., Судење во разумен рок, магистерски труд (Скопје, 1997).

Cappelletti M., 'General Report' in M. Cappelletti et al. (eds.), Fundamental Quaranties of the Parties in Civil Litigation (Milan/Dobbs Ferry, New York, 1973).

Feltes T., "Causes for delay in the criminal justice system (report to the Ninth criminological colloquium on "Delays in the Criminal justice System" (Strasbourg, Council of Europe, Nov. 28–30, 1989).

Freeman M., *Truth Commissions and Procedural Fairness* (Cambridge, Cambridge University Press, 2006).

Galligan D.J., *Due Process and Fair Procedure* (Oxford, 1996).

Gurvič Ž., *Sociologija prava* (Podgorica, prevod s engleskog dr. Đurica Krstić, 1997).

[41] A.A. S. Zuckerman, фус.10, стр. 362.

Hay B.L, "Procedural Justice - Ex Ante vs. Ex Post", 44 *UCLA L. Review*, (1997).
Ivančević V., „Vrijeme u pravu", Godišnjak PF u Osijeku, 1981/III.
Калајџиев Г., *Правична постапка,* докторска дисертација (Скопје, 2004).
Kaplow L., "The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis", 23(1) *Journal of Legal* Studies (1994).
Monteskje, *O duhu zakona*, tom I (Beograd, Filip Višnjić, 1989).
Perović S., *Besede sa Kopaonika,* 5 dopunjeno izdanje (Beograd, Kopaonička škola prirodnog prava, 2003).
Pound R., *Uvod u filozofiju prava* (Podgorica, 1996).
Pritchett C. H., *Constitutional Civil Liberties* (New Jersey, 1984).
Rawls J., *A Theory of Justice* (Cambridge, Harvard University Press, 1999).
Solum L.B, "Procedural justice", 78 Southern California Law (2004).
van Rhee C.H., 'The Law's delay: An Introduction', in C.H. van Rhee (ed.), The Law's delay, Essays on Undue Delay in Civil Litigation (Antwerp, Oxford, New York, 2004).
Zuckerman A. A. S., "Quality and Economy in Civil Procedure: The Case for Commuting Correct Judgement for Timely Judgement", 14 (3) *Oxford Journal of Legal Studies* (1994).
Zuckerman A. A. S., (ed.), *Civil Justice in Crisis*, (Oxford University Press, 1999).
Черепналковски Р., *Судство* (Скопје, 2004).

Prof. Dr.sc Tatjana Zoroska – Kamilovska[42]

THEORETICAL LEGAL CONSIDERATIONS OF THE DIMENSIONS OF PROCEDURAL FAIRNESS IN CIVIL PROCEDURE WITH AN EMPHASIS ON THE TIME DIMENSION

Summary

The doctrine of civil procedure in our country, mainly (if not exclusively), deals with normative-legal explanation of procedural notions and institutes. As a matter of fact, broader theoretical discussions are missing, even for some basic concepts, such as the concept of procedural fairness. The purpose of this paper is to fill this evident gap. The paper elaborates several crucial notions regarding the procedural fairness in civil litigation, with an emphasis on its time dimension. The paper starts with an explanation of the essence of the concept of procedural fairness, followed by an analysis of its dimensions. The rest of the paper deals with the time dimension, analyzing the notions of the speed of the procedure, procedural delays and finally the basic concept of a trial within a reasonable time.

Key words: *procedural fairness, civi litigation, speed in the proceedings, a trial within a reasonable time.*

[42] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Гоце Наумовски[1]
проф. д-р Есин Кранли Бајрам[2]

НЕКОИ ПРАШАЊА ПОВРЗАНИ СО СТЕКНУВАЊЕТО НА НАСЛЕДСТВОТО ВО РИМСКОТО ПРАВО

УДК: 347.65/.68(37)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Основниот интерес на овој труд се состои во разработката на неколку правни институти кои можат да се појават при реализацијата на субјективните наследни права. Имено, римското право, судејќи според примарните извори, ни дава јасна слика за неколку правни ситуации кои потенцијално се појавуваат пред конечниот пренос на наследните права од оставителот на наследникот.

Со оглед на фактот што романистиката почесто се занимава со основите за наследување, наследните редови, тестаментите или нужното наследување, авторите на овој труд ценат дека должно внимание треба да се посвети и на овие поретко третирани наследно-правни институти.

Од тие причини, во оваа прилика ќе биде дадена анализа на: ***transmissio delationis****,* ***ius accrescendi collatio bonorum, aditio bonorum, beneficium abstinendi, beneficium inventarii*** и ***beneficium separationis,*** *низ која ќе може да се види местото и значењето на наведените институти гледани низ призмата на постапката за стекнување на наследството и евентуалните последици што во одделни постапки би можеле да ги предизвикаат.*

Клучни зборови: *Субјективни наследни права, transmissio delationis, ius accrescendi collatio bonorum, aditio bonorum, beneficium abstinendi, beneficium inventarii и beneficium separationis.*

---

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

[2] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Вовед

Изборот на темата на овој труд се должи на извонредно значајното место на наследното право како во контекст на интересот на старите римски јуриспруденти, но истовремено и од аспект на позитивното право. Имено, наследувањето, или правните односи mortis causa до ден денес ја задржуваат својата секојдневна актуелност, иако совремието има различна перцепција на наследувањето од онаа на старите Римјани. Ако Античкиот Рим примарно се грижел за опстанокот на семејната лоза, за наследувањето на семејниот култ и огниште, денешното општество, се чини, на наследувањето гледа исклучиво од аспект на имотниот ефект кој би се одразил на наследниците.

Сепак, институтите на римското наследно право, како и плејада други граѓанско-правни институти го преживеале „забот на времето". Ова истражување се занимава со неколку прашања кои обесправено се третираат како „споредни" бидејќи многу почесто романистиката се занимава со некои други аспекти на наследувањето од аспект на субјективните наследни права. Во таа смисла, разгледувањето на прашањата кои се однесуваат на финалната фаза при реализацијата на субјективните наследни права, непосредно пред и за време на преносот на наследството, зборува за хируршката прецизност на старите Римјани, но и за нивната исклучителна прагматичност. Претпоставените ситуации кои потенцијално би можеле да се појават при преносот на наследството, само го потврдува фактот на „правничката генијалност" на римската јуриспруденција, која речиси и не оставила простор да се појават правни празнини.

1.Transmissio delationis

Со поимот transmissio на почетокот било означувано преминувањето на правата и обврските што ја сочинувале оставината, од оставителот на наследникот. Но, технички transmissio delationis ја означува можноста повиканиот (именуваниот) наследник да го пренесе своето право на давање на наследничка изјава на својот наследник.

Фактот што правото на прифаќање на оставината било третирано како строго лично право, старото ius civile, не дозволувало можност тоа да биде пренесено[3] на друг субјект[4], па дури ниту на наследникот на именуваниот наследник[5].

[3] Освен кај интестатското наследување по пат на in iure cessio hereditatis, кога наследникот уште за време на својот живот го пренесувал своето право на својот наследник, за тој да може да биде наследник на оставителот.

[4] Правото на изјаснување за прифаќање на наследството не им припаѓало на наследниците кои наследувале ipso iure во моментот на делацијата.

[5] Кај интестатското наследување, доколку повиканиот наследник до својата смрт не го прифатил наследството, тоа станувало bona vacantia или bonorum possessio било доделувано на подалечните сродници

Кај тестаменталното наследување, неизјаснувањето на именуваниот наследник во врска со наследството, можело да предизвика две последици. Наследување ab intestato, ако бил единствен тестаментален наследник, или прираснување на неговиот дел на останатите тестаментални наследници, ако биле именувани двајца или повеќе.

Ваквиот став околу забраната за пренос на правото на прифаќање на наследството, сепак бил променет уште според правилата на преторското право, кое дозволувало restitutio in integrum за наследниците на повиканиот наследник кој не по своја вина, не го прифатил наследството пред да умре.

Подоцна, transmissio Theodosiana[6], предвидувала можност, најблискиот десцедент на повиканиот наследник, во секој случај да може да го прифати наследството, доколку неговиот предок умрел пред отворањето на тестаментот apertura testamenti[7].

Во уште поголема мерка, тоа било дозволено со т.н. transmissio Iustiniana, според која правото на прифаќање на наследството им припаѓало на наследниците на наследникот (кој бил повикан како тестаментален или како интестатски наследник) доколку умрел пред да го прифати наследството во рокот кој му бил даден да размисли (spatio deliberndi) или рок од една година од делацијата: Во овие случаи, наследниците можеле да го сторат прифаќањето во рокот кој преостанувал. Доколку умрел без да знае дека е повикан, овие рокови во целост (една година или tempus deliberandi) течеле од почеток за наследниците на повиканиот или именуван наследник[8].

2. Ius accrescendi

Според правилата на римското наследно право, начелото на прираснување на делот од наследството, кој заради било кои причини отпаднал кај некој од сонаследниците, доследно се применувало и тоа секогаш имајќи го предвид правилото nemo pro parte rata testatus pro parte intestatus decedere potest.

Причините кои можеле да доведат до отпаѓање на наследството кај некој од наследниците, можеле да бидат различни. Имено, повиканиот наследник можел да го одбие наследството repudiatio, или пак да не го прифати наследството до својата смрт (а не настапила ниту трансмисија).

Ius accrescendi е директна последица на концептот на универзална сукцесија. Постоењето на некаква пречка заради која сонаследникот нема да го оствари правото на наследство, значело проширување на правото на другите наследници и врз неговиот дел. Таа настапувала ipso iure, без потреба

[6] transmissio ex iure sanguinis

[7] 450 г. Види Adolf Berger, po.cit.,741

[8] Ibid

сонаследникот посебно да истакнува побарување за тоа[9].

Правилата за тоа колкави делови ќе прираснат на сонаследниците зависеле од нивната поставеност во тестаменталните одредби. Ако тестаторот ги именувал сонаследниците без да прецизира кому колкав дел треба да му припадне, тогаш прираснувале сразмерни делови на секој сонаследник. Доколку пак, тестаторот наследниците ги именувал според правилата на coniunctio, тогаш прираснувањето зависело од начинот на поврзаното именување.

Правилата за прираснување во иста мера важеле и за интестатското наследување[10].

3. Collatio bonorum

Генезата на овој наследно-правен институт е врзана за начелата на интестатското наследување. Потребата од доследно почитување на принципот на магистратското право quod aequm et bonum est, во областа на наследното право особено ќе го има својот одраз во корекцијата на правилата за наследување, кои повиканите наследници ги ставале во нерамноправна положба.

Collatio bonorum всушност била обврската на еманципираните синови во имотната маса на оставината да го внесат и делот кој самостојно го стекнале откако биле еманципирани collatio emacipati, за на тој начин да биде обезбедена рамноправноста со наследниците кои сè уште биле под patria potestas, и чија заработка одела на сметка на pater familias.

Истата обврска ја имале и ќерките на оставителот кои при склучување на брак добиле dos profecticia, collatio dotis. Аналогно, сметајќи дека тој имот припаѓа на заедничкиот оставител, требало да биде внесен во имотната маса на оставината, во корист на сите сонаследници. Еманципираните синови и ќерките кои требало да извршат колација полагале *cautio de bonis(dotibus) conferendis*, со која ветувале дека ќе ја извршат својата обврска[11].

На почетокот колацијата можела да биде извршена со вистинско внесување на имотот во оставината или со сразмерно намалување на делот кој го добивал сонаследникот кој требало да изврши колација.

Меѓутоа, променетите односи во семејството, а со тоа посебно променетата позиција на лицата alieni iuris, институтот collatio bonorum, го претвориле во collatio descedentium. Поставен како обврска на потомците-

---

9 Историски факт е дека во еден период постоела т.н. caducorum vindicatio, која можеле да ја употребат сродниците на orbi (види кадукарни закони) или државата, за да добијат право на прираст врз caduca. Но, ваквото решение било укинато во Јустинијановото законодавство. Ante Romac, op.cit., 387

10 Ваквата ситуација се одржала сè до transmissio Iustiniana, според кое, како што веќе видовме, правото на наследување на наследникот кој не го прифатил наследството бидејќи починал пред да го стори тоа, преминува на неговите наследници, а не на сонаследниците

11 Види Adolf Berger, op.cit.,384

сонаследници во имотот на оставинската маса да го внесат сето она што го добиле од оставителот по различни основи, Јустинијановото законодавство го сторува применлив и кога основ за повикување на наследство е тестаментот.

Според тоа, десцедентите на оставителот, кои се јавувале како интестатски или тестаментални наследници, имале обврска пред поделбата на наследството, во него да го внесат сето она што оставителот за време на својот живот им го дал (подарок, мираз и сл.), со што се обезбедувала еднаквоста и рамноправноста на сонаследниците при конкурирањето за дел од оставината. Колацијата во оваа смисла се вршела со сразмерно намалување на делот на оставината кој би му припаднал на сонаследникот, за вредноста на она што го претходно го добил од оставителот.

4. Aditio bonorum

Принципот на универзална сукцесија на кој се темели наследувањето врз основа на тестамент[12] во римското наследно право, по моментот на accrescendi, значел спојување на наследството (имотната маса сочинета од правата и обврските на оставината, со исклучок на строго личните) со имотот на наследникот, односно настапувало aditio (confusio) bonorum, при што се гаселе евентуалните меѓусебни права и обврски помеѓу наследникот и оставителот[13].

Со оглед на тоа што старото право определувало неограничена одговорност на наследникот за обврските на оставината, можело да се случи наследникот да се најде во незавидна позиција предизвикана од презадолженоста на оставината[14] од една страна, но и доверителите на оставината, од друга старана, кои за своите побарувања требало да конкурираат од сега веќе единствената имотна маса на наследникот и тоа заедно со неговите доверители.

Ваквите спорни ситуации биле разрешувани со создавањето на неколку правни средства за заштита на правата на наследниците или на доверителите на оставината.

Како една од обврските на римските граѓани кои станале наследници на наследство поголемо од 200 000 сестерици, стоела и обврската за плаќање на vicesima hereditatium. Данокот на наследство бил определен на пет проценти и него го наплаќале посебни државни службеници procuratores hereditatium[15].

5. Beneficium abstinendi

Претходно веќе зборувавме за разликата помеѓу т.н. heredes sui et inecessarii и heredes voluntarii. Можноста за неприфаќање на наследството им

12 Истиот важел и за тестаменталното и нужното наследување

13 Наследникот ја продолжува правната положба на оставителот

14 Ваквото решение значело дека наследникот е должен да ги намири доверителите на оставината од својот имот, бидејќи оставината била инсолвентна

15 Adolf Berger, op.cit., 764

била дозволена во секој случај само на наследниците кои припаѓале на втората група[16].

Heredes sui et necessarii по правило наследството го добивале ipso iure, без право да се изјаснуваат околу тоа. Меѓутоа сепак, хонорарното право предвидело можност за heredes sui која се состоела во правото да го одбијат наследството beneficium(ius)abstinendi, најчесто во случаите на презадолжена оставина. Единствениот услов што требало да биде исполнет било воздржувањето на наследникот кон оставината да се однесува како кон своја, pro herede gestio.

Имено, доколку се утврдело дека наследникот пред да се изјасни за прифаќањето на наследството ги употребувал, располагал или слично со стварите од оставината, се сметало дека se immiscere hereditatati, односно го губи ius abstinendi.

Ваквото право не било предвидено во ист обем за heredes necessarii (ослободените робови повикани на наследство). За нив постоела можност за признавање на ограничена одговорност спрема доверителите на оставината. Така, тие не одговарале со имотот кој го стекнале по ослободувањето под услов и кај нив да не постои pro herede gestio.

6. Beneficium inventarii

Јустинијановото законодавство предвидело уште едно правно средство со кое можеле да се послужат наследниците, со цел својата обврска на неограничена одговорност спрема доверителите на оставината, да ја сведат само на одговорност во висина на наследениот имот. Се работи за т.н. beneficium inventarii, според кој одговорноста се ограничувала intra vires hereditatis, доколку бил извршен попис на оставината. Пописот требало да започне да се извршува во рок од 30 дена од отворањето на тестаментот (делацијата) и да биде завршен за 60 дена[17].

Ваквата можност на наследниците им била дадена заради фактот што секогаш однапред не можеле да знаат дали прифаќањето на наследството за нив ќе предизвика штета или корист[18]. Затоа пописот на оставината значел реална претстава што би добиле, а што би изгубиле со чинот на прифаќањето на оставината.

---

16 Beneficium abstinendi на почеток се однесувало само на интестатските наследници. Подоцна подеднакво важело и за тестаменталните.

17 Покрај утврдените рокови, пописот требало да биде извршен и според други предвидени формалности за да може да се смета за правилен, прецизен и точен. Нужно било присуство на сведоци, како и на *tabullarius* и за време на пописот доверителите не можеле да ги намируваат своите побарувања.

18 На наследник кој побрал и добил време за размислување *spatio deliberandi*, не му било дозволено да изврши и попис на оставината, бидејќи се сметало дека во тој рок тој би можел да ја утврди состојбата на оставината.

Трошоците за извршениот попис, како и погребните трошоци паѓале на товар на наследникот кој барал beneficium inventarii.

Оваа интервенција во наследниот систем, заедно со transmissio Iustiniana, се сметаат за најзначајните реформи од оваа област, заради кои наследувањето во Рим од „чест, обврска и должност спрема покојникот и спрема државата станува субјективно имотно право, со кое наследникот го зголемува својот имот.“[19]

7. Beneficium separationis

Преторското заштитно средство, кое се појавило во корист на доверителите на оставината познато како beneficium separationis, всушност се однесувало на можноста овие доверители да бараат разлачување на оставината од имотот на наследникот (после aditio bonorum), separatio bonorum, за да може токму од имотната маса на оставината да добијат предност при намирувањето на нивните побарувања. Тоа значи дека се обезбедувало правото на доверителите на оставината да не конкурираат заедно со доверителите на наследникот. Имено, доверителите на оставината, а подоцна и легатарите[20], имале право на *beneficium separationis* во рок од пет години од стекнувањето на наследството, со што добивале предност при намирувањето. Евентуалниот остаток од наследството повторно се спојувал со имотот на наследникот, од каде можеле да се намируваат неговите доверители.[21]

8. Односи помеѓу сонаследниците

Едноставна била ситуацијата кога во тестаментот или при наследувањето *ab intestato*, наследството му припаѓало на еден наследник. Во тој случај, како што веќе видовме, правата и обврските од оставината во целост му припаѓале на именуваниот, односно интестатскиот наследник. Стапувајќи на местото на оставителот, *successio in locum defuncti*, покрај *confusio bonorum*, започнувала и обврската на наследникот да се грижи за семејната *sacra.*

Сепак, во практиката многу почесто се случувало наследството да им припадне на повеќе наследници. Правната последица што притоа настапувала е засновање на сосопственички односи на наследството[22].

19 Види Mile Boras. Margetić,Lujo,op.cit.278

20 Доверителите кои барале разлачување, во секој случај имале предност пред легатарите кои се повикале на *beneficium separationis*.

21 Различни мислења биле присутни и околу обратната ситуација. Односно, дали доверителите на оставината кои и по разлачувањето останале неподмирени во целост, имале право да побаруваат од имотот на наследникот? Ставовите биле различни. Сепак, вакавата можност била дозволена само кога претходно биле намирени сите наследникови доверители, како и доверителите на оставината кои не барале beneficium separationis.

22 Се работи за *communio incidens*, случајна заедница, еден вид квазиконтракт, при што

Според тоа „со ваквата концепција, од аспект на имотното право, интересен е моментот на смртта на *pater familias*, кога останувал неподелен имотот што дотогаш му припаѓал нему, а по тој момент требало да им припадне на наследниците. Добрата што го опфаќале тој имот, биле причина да се формира заедница од сите наследници“[23], при што мора да се нагласи дека старите Римјани не разликувале сосопственост од заедничката сопственост[24]. Имено, во зависност од одредбите на тестаментот, или од определувањата на наследните редови при интестатско наследување, на секој од наследниците му припаѓал идеален, аликвотен дел од наследството, кој можел да го користи и со кој можел слободно да располага. Истиот правен режим важел и за обврските на оставината. Секој од наследниците одговарал сразмерно на својот дел[25].

Сепак, вакавата состојба која настанувала помеѓу сонаследниците можела да биде разрешена со *actio familiae erciscunade*, тужба која можела да ја искористи секој сонаследник за престанок на сосопственоста. Имено, со физичката делба која следувала, секој од наследниците станувал сопственик на определени ствари од наследството.[26]

9. Правна заштита на тестаменталните наследници

Принципот на универзална сукцесија, предвидувал пренос на правата и обврските на оставината од оставителот на наследникот. Заради тоа, логична е и последицата при стекнувањето на наследството, дека заедно со правата и обврските, наследникот ги добива и сите правни средства кои можел да ги користи оставителот во текот на својот живот, а со кои би можел да ги штити своите имотни права. Тоа се т.н. сингуларни (специјални) тужби на наследникот.

Сепак, за наследникот била резервирана и една посебна тужба, со која тој можел да ги заштити своите права, тогаш кога му било оспорено својството на наследник, односно кога било загрозено неговото наследно право.

настанувало *communio pro indiviso*

23 Види Гоце Наумовски. *Имотноправните аспекти на римскиот consortium*. Зборник во чест на Миле Хаџи Василев.(Скопје: Правен факултет.2004) 223

24 Кај заедничката сосопственост, како што ќе видиме, деловите на сонаследниците не се определени однапред, но се определиви. Ваквото разликување кај наследничката заедница присутна во современите права меѓу кои и нашето, во споредба со сосопственичките односи меѓу сонаследниците во римското право, својот корен го има во фактот што не е прифатена римската концепција за лежечка оставина.

25 Nomina ipso iure divisa sunt

26 Римското право не прави разлика помеѓу сосопственост и заедничка сопственост, познава само condominium. За разлика од него, некои од современите, меѓу кои и нашето, сосопствениците ги разликува од заедничарите. Припадот на наследството на двајца или повеќе наследници е означен со формирањето на наследничка заедница (заедничари). За ваквото решение на македонскиот законодавец, ќе стане збор подоцна.

Тужбата *hereditatis petito* била достапна без оглед дали се работи за интестатски или тестаментален наследник. Таа во суштина била посебен вид *rei vindicatio*[27] и затоа се нарекувала уште и *vindicatio hereditatis*. Разликата била во основот на тужбеното барање. Наследникот се повикувал на постоењето на наследно право.

PS. 1, 13b, 6. *Qui petit hereditatem, ipse probare debet ad se magis quam ad eum qui possidet sive ex testamento sive ab intestato pertinere.*

Кој со тужба бара наследство, треба да докаже дека наследството му припаѓа според посилно право од оној кој го поседува било врз основ на тестамент или интестатски.

Активна легитимација за ваква тужба имал само цивилниот наследник. Пасивно легитимиран пак, бил секој оној кој имал владение врз стварите од оставината, прокламирајќи се себеси како наследник, *pro herede*, или едноставно негирајќи го правото на тужителот, без да истакне врз кој основ има владение на оставината, *pro possessore*.[28]

Последиците од успешната *hereditas petitio* биле исти како и при реивиндикациона тужба. *Res hereditariae* биле реституирани на наследникот[29].

Дистинкцијата помеѓу совесниот и несовесниот државел била направена со измените што ги предвидел *SC Iuventianum*. Така *possessor bonae fidei* требало покрај стварите од оставината да ги врати и добивките кои од неа ги остварил, а сè уште не ги потрошил до моментот на литисконтестацијата. Тој не одговарал за потрошените или оштетените ствари, а имал право да ги побара и сите сторени трошоци во корист на оставината. За да може да ги добие, надомест за трошоците имал *ius retentionis* врз оставината. По литисконтестацијата одговарал за секое сторување за кое е утврдена негова вина. Несовесниот државел, *possessor malae fidei*, имал обврска да ја реституира и евентуалната добивка од оставината и пред литисконтестацијата. Требало да ги врати и потрошените, но и плодовите кои пропуштил да ги собере. После литисконтестацијата, несовесниот државел бил одговорен и за штетите кои настанале случајно.

Посебно, за тестаменталните наследници[30] било резервирано и *missio*

[27] Ист е и хронолошкиот развиток на сопственичката и наследничката тужба. За време на легисакционата постапка, таа се одвивала во облик на sacramento in rem (тужителот и тужениот тврделе дека имаат наследно право). Подоцна, тужениот не морал да тврди дека тој е носител на наследно право. Види Marijan Horvat, op.cit.,160

[28] Јустинијановото законодавство, како тужен го признава и фиктивниот државел. Ако тужителот го докажел своето наследно право, по пат на *interdictum quam hereditatem*, на тужениот му било налагано да ги предаде стварите на оставината на тужителот.

[29] Сите ствари кои биле дел од оставинската маса во моментот на делацијата, односно нивна парична противвредност.

[30] Елаборираното правно средство можеле подеднакво да го користат и тестаменталните и интестатските наследници. Но, со оглед на историската условеност на особеностите на интестатските наследници, за време на хонорарното право, на преторските наследници (*bonorum*

in possessionem, со кое стекнувале владение врз оставината. Единствен услов кој требало да биде исполнет, бил тестаментот да биде отворен според строго определените правила за отворање на тестаментот[31].

Заклучок

Познавачите и истражувачите на старото, но сè уште ненадминато римско право, несомнено ќе се сложат околу констатацијата дека речиси и не постои правна област што Римјаните разработена ја оставиле во наследство на човештвото, која од современа перспектива не е интересна за понатамошно проучување, користејќи ги темелите на нивните сознанија.

Причината заради која овој труд се занимава со наследното право, пред сè се должи на фактот што изворите на римското право нудат широка лепеза на податоци од кои може да се добие јасна слика за поставеноста на наследно-правните институти во римското право, што уште еднаш ќе го потврди континуитетот во развитокот на оваа правна гранка и нераскинливата врска со поставеноста на позитивните наследни системи, особено во земјите од континенталното правно семејство, кои се сметаат за наследници на римската правна традиција[32]. Една ваква доследна анализа, дотолку повеќе е показател на причинско-последичните врски кои играат клучна улога во откривањето на насоката во која се развиваат наследно-правните институти, што од своја страна е вистинската вредност на еден научен труд од областа на историско-правните науки: можноста за научна предикција.

Во оваа смисла, современата димензија на овој труд може да се согледа во анализата на состојбите од конкретната област во позитивното право на Република Македонија и Република Србија, со оглед на фактот дека во двете

possessores) им припаѓале посебни средства за заштита на наследните права. Имено, тие можеле да употребат *intredictum quorum bonorum*, кој им обезбедувал бонитарна сопственост врз поединечните ствари од оставината. Ваков интердикт можел да биде употребен како против држателите *pro possessore* и *pro herede*, така и против цивилните наследници кои не биле преторски во исто време. Со протекот на пропишаниот рок за одршка и бонитарните, станувале квиритски сопственици.

Воедно, за нив биле достапни и сингуларните тужби на оставителот во својство на *actiones utiles*. Исчезнувањето на разликите меѓу цивилните и преторските наследници, довеле до можноста обете категории да можат да ја користат *hereditatis petitio*, со која ја побарувале оставината како универзални сукцесори. Единствената разлика е во тоа што за преторските наследници таа била *actio utilis*, позната под називот *possessoria hereditatis petitio*

[31] Види погоре *apertura testamenti*

[32] За поделбата на правни семејства види повеќе: Мирјана Поленак-Аќимовска. *Некои аспекти за системот на граѓанското право*: Зборник во чест на Никола Сотировски и Владимир Кратов (Скопје: Правен факултет, 2001). 244–245; Обрад Станојевић. Емилија Станковић. *Савремени правни системи(* Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.2010). 21 како и Srđan Šarkič. Dragoljub Popović.*Veliki pravni sistemi i kodifikacije* (Beograd: Izdavačka kuća „Draganić“.1996)

земји на повидок се извесни измени кои се резултат на изработката на граѓански законици.

Покрај сето горенаведено, во прилог на актуелноста на избраната тема, сепак не треба да се заборави на извонредното значење што Римјаните го придавале на наследувањето и начините за негова реализација низ вековите на своето постоење. Силно врзани со настојувањето да се наследи семејниот култ и општествена положба[33], прашањата за начинот и видовите наследувања, биле секојдневна преокупација на римското општество. И се чини сосема оправдано, бидејќи оваа исклучително суптилна и сензитивна материја која завлегува пред сè во семејните односи меѓу субјектите, не изгубила од својата актуелност и денеска.

Затоа, за да се најде идеалното решение во регулирањето на наследно-правните односи, потребни се многу пошироки познавања како за општествено-економските и семејните констелации, така и за бројни етички прашања пред кои е исправен современиот свет во кој науката ги поместува границите на возможното.

Користена литература:

Андреев, Н, Михаил. *Римско частно право.* Софија: Државно издателство „Наука и изкуство“ 1958.

Baron, I. *Institucije Rimskoga prava*. Zagreb: K.N. Bibliografski Zavod, D.D.,1925.

Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law* - New Series, Vol. 43, Part 2. Philadelphia: The American Philosophical Society,1953 (Reprinted 1980 and 1991);

Boras, M. и Margetic, L. *Rimsko pravo*. Zagreb: PFZ biblioteka udzbenici i skripta, 1980

Borkowski, A.: *Textbook on Roman Law (3rd ed.),* 1997.

Борковски, Ендру и ду Плесис, Пол. *Учебник по римско право*. прев. Елена Витанова 3 изд, Скопје: Просветно дело АД, 2009 208.

Buckland ,W. W.: *Textbook of Roman Law* (3rd ed.), 1963.

Бучковски, Владо. „Римското и современото заложно право.“ Дис, Правен факултет, Скопје,1998

33 Ваквиот однос на старите Римјани кон семејниот култ, семејното огниште и семејната традиција, помалку ги разликува од поимањето на современиот свет за наследувањето. Имено, на почетокот идејата за наследување на Римјаните се врзувала за обезбедување на потомци кои ќе ја продолжат семејната лоза, но подоцна овој став преоѓа во она што современиот свет го подразбира под наследување: преоѓање на имотот од оставителот на наследниците

Bujuklić, Žika. *Forum Romanum – Rimska drzava, pravo, religija i mitologija.* Београд: Правни факултет у Београду – Библиотека „Приручници“, Центар за публикација – „Досије“, 2005.

Burdick, W.L. : *The principles of roman law and their relation to modern law.* Clark, New Jersey: The Lawbook, Exchange LTD, 2004

Danilović, Jelena , Stanojević Obrad. *Tekstovi iz rimskog parva.* Beograd,1993

Eisner, Bertold и Marijan, Horvat. *Rimsko pravo.* Zagreb:Nakladni zavod Hrvatske;, 1948.

Gordley, James. *Faundations of Private Law – property, tort, contract, unjust enrichment*. New York: Oxford University Press, 200

Horvat ,Marijan. *Rimsko pravo* (deseto izdanje). Zagreb: Školska knjiga,1980.

Хвостов ,В:М. *Система римского права.* Москва:Спарк, 1996.

Jovanović, M. *Komentar Starog rimskog Ius civile (Knjiga druga: Lex XII tabularum – I-VI).*Ниш: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nisu, 2007.

Маленица, Антун. *Римско право* (друго измењено и допуњено издање); Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 1996.

Машкин, Николај Александрович. *Историја на Стариот Рим.* Скопје: Зумпрес (Библиотека Универзум), 1995.

Moyle, J.B. *The Institutes of Justinian*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Union, 2002

Nicholas, Barry. *An Introduction to Roman Law* - Clarendon Law Series; Oxford University Press; Oxford – 1962 (Hardback), 1975 (Papaerback).

Николас, Бери. *Вовед во римско право*. со предговор, ревидирана биографија и речник со латински поими од Ернест Мецгер. прев. Наташа Алексовска, Рената Георгиевска, Билјана Митовска, Скопје: Просветно дело, 2009.

Обрад Станојевић. Емилија Станковић. *Савремени правни системи,* Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.2010.

Поленак-Аќимовска, Мирјана, Бучковски Владо. *Избор на текстови од римското право* (IV издание).Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, УКИМ, 2008.

Поленак-Аќимовска М., Бучковски В, Наумовски Г. *Универзалноста на римското право (едукација, правни системи, европско право)*. Скопје „Жива антика“, Институт за класични студии, Филозофски факултет, 2007.

Пухан, И. . Поленак-Аќимовска, М. *Римско право* .Скопје: Универзитет „Кирил и Методиј“, 1991.

Romac, A. *Rimsko pravo.*Zagreb: PFZ (Biblioteka: Udžbenici i skripta);

Salkowski Carl e. E. Whitfield. *Institutes and History of Roman Private Law With Catena of Texts* (Hardcover); Lawbook Exchange Ltd, 2008

Srđan Šarkič. Dragoljub Popović.*Veliki pravni sistemi i kodifikacije,*Beograd:

Izdavačka kuća „Draganić".1996

Stein, P. *Roman Law in European History.* Cambridge: University Press, 199

Watson, Alan. *Roman Law and Comparative Law*.Athens and London: The University of Georgia Press, , (Paperback - 30 Jun 1991).

Вотсон, Алан: *Правни Трансплaнти (Приступ упоредном праву).* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Институт за упоредно право, 2000.

Зборник во чест на Иво Пухан. Скопје: Правен факултет, 1996.

Зборник на трудови од Меѓународниот симпозиум: *„Современото право, правната наука и јустинијановата кодификација" – Том I и II.* Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први" при УКИМ, 2004.

Зборник на трудови: *Јавно и приватно право – 50 години од Универзалната декларација за човекови права*. Скопје: Правен факултет; УКИМ, 1998.

Зборник во чест на Никола Сотировски и Владимир Кратов, Скопје: Правен факултет, 2001

Zimmerman, R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today.*Oxford: University Press 1999

Prof. Dr.sc Goce Naumovski[34]
Assoc. Prof. Dr.sc Esin Kranli Bajram[35]

SOME ISSUES RELATED TO THE ACQUISITION OF INHERITANCE IN ROMAN LAW

Summary

The core interest of this paper comprises of elaborating on several legal postulates which may occur while exercising one's subjective inheritance rights. Namely, the Roman law, judging from the primary sources, provides us with a clear picture of several legal situations, which are probable to ensue, prior to the final transfer of the inheritance rights from the testator to the inheritor.

Taking into consideration the fact that the Roman law research frequently dwells on the basis for inheritance, lines of hereditary succession, wills or compulsory share of inheritance, the authors of this paper believe that due diligence must be exercised to these seldom studied legal inheritance postulates.

Therefore, on this occasion an analysis will be made of: ***transmissio delationis****,* ***ius accrescendi collatio bonorum, aditio bonorum, beneficium abstinendi, beneficium inventarii*** *and* ***beneficium separationis,*** *which will serve to find the place and the meaning of the aforementioned notions as seen through the prism of the procedure for receiving inheritance and possible consequences which may occur as a result of separate processes.*

Key words: *inheritance rights, transmissio delationis, ius accrescendi collatio bonorum, aditio bonorum, beneficium abstinendi, beneficium inventarii, beneficium separationis.*

[34] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[35] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Мишо Докмановиќ[1]

ПОВТОРНО СОЈУЗНИЦИ – НАДВОРЕШНАТА ПОЛИТИКА НА САД И ГРЦИЈА ЗА ВРЕМЕ НА СТУДЕНАТА ВОЈНА

УДК: 327(73:495)"1945/1990"
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Трудот е фокусиран на анализа на надворешната политика на САД спрема Грција за време на Студената војна. Авторот ги анализира клучните пресвртници во билатералните односи и се обидува да даде одговор на прашањето кои настани и процеси ја дадоа главната насока на развојот на американската надворешна политика спрема Грција.

Во таа насока, авторот сугерира дека Грција беше главниот сојузник на САД на Балканот, а Трумановата доктрина ја даде главната насока на развојот на меѓусебните односи во овој период. Покрај тоа, трудот го разгледува и влијанието на кипарското прашање, како и воената хунта во создавањето на антиамериканско расположение во земјата.

Клучни зборови: *САД, Грција, надворешна политика, меѓународни односи, Балкан.*

„Вистината е дека ниту чистиот ројализам, ниту чистиот комунизам имаат многу следбеници во Грција денес. Но, двата добиваат на сила, опасна за да биде целосно занемарена од сомневањата кои се присутни и се зголемуваат од една страна, кај имотните демократи и од друга страна, помеѓу безимотните демократи кои се гладни, бескуќни и вооружени".

Линколн Меквиг,
американски амбасадор во Атина,
декември 1944 година

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први", Универзитет „Св. Кирил и Методиј" во Скопје.

Вовед

САД и Грција имаат долга традиција на односи која датира уште од првата половина на XIX век. Интересот на САД за Балканот и Грција доживеа невидена трансформација во XX век. Грција беше дел од оние држави кои интензивно ја користеа американската финансиска помош и дипломатска заштита, а во главните конфликти САД и Грција секогаш беа на истата страна.

Иако САД, со мали исклучоци, беа релативно незаинтересирани за настаните во Европа пред почетокот на Втората светска војна, по завршувањето на војната дојде до значителни промени. Исходот на војната, потребата од реконструкција, но и почетоците на блоковската поделеност целосно ги променија дотогашните односи на континентот, а токму прашањето на Грција претставуваше првиот поголем предизвик за американската надворешна политика во Студената војна. Генезата на билатералните односи помеѓу Вашингтон и Атина е дополнително релевантна и за Македонија особено во контекст на клучниот надворешнополитички предизвик – надминувањето на разликата околу името.

Од тие причини во овој труд ќе ги анализираме главните карактеристики на американско-грчките односи во периодот од 1945 до 1990 година.

Трумановата доктрина и Грција

Се чини дека четириесеттите години ја дадоа главната насока на развојот на грчко-американските односи во XX век. САД се потпираа на британската заштита на Грција и Турција од Советскиот Сојуз сè до крајот на Втората светска војна. Меѓутоа, во текот на 1946 година стана јасно дека економијата на Велика Британија немаше капацитет да ја овозможи потребната воена и економска помош за Грција и тоа ја наметна потребата од инволвирање на САД.[2] Во таа насока, во периодот по Втората светска војна, Грција стана „клучен полигон за тестирање“ на улогата на САД во новата констелација на односите.[3] Исходот на Втората светска војна, Граѓанската војна во земјата, како и заканата од комунизмот, претставуваа главните фактори кои го детерминираа развојот на грчко-американските односи во втората половина на XX век.

Како што беше случај и во останатите балкански држави, во периодот непосредно по крајот на Втората светска војна, и во Грција беа закажани избори чија цел беше легитимирањето на новата власт. Во оваа земја изборите

[2] J. Mearsheimer, *The Tragedy of Great Power Politics,* (New York, W. W. Norton & Company 2003) стр. 323–324.

[3] A. Iatrides, ‘Reviewing American Policy Toward Greece: The Modern Cassandras’, in: T. Couloumbis, J. Iatrides, *Greek American Relations – A Critical Review,* (Athens Printing Company, 1980) стр. 11.

беа закажани за март 1946 година. Покрај тоа, изборите беа значајни и за САД и Велика Британија – од успешноста на изборниот процес зависеше и повлекувањето на британска армија и транзицијата на власта. Паралелно со овој процес, во септември истата година беше одржан референдум на кој беше реставрирана монархијата во Грција. Левоориентираните политички сили во земјата ги бојкотираа изборите.

Сепак, имајќи ги предвид сите овие настани и процеси, ниту изборите, ниту враќањето на кралот Јоргос II ја стабилизираа земјата. Есента 1946 година започна Граѓанската војна во Грција која траеше до 1949 година.

Овие настани ја преокупираа и американската администрација, а грчката граѓанска војна се трансформираше во прво „бојно поле" на Студената војна. Најавеното повлекување на британската помош за Грција и Турција се чини имаше големо влијание врз развојот на концептот кој подоцна стана познат како Труманова доктрина. Дополнителен момент во целата ситуација беше поддршката на Тито за комунистичкото движење во Грција и според Лафабер, неговата желба да вклучи делови на Грција во идната балканска федерација.[4]

Труман и неговиот близок соработник Дин Ачисон, во британското повлекување видоа историска можност да му се спротивстават на Советскиот Сојуз. Според Ачисон, американското вклучување не произлезе од британското повлекување, туку од тенденцијата за задржување на комунизмот.[5] Тој беше главниот архитект на Трумановата доктрина.

Имајќи ја предвид целата ситуација која се создаде, од една страна Граѓанската војна во Грција, а од друга страна со помошта која им доаѓаше на грчките комунисти од соседните држави, грчкото прашање беше покренато пред ОН. Согласно со членот 11 од Повелбата на ОН, беше создадена ситуација која претставуваше закана за меѓународниот мир и безбедност и како резултат на тоа, грчкото прашање беше покренато пред Советот за безбедност и Генералното собрание на ОН. Беше формиран Специјален комитет за Балканот (United Nations Special Committee on the Balkans – UNSCOB), во кој Албанија, Бугарија и Југославија одбија да учествуваат со што, во најголем дел, работата на комисијата се сведе на издавање на резолуции и препораки. На 5 мај 1947 година овие три држави ги информираа ОН дека не можат да им дозволат влез на членови на комисијата во функција на проверка на грчките обвинувања.[6] На 25 јуни 1947 година Советот за безбедност на ОН беше известен дека Југославија, Бугарија и Албанија им даваат поддршка на антивладините активности во Грција.[7] Тоа

---

[4] W. LaFeber, *The American Age: United States Foreign Policy at Home and Abroad (1750 – to the Present),* (New York, WW Norton&Company, 1994) стр. 476.

[5] Idem, p. 477.

[6] J. Kalvoda, *Titoism and Masters of Imposture.* (New York, Vantage Press 1958) стр. 41.

[7] М. Докмановиќ, *Право и политика во Македонија: 1946 – 1953*, (Скопје, ИСИЕ 2010) стр. 113.

претставуваше составен дел од пристапот на комунистичките влади на Албанија, Бугарија и Југославија кои континуирано ги поддржуваа грчките комунисти во војната која се водеше во оваа земја.[8]

Како резултат на тоа, американската администрација заземе проактивен став во однос на состојбите во Грција. На 12 март 1947 година во обраќањето пред Конгресот, претседателот на САД, Труман, ги постави основите на т.н. Труманова доктрина, односно новиот пристап во американската надворешна политика по прашањето на комунизмот во светот. Оваа пресвртна точка во американската надворешна политика произлезе од состојбата во Грција, но и во Турција. Во своето обраќање, претседателот Труман нагласи дека „опстанокот на грчката држава е под закана на терористички активности на неколку илјади вооружени луѓе водени од комунистите" и во тој правец ја изрази подготвеноста на САД да им помогне на „слободните народи да ги одржат своите слободни институции и нивниот национален интегритет против агресивни движења насочени кон воспоставување на тоталитарни режими". Тој потенцираше дека САД се ангажирани во глобална битка помеѓу два различни начини на живот[9]. Како резултат на тоа, претседателот Труман побара одобрување на помош во износ од 400 милиони долари, како и распоредување на американски цивилни и воени инструктори во овие земји. Трумановата доктрина беше првиот одговор на советската закана,[10] а склучувањето на т.н. Бриселски договор[11] беше втората.[12] Со други зборови, преку Трумановата доктрина, САД како „лидер на слободниот свет" се заложија за поддршка на капиталистичките земји во судирот со комунизмот. Една година по објавувањето на Трумановата доктрина, во Грција за првпат допатува и американски државен секретар. Џорџ Маршал беше првиот

[8] G. C. Herring, *From Colony to Superpower: US Foreign Relations since 1776* (Oxford University Press 2008) стр. 614.

[9] „Едниот начин на живот е втемелен на волјата на мнозинството и се препознава по слободните институции, претставничката влада, слободните избори, гаранции за индивидуалната слобода, слободата на говор и вероисповед и слобода од политички прогон. Вториот начин на живот се темели на волјата на малцинството насилно наметната на мнозинството. Тој се потпира на терор и прогон, контролиран печат и радио, наместени избори и ограничување на индивидуалните слободи". Види: Yale Law School – The Avalon Project. (2008). *President Harry s. Truman's Address before a Joint Session of Congress, March 12, 1947.* [online]. Достапно од: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/trudoc.asp [пристапено на 15 јануари 2009].

[10] Во говорот кој Труман го одржа пред Конгресот, Советскиот Сојуз не беше спомнат експлицитно.

[11] Бриселскиот договор беше склучен во 1948 година помеѓу Велика Британија, Франција, Белгија, Холандија и Луксембург. Со него беше формиран заеднички одбранбен сојуз на овие земји и подоцна водеше кон склучување на НАТО и формирањето на Западноевропската унија.

[12] US House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, European Problems, Committee and Subcommittee Hearings, Briefings and Study Mission Reports, Selected Executive Session Hearings of the Committee, 1951-1956, Washington, DC, US Government Printing Office, 1980, p. X.

американски државен секретар кој ја посети оваа земја во октомври 1948 година.[13]

По објавувањето на Трумановата доктрина, се појавија различни реакции во американската јавност. Самата доктрина имаше и голем број опоненти. Познатиот колумнист Волтер Липман го критикуваше премногу општите формулации на доктрината. Покрај тоа, голем број критичари правилно укажаа дека Грција е повеќе репресивна монархија, отколку демократија. Постоеше и стравување дека САД преку имплементацијата на доктрината, директно ќе се вклучат во Граѓанската војна во Грција[14].[15]

Трумановата доктрина имаше и мотивирачка улога за американската јавност која во овој период првенствено беше загрижена за економските проблеми. Од Трумановата доктрина американските граѓани почнаа сè повеќе и повеќе да се интересираат за надворешно-политичките прашања. Елементите на доктрината беа присутни во реториката на сите американски претседатели до Роналд Реган, а сенаторот Фулбрајт во седумдесеттите години на XX век сугерираше дека „ниеден друг фактор како антикомунизмот на Трумановата доктрина не претставуваше водечка насока на американската надворешна политика по Втората светска војна“.[16]

Според Јатридес, во периодот непосредно по крајот на војната, американската надворешна политика во Грција имаше 4 главни цели: (1) концентрирање на власта во широка коалиција на антикомунистички лидери кои ќе бидат способни да воспостават правен поредок и макар привид на демократска власт; (2) трансформација на неефикасните и политизирани државни агенции во непристрасни инструменти на економската реконструкција и општествениот прогрес; (3) обезбедување на економска и техничка помош потребна за обнова на земјата и создавање на основи за економски развој, и (4) подобрување на моќта и способноста на грчката армија за брз пораз на комунистите.

Во тој контекст, треба да се нагласи улогата која ја играше тогашниот американски амбасадор во Атина, Хенри Грејди, кој ја притискаше коалиционата влада да ги надмине своите несогласувања и да ги исполнува инструкциите на американската амбасада.[17]

Кон крајот на 1947 година, американските власти започнаа да ги разгледуваат можностите за испраќање на американски сили во Грција, но оваа

---

[13] По Маршал, Грција ја посетија и државните секретари Далс, Хертер, Раск, Роџерс, Венс, Хег, Шулц, Кристофер, Олбрајт, Рајс и Клинтон.

[14] Herring G. C., op.cit, 7, стр. 614–616.

[15] И самиот Труман имаше изјавено дека „владата на Грција не е совршена..., таа има свои грешки”. Види: T. Smith, *America’s Mission: The United States and the Worldwide Struggle for Democracy in the 20th Century* (Princeton, Princeton University Press 1995) стр. 120.

[16] J. W. Fulbright, *The Crippled Giant* (New York 1972) стр. 7–14.

[17] J. O. Iatrides, ‘The United States and Greece in the Twentieth Century’, in: T.A. Couloumbis, T. Kariotis, F. Bellou, *Greece in the Twentieth Century* (New York, Frank Cass 2004) стр. 78–81.

идеја набрзо беше напуштена како резултат на судирот меѓу Тито и Сталин во првата половина на 1948 година. Резолуцијата на Информбирото го принуди Тито да ретерира во однос на инволвираноста во Граѓанската војна во Грција. Според изјавата на помошник-државниот секретар на САД, Перкинс, повлекувањето на југословенската поддршка на сили на ДАГ во Грција, заедно со помошта од САД, претставуваше примарен фактор за крајот на војната во оваа земја.[18] Консеквентно на тоа, американската помош на Грција имаше големо влијание врз резултатот од Граѓанската војна. Со оглед на фактот дека македонското население масовно се бореше на страната на ДАГ, поразот на овие сили во Граѓанската војна имаше големи последици и за оваа популација. Околу 20 илјади Македонци го загубија животот, а преку 60 илјади Македонци и Грци (од кои 28 илјади деца) беа принудени да емигрираат во источноевропските земји.

Американско-грчките односи во педесеттите години на XX век

Развојот на билатералната соработка со Грција продолжи и по 1949 година. Во периодот од 1949 до 1974 година за Грција големиот предизвик се состоеше во развојот на демократските институции. Во таа насока, во овој период САД им доделуваа помош и на републиканските и на реакционерните елементи во земјата.

Сепак, САД на некој начин не ја сфатија природата на предизвикот во оваа земја. Тие ѝ помогнаа на Грција финансиски и воено да одговори на новите предизвици[19], да ја реорганизира армијата, а резултатите веќе беа повеќе од видливи. Но, од друга страна, развојот на демократските институции и процедури во земјата речиси целосно беше запоставен. Не треба да се заборави дека во текот на педесеттите години, дипломатските претставници на САД активно беа инволвирани во внатрешно-политичките прашања на Грција и си земаа слобода да ги насочуваат политиките и одлуките во насока на постигнување на „прозападна стабилност“.[20]

Во овој период, САД активно интервенираа во внатрешните прашања на Грција вклучувајќи ги и изборите. Тоа особено кулминираше на изборите во ноември 1952 година кога американскиот амбасадор инсистираше да биде воведен мнозински систем со што ѝ овозможи на партијата на генералот Александар Папагос, „Грчко движење“, да освои 247 од 300 места во грчкиот парламент. На САД ѝ одговараше конзервативна влада која имаше намера да ја

[18] US House of Representatives, Hearings before the Committee on Foreign Affairs, Yugoslav Emergency Relief Assistance Act of 1950, US Government Printing Office, Washington, 1950, стр.2.

[19] Шефот на американската мисија за помош во Грција имаше репутација на „најмоќен човек во државата”.

[20] T.A. Couloumbis, J.A. Petropulos, H.J. Psomiades, H. J., *Foreign Interference in Greek Politics: An Historical Perspective* (New York: Pella Publishing Company, 1976) стр. 123.

интегрира земјата во западниот свет.

Во секој случај, можеме да констатираме дека Грција недвосмислено ја одбра страната во Студената војна уште во нејзината прва фаза, а американско-грчките односи во овој период се развиваа во рамките поставени од Трумановата доктрина. Само неколку години по почетокот на Студената војна, а како резултат на научените лекции, во 1952 година Турција и Грција беа вклучени како членки на НАТО.[21] Во таа насока, во овој период во повеќе наврати американскиот државен секретар Дин Ачисон ги потенцираше позитивните ефекти од вклучувањето на Грција во алијансата. По зачленувањето во НАТО, во 1953 година Грција го потпиша и Договорот за статусот на силите кој на американските војници и членовите на нивните семејства им овозможи ексклузивни права, како и екстериторијалност. Американската помош за Грција, заклучно со 1954 година, изнесуваше преку 2 милијарди долари и во голем дел се однесуваше на воените активности за време на Граѓанската војна.

Што се однесува до билатералните односи за време на администрацијата на претседателот Ајзенхауер, не дојде до поголеми промени. Како што во повеќе наврати потенциравме, за регионалните односи големо влијание имаше смртта на Сталин, по која, новото советско раководство сакаше да ги обнови односите со Југославија и Грција.[22] Односите и понатаму се развиваа во претходно утврдената рамка, а Грција и понатаму претставуваше клучен американски сојузник во источниот Медитеран.

По смртта на Папагос (1955), за премиер беше избран Константин Караманлис за чиј избор постоеја поголем број шпекулации дека беше направен под влијание на САД.

За време на мандатот на Ајзенхауер, Грција беше единствената земја која одби да учествува на Лондонската конференција за решавање на статусот на Суецкиот Канал поради негативното јавно мислење за Велика Британија.[23] Грција беше дел од Програмата за поддршка во одбраната (Defense Support Program) за време на Ајзенхауер.[24] Покрај тоа, Грција активно ја поддржа доктрината на Ајзенхауер која беше насочена против советското навлегување на Блискиот Исток преку овозможување на американска помош за потенцијалните жртви.

Двајт Ајзенхауер беше првиот американски претседател кој ја посети Грција во декември 1959 година.[25] За време на посетата, на претседателот Ајзенхауер му беше поставено прашање за можно повлекување на Шестата флота

---

[21] Herring G. C., op.cit, 7, pp. 645–646.

[22] Idem, p. 658.

[23] D.E. Eisenhower, (1965) *The White House Years: Mandate for Change: 1956-1961* (Doubleday&Company Inc. 1965) стр. 42–43.

[24] Idem,pp. 145.

[25] Претседателот Ајзенхауер се обрати во грчкиот парламент, а Атина ја напушти на брод кон следната дестинација – Тунис.

од Грција, на кое тој одговори „додека јас сум на функција, флотата ќе биде во тие води и заради американската загриженост за безбедноста на регионот".[26] Во текот на педесеттите години дојде и до определени активности во врска со емиграцијата. Со оглед на фактот дека миграцијата во САД по Втората светска војна беше ограничена, претседателот Ајзенхауер побара од Конгресот да биде донесе Закон за вонредна миграција за прием на 120 илјади Европејци во следните две години, вклучително и 20 илјади Грци.[27]

Континуитетот во билатералните односи продолжи и за време на администрацијата на претседателот Кенеди. Во 1961 година премиерот Константин Караманлис беше примен од страна на претседателот Кенеди во Белата куќа што симболизираше можеби највисоко ниво во билатералните односи дотогаш. Во контекст на настаните кои се случија во 1967 година, ќе го спомнеме фактот дека уште во текот на 1963 година амбасадата на САД го извести премиерот Караманлис дека група на армиски офицери се подготвува да ја преземе власта во земјата.[28]

Влијанието на кипарското прашање и воената хунта

Новата ера во билатералните односи започна во 1964 година со доаѓањето на власт на Јоргос Папандреу. Новата влада започна отворен судир со сите традиционални американски сојузници во земјата: конзервативците, дворот и воената хиерархија. Исто така, во САД имаше промени на врвот. Како резултат на извршениот атентат во Далас, претседателот Кенеди го загуби животот, а по сила на Уставот, функцијата претседател ја извршуваше дотогашниот потпретседател Линдон Џонсон. Во контекст на неговото искуство со надворешнополитичките прашања, еден новинар го опиша Линдон Џонсон како „крал на реката, но странец на отворено море".

Главниот предизвик во односите меѓу двете земји во периодот на оваа администрација, беше кипарското прашање. Паралелно со промените кои се случија на грчката политичка сцена, почна да ескалира состојбата на Кипар кој стекна независност во 1960 година. Во функција на избегнување на потенцијален судир помеѓу Грција и Турција, САД го подготвија т.н. „план на Ачисон".[29] Ситуацијата во Кипар започна да се усложнува. Во јуни 1964 државниот

[26] Eisenhower, op.cit, 22, стр. 506.

[27] Idem,p.216.

[28] М. Докмановиќ, *Балканот и американската дипломатија во XX век,* (Правен факултет Скопје, 2015) стр. 188.

[29] Планот на Ачисон беше доставен во пролетта 1964 година. Овој договор предвидуваше отстапување на островот на Грција, отстапување на еден грчки остров на Турција, изградба на турска воена база на островот, како и целосна самоуправа во деловите каде живееше турско население.

секретар Дин Раск упати остро писмо до турските власти со предупредување дека САД нема да ѝ помогне на Турција доколку таа реши да го нападне Кипар, а СССР се замеша.

Сепак, Кипар никогаш не претставуваше значајно прашање за администрацијата на Линдон Џонсон. Како една од главните заслуги на Џонсоновата администрација, често се наведува и спречувањето на потенцијалната војна меѓу Турција и Грција.[30] Претседателот Џонсон имаше принципиелен став за поддршка на државите на периферијата, како Грција и Турција („Вашингтон мора да ги поддржи своите пријатели во Анкара и Атина").[31] Дополнително, претседателот не беше расположен за радикална акција пред ноемвриските избори во 1964 година.[32]

Политичката состојба во Грција и понатаму продолжи да се влошува. Премиерот Папандреу поднесе оставка во јули 1965 година како резултат на неможноста да го натера кралот да го разреши министерот за одбрана. Со тоа беше започнат подолг период на нестабилност кој кулминираше со државниот удар кој беше изведен во 1967 година. Воениот удар на полковниците беше изведен на 21 април 1967 година. Кралот ја напушти земјата и побегна во Италија, Караманлис подолг временски период се наоѓаше во странство, а останатите водечки грчки политичари беа уапсени. Воената хунта беше на власт во Грција сè до 1974 година.

На некој начин американската политика спрема Грција во периодот од 1967 до 1974 година се темелеше на една „болна дилема" – изборот беше помеѓу поддршката на демократските институции и одржувањето на стратешките бази на грчката територија.[33] ЦИА и американската амбасада беа во контакт со воените лица кои го изведоа државниот удар, но немаше никакви докази дека САД на било кој начин беа инволвирани во организацијата на државниот удар. Се чини дека и кралот Константин и САД беа изненадени од државниот удар во оваа земја.

За тезата дека САД не беа инволвирани во настаните во Грција, говори и податокот дека Стејт департманот ги суспендираше дипломатските односи со новиот режим и се држеше на дистанца сè до јануари 1968 година. Од друга страна, во текот на 1968 година, администрацијата во заминување на претседателот Џонсон се трудеше да биде пасивен посматрач на состојбите

[30] R. Dallek, 'Lyndon Johnson as a World Leader' In: Brands, H. W., (1999) *The Foreign Policy of Lyndon Johnson Beyond Vietnam* (Texas A&M University Press, 1999) стр. 7.

[31] D. Little, 'Lyndon Johnson, the Arabs and the 1967 Six-Day War' in: H. W. Brands, *The Foreign Policy of Lyndon Johnson Beyond Vietnam,* (Texas A&M University Press 1999) стр. 149.

[32] W. I. Cohen, N. B. Tucker, *Lyndon Johnson Confronts the World: American Foreign Policy, 1963 – 1968,* (Cambridge University Press 1994) стр. 285.

[33] T. Couloumbis, Defining Greek Foreign Policy Objectives, in: T. Couloumbis, J. Iatrides, *Greek American Relations – A Critical Review* (Athens Printing Company 1980) стр. 199.

во Грција. Тоа во најголем дел се должеше на фактот дека потенцијалното соборување на воената хунта би резултирало во политички хаос и можна граѓанска војна.[34]

Со други зборови, официјален Вашингтон немаше алтернатива на продолжувањето на односите кои од 1968 година продолжија со речиси идентичен интензитет како и порано. Вашингтон одржуваше односи со авторитарната власт на полковниците во Грција и покрај постоењето на евидентни докази за кршење на човековите права, пристап кој немаше голема поддршка во грчката јавност.[35] Овој пристап беше предмет на критика од следните американски претседатели. Така, на пример, претседателот Клинтон во контекст на ова прашање во ноември 1999 година сугерираше „кога хунтата ја презеде власта... САД дозволија нејзините интереси во водењето на Студената војна да преовладаат над нејзините интереси – би рекол обврски – да ја поддржат демократијата“.

За разлика од Џонсон, администрацијата на Никсон заземе сосема спротивен став. Тоа беше последица на „геополитичкиот пристап“ на администрацијата на Никсон, а особено Кисинџер, за кого Грција играше значајна улога. И покрај негативното расположение на американската и европската јавност[36] и Конгресот, оваа администрација ја третираше воената хунта сосема „реалистички“ – како пријател и сојузник на САД. Потпретседателот на САД, Спиро Агњу, и секретарот за трговија, ја посетија Грција во овој период демонстрирајќи дека постојат блиски односи на соработка. САД очигледно го искористија моментот да обезбедат лукративни договори за своите компании, како и за обезбедување на големи ресурси и можности за потребите на американската Шеста флота.

Во „годината на Европа“, како што Хенри Кисинџер ја нарече 1974 година, САД се соочија со нов предизвик во односите со Грција и Турција. Со ерупцијата на конфликтот на Блискиот Исток[37], овие две земји не заземаа идентичен став со САД – тие дури и одбија да им дозволат на САД да го користат нивниот воздушен простор за летовите кон Израел.

Во мај 1974 година Стејт департманот прими информација дека грчката воена хунта се подготвува да изврши државен удар на Кипар. Имајќи предвид дека САД имаа информации за ова можно сценарио, официјалните лица беа предупредени од страна на амбасадорот Таска да не преземаат таков потег. Сепак, во јули 1974 година беше извршен државен удар на Кипар и беше

[34] Iatrides, op.cit. 16, 93.
[35] Smith, op. cit. 14, 209.
[36] Поради диктатурата, Грција беше принудена да се повлече од членството во Советот на Европа.
[37] Станува збор за преговорите во врска со склучувањето на договори за примирје помеѓу Израел од една и Египет и Сирија од друга страна, со цел за завршување на Јом Кипурската војна (1973).

соборен од власт претседателот на земјата, архиепископот Макариос. Турција веднаш реагираше на овој тек на настаните и изврши инвазија на Кипар. Овој драматичен тек на настаните резултираше во отворен воен судир на Кипар, но и соборување на воената хунта во Грција на 23 јули 1974 година. Беше формирана влада на национално единство под раководство на поранешниот премиер Константин Караманлис, а членовите на воената хунта беа обвинети и осудени за предавство во судски процес.

Развојот на односите по 1974 година

Настаните кои се случија на Кипар, влијаеја драматично на билатералните односи помеѓу САД и Грција во текот на седумдесеттите години. Беше создадена нестабилност за јужното крило на НАТО и нов предизвик за администрацијата на новиот претседател Форд. Со цел да биде избегнато понатамошното влошување на состојбата, претседателот Форд и државниот секретар Кисинџер, го повикаа Караманлис на разговори во Вашингтон, кои тој ги одби поради состојбата на земјата. САД не го прифати британскиот предлог за бомбардирање на турските позиции, но Турција го прекина понатамошното напредување на 16 август. Како резултат на тоа, Грција ја зафати бран на антиамерикански протести, а Караманлис ги ограничи привилегиите за Шестата флота и побара сите американски бази во земјата да бидат ставени по грчка контрола. Со оглед на ваквиот тек на настаните по 1974 година, во јавното мислење во Грција се манифестираше негативен однос спрема НАТО и САД.[38] Во декември 1975 година беше убиен и шефот на ЦИА во Атина.[39]

Како резултат на одбивањето на Турција да ги повлече трупите од Кипар, Грција донесе одлука да ги повлече своите офицери од НАТО алијансата. Сепак, Грција по понижувањето кое го доживеа на Кипар, не можеше да си дозволи да остане подолг временски период без поддршката на Вашингтон. Администрацијата на Форд ги обнови програмите за воена помош кои беа ставени вон сила за време на хунтата.

Во 1977 година беше склучен Договорот ДЕКА (Defense Collective Agreement – DECA). Со овој договор беше предвидено доделување на помош во износ од 700 милиони долари во период од 4 години за модернизирање на грчката армија (вклучувајќи авиони АВАКС, Ф-4 и Ф-5), како и понатамошно функционирање на четири од седум американски бази во Грција.[40]

[38] Couloumbis, op.cit. 31, 199.
[39] Iatrides, op.cit. 16, 97.
[40] M. Stearns, *Entangled Allies: U.S. Foreign Policy toward Greece, Turkey and Cyprus,* (New York, Council of Foreign Relations Press 1992) стр. 47.

Билатералните односи останаа коректни, но во суштина студени, со оглед на фактот дека беа обременети со кипарскиот конфликт. По парламентарните избори во Грција одржани во 1981 година, на власт дојде Пан-хеленското социјалистичко движење – ПАСОК, чиј лидер беше Андреас Папандреу. Во рамките на кампањата, Папандреу ги обвини претходните влади дека претставуваа инструмент на капиталистичкиот експанзионизам и империјализам предводен од САД.[41]

Се чини дека во првата половина на осумдесеттите години на минатиот век, Папандреу ја користеше секоја можност јавно да ги критикува САД. Во 1983 година Грција стави вето на изјавата за осуда на соборувањето корејскиот патнички авион од страна на советските власти. Паралелно со тоа, ПАСОК го осуди бомбардирањето на либискиот главен град во знак на одговор на финансирањето на тероризмот од страна на оваа земја. Во изјавата беше потенцирано дека Ргановата администрација „го минираше мирот и истовремено ја уништи независноста на државата, во име на наметнување на хегемонија во регионот".[42]

Договорот ДЕКА беше обновен во 1983 година, функционирањето на американските бази продолжи, а соодносот на воената помош на Грција и Турција беше утврден според т.н. формула 7:10.[43] Владата на ПАСОК во периодот 1987 – 1988 година започна да води разговори за склучување на нов ДЕКА договор, но неговото склучување беше пролонгирано до јули 1990 година.

Потпишувањето на договорот за заедничка соработка во одбраната (Mutual Defense Cooperation Agreement) во 1990 уште повеќе ги разви билатералните односи во одбраната и ги постави рамките за развој на долгорочна соработка. Со овој договор на САД им беше овозможено задржување на поморската и воздухопловна база во заливот Суда на Крит, база која имаше големо стратешко значење за американски операции во источниот Медитеран. Во првите пет години преку овој договор на Грција ѝ беше доделена помош во износ од преку 2 милијарди долари.[44]

Заклучок

Континуитетот на добри билатерални односи којшто постоеше помеѓу САД и Грција во првата половина на XX век беше задржан и за време на Студената

[41] Iatrides, op.cit. 16, 98.
[42] Idem, стр. 100.
[43] Тоа практично значеше дека Грција ќе добива 70 % проценти од износот наменет за Турција.
[44] М. Докмановиќ, *Балканот и американската дипломатија во XX век,* (Правен факултет Скопје, 2015) стр. 198.

војна. Сепак, во новите околности, Грција се најде во специфична ситуација во која нејзиното постоење како единствена демократија во Југоисточна Европа беше доведено во прашање. Како резултат на тоа, Грција беше принудена мошне експедитивно да најде замена за дотогашното стратешко партнерство со Велика Британија и Франција овој пат во лицето на новиот глобален играч – САД. Фактот дека Грција избра страна уште во првата фаза на Студената војна, се покажа како исклучително корисно – земјата наскоро беше обезбедена од страна на НАТО, а во целиот период на Студената војна примаше значителна воена помош од страна на САД.

Како што видовме, по Трумановата доктрина Грција беше трансформирана во клучен американски сојузник во регионот. Недвосмислено, оваа доктрина ја даде главната насока на развојот на билатералните односи за време на Студената војна. Во таа смисла, силното партнерство кое беше воспоставено, им овозможи на САД стратешки и воено да ги обезбеди своите интереси во источниот Медитеран.

Сепак, не треба да се заборави дека САД и Грција во периодот кој беше предмет на наш интерес претставуваа сојузници со повремени осцилации особено во контекст на кипарската криза како и периодот на владеење на воената хунта. Односот на американската дипломатија кон кипарското прашање како и одлуката да се продолжат односите со воената хунта создаде определено антиамериканско расположение кое беше присутно во целиот период кој е предмет на наш интерес, но и подоцна.

Библиографија

A. Iatrides, ‘Reviewing American Policy Toward Greece: The Modern Cassandras’, in: T. Couloumbis, J. Iatrides, *Greek American Relations – A Critical Review,* (Athens Printing Company, 1980).

D. Little, ‘Lyndon Johnson, the Arabs and the 1967 Six-Day War’ in: H. W. Brands, *The Foreign Policy of Lyndon Johnson Beyond Vietnam,* (Texas A&M University Press 1999).

D.E. Eisenhower, (1965) *The White House Years: Mandate for Change: 1956-1961* (Doubleday&Company Inc. 1965).

G. C. Herring, *From Colony to Superpower: US Foreign Relations since 1776* (Oxford University Press 2008).

J. Kalvoda, *Titoism and Masters of Imposture.* (New York, Vantage Press 1958).

J. Mearsheiemer, *The Tragedy of Great Power Politics,* (New York, W. W. Norton

& Company 2003).

J. O. Iatrides, 'The United States and Greece in the Twentieth Century', in: T.A. Couloumbis, T. Kariotis, F. Bellou, *Greece in the Twentieth Century* (New York, Frank Cass 2004).

J. W. Fulbright, *The Crippled Giant* (New York 1972).

M. Stearns, *Entangled Allies: U.S. Foreign Policy toward Greece, Turkey and Cyprus,* (New York, Council of Foreign Relations Press 1992).

R. Dallek, 'Lyndon Johnson as a World Leader' In: Brands, H. W., (1999) *The Foreign Policy of Lyndon Johnson Beyond Vietnam* (Texas A&M University Press, 1999).

T. Couloumbis, Defining Greek Foreign Policy Objectives, in: T. Couloumbis, J. Iatrides, *Greek American Relations – A Critical Review* (Athens Printing Company 1980).

T. Smith, *America's Mission: The United States and the Worldwide Struggle for Democracy in the 20th Century* (Princeton, Princeton University Press 1995).

T.A. Couloumbis, J.A. Petropulos, H.J. Psomiades, H. J., *Foreign Interference in Greek Politics: An Historical Perspective* (New York: Pella Publishing Company, 1976) стр. 123.

US House of Representatives, Committee on Foreign Affairs, European Problems, Committee and Subcommittee Hearings, Briefings and Study Mission Reports, Selected Executive Session Hearings of the Committee, 1951-1956, Washington, DC, US Government Printing Office, 1980, p. X.

US House of Representatives, Hearings before the Committee on Foreign Affairs, Yugoslav Emergency Relief Assistance Act of 1950, US Government Printing Office, Washington, 1950.

W. I. Cohen, N. B. Tucker, *Lyndon Johnson Confronts the World: American Foreign Policy, 1963 – 1968,* (Cambridge University Press 1994).

W. LaFeber, *The American Age: United States Foreign Policy at Home and Abroad (1750 – to the Present),* (New York, WW Norton&Company, 1994).

Yale Law School – The Avalon Project. (2008). *President Harry s. Truman's Address before a Joint Session of Congress, March 12, 1947.* [online]. Достапно од: http://avalon.law.yale.edu/20th_century/trudoc.asp [пристапено на 15 јануари 2019].

М. Докмановиќ, *Право и политика во Македонија: 1946 – 1953*, (Скопје, ИСИЕ 2010).

М. Докмановиќ, *Балканот и американската дипломатија во XX век,* (Правен факултет Скопје, 2015).

Prof. Dr.sc Misho Dokmanovic[45]

ALLIES AGAIN – UNITED STATES FOREIGN POLICY AND GREECE DURING THE COLD WAR

Summary

The paper is focused on the analysis of the US foreign policy toward Greece during the Cold war. The author explores the crucial turning points in the bilateral relations and makes an attempt to answer the question which events and processes affected the development of US foreign policy toward Greece.

In that direction, the author suggests that Greece was the key US ally in the Balkans and the Truman doctrine represented the crucial milestone in the bilateral relations during the stated period. Apart from that, the paper examines the issues of Cyprus and the rule of the military junta and their impact on emergence of anti-Americanism in Greece.

Key words: *United States of America, Greece, foreign policy, international relations, Balkans.*

[45] Professor at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

Prof. Dr. sc Poliksena Gavroska †[1]
Ass. Prof. Dr.sc Ilija Rumenov[2]

INTRODUCTORY ASPECTS OF THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN DECISIONS

УДК: 341.638(4-672ЕУ)
341.987(4-672ЕУ)
1.04 Стручна статија

Summary

The need for recognition and enforcement is undisputed in private international law because it is one of the most certain ways of avoiding repeated litigation and conflicting decisions and with that achieving transnational legal certainty. It helps the parties to avoid spending resources on re-litigation and to have harmonized decisions. That places the countries involved between two separate necessities: on one side, they have to protect their sovereignty and the integrity of their legal system, and on the other they have to satisfy the party's needs by sparing them of starting a new action in front of a court of a foreign country on an issue and between the same parties which was already decided by a court of another country. In essence this relates to the balance between 'trust' in the procedural and substantive law standards of foreign legal systems and the extent of the 'control' of the state of enforcement that it imposes on the foreign decision and through that on the foreign legal order. Because of that it is of crucial importance to have a clear view of the legal nature of recognition and enforcement, because these legal institutes are often treated as identical, although they are different in their nature. Also, the huge diversity of decisions rendered by different institutions produces a need for clarification of the decisions which undergo recognition and enforcement from the one's which are not suitable for recognition and enforcement.

In that aspect, this article will firstly give some preliminary remarks and a conceptual understanding of legal institutes' recognition and enforcement. Then it will address the types of decisions that can be recognized and enforced with the distinction between types of decisions which are undisputed and can undergo the process of exequatur

---

[1] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[2] Assistant professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

and types of decisions which are debatable regarding whether they can be recognized and enforced in other countries

Key words: *Recognition, enforcement, foreign decisions, judicial decisions, settlements made in court, arbitral awards, authentic instruments, provisional and protective measures*.

1. Definition and nature of recognition and enforcement

The explanation of the legal mechanism for the implementation of judicial decisions emanating from one legal system which aim to produce an effect in another must start from the basic explanation of the general terms 'recognition', 'enforcement', 'enforceability', 'enforcement title (*titre exécutoire*)', 'finality' and 'foreign judgment'.

1.1. Recognition and/or enforcement of foreign judgments

Recognition and enforcement are not synonyms. Although they are very often closely connected, every foreign decision that is recognized is not necessarily suitable for later enforcement. So, first, a distinction must be drawn between recognition of a foreign judgment and its enforcement.

1.1.1 Recognition of foreign judgments

Recognition as a term can have different meanings. As a general term it can be defined as 'act of accepting that something is true or important or that it exists'; 'the act of accepting someone or something as having legal or official authority' or 'the act of knowing who or what someone or something is because of previous knowledge or experience'.[3] In legal terms recognition is determined as *'acknowledgment of the existence, validity or legality of something'*.[4] However a distinction between acknowledgment and recognition must be made. Acknowledgment generally applies to the external admission of a fact, whereas recognition refers to the internal aspects. Meriam-Webster dictionary defines acknowledgment as 'a persons expressed recognition to something, or a declaration or an avowal of one's act or of a fact to give it legal validity'[5] while recognition belongs to the receiving end, it means 'accepting or recognizing something'.[6]

In the context of recognition and enforcement of foreign judgments, one group of authors determine recognition as 'accepting the determination of the rights and the obligations made by the court of origin'.[7] They highlight the **external effect**

[3] < http://www.merriam-webster.com/dictionary/recognition> accessed 01 June 2015

[4] <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/recognition> accessed 01 June 2015

[5] <http://www.merriam-webster.com/dictionary/acknowledgment> accessed 01 June 2015

[6] <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/recognition> accessed 01 June 2015

[7] Hartley, T., *The Modern Approach to Private International Law: International Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective*, Recueil des cours, Collected Courses, Tome/Volume

of the recognition, which are the legal processes that were conducted in the country of origin. Doctrinally, they incline towards the understanding which emphasizes the private law aspects of the recognition, found mainly in the doctrine of obligation.[8] For some of them the recognition refers to the *res judicata* effect of the foreign judgment which spreads out into the country of reception.[9] Other groups of authors[10] concentrate on the **internal effect** that recognition produces in the country where the recognition is sought that is the balancing of foreign and domestic judicial decisions. In their view, recognition means equalization of the foreign judicial decision in its effect with the domestic ones[11] or accepting its finality.[12] These authors mainly focus on the prerogatives that the country of recognition possess.

Nevertheless, to achieve complete understanding of the recognition of foreign judicial decisions one must not undermine two factors: the public law and private law aspects of the recognition. Indeed, the recognition of a foreign judicial decision is initiated and concerns rights of particular persons that need to have an effect in another country. Such a decision cannot have *proprio vigore* effect in another country. Some of the conditions for the recognition (right of a defense) are positioned so the country of recognition can determine whether the right of that particular individual was protected in the original process that lead to the rendering of that decision. However, it is without doubt that the recognition does solely not represent protection of an individual's rights. The conditions for recognition (such as public policy and reciprocity), go beyond the protection of the individual's rights and are focused on the protection of the public law interests of the country of recognition. Even if the individual's rights were protected in the country of origin, the court of recognition would still not allow for that decision to produce effects if for example the effects of that decision would be contrary to its public policy or if reciprocity

319 (2006), Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 279.

8 This theory is based on the idea that the foreign judgment if made by a court of competent jurisdiction creates a contractual (or quasi-contractual) obligation. In such legal relationships (contractual and quasi-contractual) if the foreign court has adjudicated a certain sum to be owed from one person to another, the liability to pay that sum becomes a legal obligation that may be enforced in another country with an action of debt. Therefore the judgments are recognized in order to do justice to the parties. For more on the doctrine of obligation see, Fawcett J and Carruthers J., *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law,* Oxford University Press 14th ed. (2008), 514.

9 Kerameus D.K., *Enforcement in the International Context*, Recueil des cours, Collected Courses, Tome/Volume 264 (1997), Brill | Nijhoff, Leiden | Boston, 335; Џунов Т. *Меѓународно приватно право* (четврто и дополнето издание), Скопје, (1995) 292.

10 Mainly belonging or emerging from the Yugoslavian legal doctrine.

11 Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Nomos, (1991), 277; Pak M., Međunarodno privatno pravo- Parnični, vanparnični i izvršni postupak sa stranim elementom, Beograd, (1983), 202; Jakšić A., Međunarodno privatno pravo, Beograd-Dosije, (2008) 209.

12 Varadi T. and others, Međunarodno privatno pravo, deseto izdanje, JP „Službeni Glasnik', Beograd, (2008), 538; Гавроска П., Дескоски Т., Меѓународно приватно право, Скопје, (2011), 462.

does not exist between these countries. Having these principles in mind, recognition contains both aspects: its goal is to accept the determined rights and obligations made by the court of origin and the *res judicata* effect which the foreign decision possess and with that on the basis of the principle *ne bis in idem* to spare the individuals from having to reinstitute the proceedings,[13] but also it prioritizes the protection (provided by the conditions for recognition) of its public law interests in the process of the equalization of the foreign judicial decisions in its effects with the domestic ones.

Regarding the nature of the decision on recognition, there is a clear standpoint among the scholars that the decision is of a declaratory nature.[14] Nevertheless, there are some authors who state that this unambiguous position can be questioned and give a constitutive nature to the decision on recognition.[15] For these authors, in situations when recognition is sought as a main question, the decision is of a constitutive nature because the binding force of the foreign decision is the permission by the court of recognition to allow the foreign decision to produce the effect in that country and therefore gives a constitutive character to the foreign decision. For them this is more accurate position of the nature of the decision on the recognition, because the declaratory nature of a decision provides for this decision to 'exist' and the goal of the declaratory decisions is to recognize the preexisting legal situation. In their view, the argument for a constitutive nature was also proven by article 86(1) of the PIL act of 1982 where it was stated that the foreign decision produces an effect only if it is recognized by a Court of SFRY. For the Courts of SFRY, the legal effect of the foreign judgments prior to the recognition was not important, only after recognition was granted then the legal effects the judgment could be considered. On the other hand, for these authors it clear that the decision on recognition in the situations when it appears as a preliminary question cannot be constitutive decisions, nevertheless they appear to point to the constitutive effects to the declaratory decision.[16]

It is too far reaching to state that the foreign decision is non-existing and that the decision on recognition is of a constitutive character. The existence of the foreign judicial decision is provided by the court which rendered that decision. When a judgment is rendered this constitutes its existence. What is needed for this judgment to produce an effect in another country is that is accepted or recognized and with that to recognize the preexisting legal situation. The treatment of the foreign decision during the course of the procedure for the recognition is that the foreign decision is an existing one and that only certain procedural defects are inspected (some minor substantive issues are inspected in light of the public policy exception). Most of

[13] Kiestra R.L., *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, (2014), 199.

[14] Grbin, Triva, Belajec, Dika, Wedam Lukić, Vuković (as cited by Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 277); also on this subject Varadi and others., (n 10), 565.

[15] Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 277-278.

[16] ibid.

the systems for the recognition of foreign decisions treat the foreign decision as a decision. Only the *prima facie evidens* system treats the foreign decision as a fact that needs to be proved and only in that context the decision for the recognition can have a constitutive effect. In all of the other systems the treatment of the foreign decision is that it is pre-existing and only some procedural deficiencies are tested. So if the foreign decision fulfils these requirements this decision is recognized and can have the same effects as the domestic decisions. In conclusion for this thesis the decisions on the recognition of the foreign decision will be considered to be of a declaratory nature.

1.1.2 Enforcement of foreign judgments

Enforcement as a legal term can be understood in several ways. For example, it can be understood as a generic term that embraces all kinds and levels of legal implementation.[17] 'Enforcement of decisions in domestic legal order' means a process by which a final judgment of a court is carried into effect, or it is a process by which the sentence of the law is put into force.[18] The term 'enforcement' can have multiple meanings and it is necessary to draw the distinction between 'domestic enforcement' and 'enforcement of foreign judgments'. Nevertheless, some overlapping is unavoidable. While 'recognition and enforcement of foreign judgments' examines the ideal insertion of foreign judgments into domestic legal orders and restrains or does not refer to the further implementation of such foreign judgments, the enforcement in the understanding from the domestic legal order, (which is conducted according to the *lex fori* of the country of enforcement) deals mainly with the material or technical execution of foreign judgments.[19] In the words of the French Supreme Court enforcement represents 'an act of material execution on the assets or of committal of persons'.[20]

Enforcement depends on the nature of the decisions. For some decisions, depending on their nature,[21] it is enough that they are recognized in the country of recognition so they can have the effect that the judgment creditor desires.[22] On the other hand, many decisions need to be enforced in the country of enforcement to bring some satisfaction to the judgment creditor.[23] So in that context, 'enforcement' can be understood as ensuring that the judgment-debtor obeys the order of the court of origin.[24]

[17] Kerameus D.K., (n 7), 215.
[18] ibid 216.
[19] ibid 331.
[20] ibid 335.
[21] For more on the nature of judgments see text to n 142 Part I ch II sec 2.1.2.1.
[22] Kiestra R.L. (n 11) 200.
[23] ibid.
[24] Hartley T., (n 5) 279.

Some of the authors that belonged to or have emerged from the Yugoslavian legal doctrine, enforcement is defined as acceptance or recognition of the *titre exécutoire (enforcement title)*[25] or the enforceability[26] of the foreign judicial decision. Others such as Triva/Belajec/Dika have stated that the enforcement of foreign judicial decisions was determined and conducted on the basis of the foreign decision and that the court in the enforcement proceedings does not render any special decision on recognition or decision recognizing its enforceability, but directly determines the enforcement on the same basis as domestic decisions.[27]

Therefore, all of these legal institutes must be understood in accordance with the functions that they perform. Firstly, it is without doubt that in all of the legal systems in which the enforcement agents of the country of enforcement cannot directly be confronted with foreign judgments (these judgments **cannot have *proprio vigore* effect)**, the court must firstly declare that the judgments are enforceable in the respective state.[28] That is why the foreign decision must undergo the process of **'recognition and enforcement'** to produce the desired effect in the country of recognition/enforcement. Recognition of the foreign judicial decision can be done as a **main question** or as a **preliminary (prejudicial) question**.[29] Usually to produce the full effect of the recognition and enforcement of the foreign decisions in general, it will be raised as a **main question**. The next steps would depend on the nature of the foreign judgment. If the foreign decisions are of a declaratory or constitutive nature they are not undergoing the process of enforcement.[30] However, the recognition of a foreign condemnatory decision is usually sought to be enforced later.[31] Therefore **recognition of foreign judgments** can mean two things: recognition of foreign judicial decision which would not contain recognition of its **enforceability**, that is, where the recognition is not reported in function of the later **enforcement;** or recognition of (condemnatory) foreign judgments which would contain recognition

[25] Varadi and others, (n 10) 538; Гавроска П. Дескоски Т. (n 10) 462; Џунов Т., (n 7) 293.

[26] Dika M. and Knežević G. and Stojanović S. (n 9) 278; Jakšić A. (n 9) 209.

[27] With such decision the recognition of the foreign judicial decision would be addressed in preliminary manner. Triva S and Belajec V. and Dika M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne Novine, (1986) 86 (as cited by Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 278).

[28] Oberhammer P., *The Abolition of Exequatur*, Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht, IPRax, Vol.30, (2010), 197.

[29] With effect only to this proceeding. See Article 101(5) of the PIL act of 1982; Article 112(3) Macedonian PIL Act; Article 108(6) of the Slovenian PILP Act; Article 155 of the Montenegrin PIL Act and Article 184(2) of the of the Serbian draft PIL act.

[30] Although some constitutive decisions would need to be registered in some civil status registry to produce legal effects, Živković M. and Stanivuković M, *Međunarodno privatno pravo (opšti deo),* Beograd, Službeni glasnik, (2006) 388. See also, Kiestra R.L., (n 118) 200.

[31] However, sometimes only recognition of condemnatory decision may be sought, for example to have effect prejudicially, with its substantive validity, Dika M. and Knežević G. and Stojanović S. (n 116) 278. See also, Kiestra R.L., (n 11) 200.

of their enforceability with emphasis on the recognition of the **enforceability.**[32] In both situations the effect of the recognition is the same and the decision on the recognition has an ***erga omnes*** **effect**.[33]

On the other hand, the recognition of the foreign judgment as a **preliminary (prejudicial) question** can occur in all types of procedures (contentious, non-contentious or enforcement), but more frequently it will be conducted in enforcement procedures regarding an application for enforcement where the foreign judgment (which didn't undergo the procedure for recognition) represents the **enforcement title (*titre exécutoire)***.[34] In such situations what is different from the recognition as a main question is that when for the recognition of a foreign decision is decided as a main question then the decision is legally binding for all other authorities.[35] In the situations when the recognition is decided as an incidental question, then this decision has effect **only for that particular proceeding** and the parties can subsequently apply for recognition as a main question.[36]

2. Types of decisions suitable for recognition and enforcement

Different types of decisions according to the EU and national legal sources are recognized and enforced between Member States and between member states and other countries. For some of these decisions, it is undisputed that they will be recognized and/or enforced in most of the legal systems. Others are debated on whether they are suitable for recognition and enforcement. Their future generally depends on the legal system of the country of recognition (or enforcement) recognizing the desired effect of the decision that it has in the country of origin and then enforcing it in the recognition country. This part of the thesis will firstly analyze the decisions that are undisputedly suitable for recognition and enforcement, and secondly, it will examine decisions that are disputed about whether they are suitable for recognition and enforcement.

2.1 Foreign decisions which are suitable for recognition and enforcement

First of all, as was stated before,[37] depending on the nature of the foreign decisions, for some judgments it will be enough that they are recognized in the country of recognition in order for them to have the effect that the judgment creditor desires. On the other hand, many decisions will need to be enforced in the country of enforcement so they will bring some satisfaction to the judgment creditor, such

[32] Dika M. and Knežević G. and Stojanović S. (n 9) 278.
[33] Varadi and others, (n 10) 565.
[34] ibid 566.
[35] ibid 565.
[36] Varadi and others, (n 10) 565; Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 341.
[37] Text to n 28.

as monetary judgments, the enforcement of awarded damages, or maintenance obligations. If the foreign decisions are of a declaratory or constitutive nature they do not undergo the process of enforcement.[38] Examples include divorce decrees, contesting paternity and maternity, attribution, exercise, termination or restriction of parental responsibility, etc.[39] However, if the decision is of a condemnatory nature, to produce the proper effect they need to be enforced in the later stages.[40]

Another term which requires particular attention regarding enforcement is the *titre exécutoire (enforcement title).* This term can be defined as an instrument that is capable of enforcement, such as a judgment, or the various types of instruments which permit enforcement by means of taxes, rates or rent.[41] In the EU context an 'enforceable title' means any decision, judgment or order for payment issued by a court or other competent authority, including those that are provisionally enforceable, whether for immediate payment or payment by installments, which permits the creditor to have his claim against the debtor collected by means of forced execution.[42]

The types of decisions which can be enforced in other countries vary depending on several grounds. So, the main question is what kind of decisions can represent enforcement titles which can be enforced in other countries? Firstly, according to the authority which renders these decisions, they can be categorized as judicial decisions (orders and judgments), settlements made in court, arbitral awards, and authentic instruments. According to the finality of the decision, they can be categorized as final judgments and provisional or protective measures.

2.1.1 Judicial decisions and settlements made in court

Decisions rendered in contentious judicial proceedings that are final and based on the merit can be delivered as judgments and orders. **Judgments** represent a type of

[38] Although some constitutive decisions would need to be registered in some civil status registry to produce legal effects, Živković M. and Stanivuković M., (n 28)388; Kiestra R.L., (n 11) 200.

[39] Živković M. and Stanivuković M. (n 28) 392; Kiestra R.L., (n 11) 200.

[40] However, sometimes only recognition of condemnatory decision may be sought, for example to have effect prejudicially, with its substantive validity, Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 278; Kiestra R.L., (n 11) 200.

[41] Kennett A.W., *Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford University Press, (2000), 63. However, what does represent 'enforcement title' depends on the legal system, for example in Slovenia in the Enforcement and Securing of Civil Claims Act (Zakon o izvršbi in zavarovanju, ZIZ, last amendment Uradni list RS, št. 54/15; the available at <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO7089> accessed 12 April 2015) in Article 17 as enforcement titles are given enforceable judicial decision or settlement made in court, enforceable notarial deed and other enforceable instruments. See also Macedonian Enforcement Act (last amendment 2013, Off. Gazz. of RM., No.187/13) contains more detailed enumeration of enforcement titles (in this context see also Article 13 of the Slovenian Enforcement and Securing of Civil Claims Act).

[42] Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions (recast) [2011] OJ L 48/1.

judicial decision by which the court decides on the grounds of the claim.[43] They can be defined as court acts, by which at the end of the proceedings the court adjudicates on the main issue, which is subject to the proceedings.[44] The **order** represents a type of decision which the court renders in a contentions procedure when it does not decide with a judgment[45] or for all issues which are not envisaged to be decidable by judgment.[46] In the non-contentious procedure, the court decides only with orders.[47]

In terms of recognition and enforcement, the term **'foreign judgments'** must be understood in a broader sense, covering a range of judicial decisions that may be categorized separately in various legal orders.[48] Also, this broader understanding of the term 'judgment' is provided in the Brussels Regulations.[49] In this context, what is particularly important is the question for the applicable law for the categorization of the decision as a judicial decision. The dilemma is whether this question should be resolved according to the country of enforcement or the country of origin of the decision. In legal theory[50] and in many of private international law acts,[51] the categorization of the foreign decisions as foreign judgments is conducted according to the country of origin of the decision. The country of origin is usually understood as the country where the judgment has been issued,[52] the judgment has been given,

[43] Јаневски А., Зороска Камиловска Т., *Граѓанско процесно право – Парнично право*, Скопје, (2009), 418

[44] ibid.

[45] ibid 439.

[46] Dika M., *O rješenju u parničnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol.33 No.1, (1991), 37

[47] Јаневски А., Зороска Камиловска Т., *Граѓанско процесно право – Вонпарнично право*, Скопје, (2010), 59.

[48] Kennett A.W, (n 39) 64;

[49] Article 2(a) of the Brussels Ibis Regulation
[J]udgment means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as a decision on the determination of costs or expenses by an officer of the court'.
Article 2(4) of the Brussels IIbis Regulation
[T]he term 'judgment' shall mean a divorce, legal separation or marriage annulment, as well as a judgment relating to parental responsibility, pronounced by a court of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order or decision'.

[50] Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 282; Varadi and others, (n 10) 543; Živković M. and Stanivuković M., (n 28) 391; Jakšić A., (n 9) 209.

[51] See article 94 of the Slovenian PILP act, article 99 of the Macedonian PIL act, Article 182 of the Serbian draft of the PIL act. The Belgian PIL act contains definition of the term judgment which means '…any decision rendered by an authority exercising judicial power' (Article 22(3)). In other legal sources (Bulgarian, Swiss) the categorization of the court settlements as judgments is given according to the country of origin (Article 30 of the Swiss Federal Act on Private International Law and Article 122 of the Bulgarian PIL Act). It can be concluded *per analogiam* that also other decisions should be categorized as judgments according to the country of origin.

[52] Article 2(5) of the Brussels IIbis Regulation

the court settlement has been approved or concluded, or the authentic instrument has been formally drawn up or registered.[53] Usually this place will correspond with the territory where the judgment has been rendered, however some exceptions exist.[54]

A **settlement** of a dispute between the parties can also constitute an enforceable title in all of the jurisdiction of the Member states of the EU[55] and in other candidate countries of the EU[56] if the settlements are at least registered with the court or witnessed by it.[57] Court settlements are enforceable under the EU Regulations.[58] Under these EU instruments court settlements are defined as:

[A] settlement which has been approved by a court of a Member State or concluded before a court of a Member State in the course of proceedings.[59]

Court settlements are recognized and enforced differently depending on the instrument which is applicable for that specific subject matter. Accordingly it is provided that court settlements are recognized and declared enforceable under the same conditions as judgments[60] or as authentic instruments.[61] In the EU, the recognition of court settlements on the basis of the Brussels I Regulation operated automatically; the only permissible objection to recognition was a manifest violation of public policy.[62] This automatic position is reaffirmed in the Brussels Ibis Regulation.[63]

As an example regarding the nature of court settlements, in the context of the Brussels Convention, the CJEU gave its opinion in the case *C-414/92, Solo Kleinmotoren v. Boch*[64]. In the view of the Court, court settlements cannot be treated as judgments and firstly, they are essentially contractual in that their terms depend first and foremost on the parties' intentions, they bring legal proceedings to an end, and

---

[53] Article 2(d) of the Brussels Ibis Regulation. See also Varadi and others, (n 10) 543; Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 282.

[54] For example decisions rendered by diplomatic or consular authorities in territory other than which they are representing. See Varadi and others, (n 10) 543; Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 282.

[55] Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Study JLS/C4/2005/03) (2007), <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf> accessed 11 October 2014, 276

[56] See Article 99(2) of the Macedonian PIL act; Article 141 (2) of the Montenegrin PIL act; Article 182 (3) of the Serbian draft PIL act.

[57] Kennett A.W, (n 39) 64; Varadi and others, (n 10) 544; Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 283.

[58] Article 59 of the Brussels Ibis Regulation, Article 48 of the Maintenance Regulation, etc.

[59] Article 2(b) of the Brussels Ibis Regulation. See the similar definition in article 2(2) of the Maintenance Regulation.

[60] Article 46 of the Brussels IIbis Regulation

[61] Article 59 of the Brussels Ibis Regulation

[62] Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., (n 53) 276.

[63] See Chapter IV, Articles 58-60 of the Brussels Ibis Regulation.

[64] Case C-414/92, *Solo Kleinmotoren v. Boch* ECR [1994] ECR I-2237

they must be approved and registered by the court.[65] Court settlements do not enjoy the authority of *res judicata* and as a consequence, consent judgments are not treated equally with court settlements and they are recognized and enforced according to the regular rules for recognition and enforcement.[66]

For national legislation, as was the case with the judgments, categorization of the decision as court settlement is conducted according to the country of origin. In some countries if the country of origin determines that the court settlement is final and enforceable, and if the country of origin treats it like a judicial decision, only then can this decision be recognized and enforced in another country.[67] If the country of origin does not treat the settlement as judicial decision, then the foreign settlement is not suitable for recognition.[68]

2.1.2 Arbitral awards

Foreign arbitral awards cannot have direct effects in another country and, similar to the case with foreign judicial decisions, they need to undergo the process of *exequatur*. However, their position is different and has, in fact, been made easier on a global scale because of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards from 1958. This convention, also known as the 'New York Arbitration Convention' or the 'New York Convention,' has been ratified by 156 countries.[69] The New York Convention is considered to be the most successful multilateral instrument in the area of international trade law agreements.[70] This Convention applies to the recognition and enforcement of foreign arbitral awards and the referral by a court to arbitration. Such worldwide enforceability of awards is considered one of the primary advantages of arbitration.[71] The rate of enforcement is between 95%-98% of the awards, and this is a result of the virtually universal policy of favoring enforcement of awards and the extensive acceptance of the New York Convention.[72] Other international legal sources worth mentioning, that have helped create such a favorable environment for such a for arbitration in the legal system are the 1961 European Convention on International Commercial Arbitration and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006.

---

[65] Case C-414/92, *Solo Kleinmotoren v. Boch* ECR [1994] ECR I-2237 paras 18, 23 and 24.

[66] Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., (n 53) 276.

[67] Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 283.

[68] Varadi and others, (n 10) 544.

[69] For comparative aspects of the recognition and enforcement of foreign arbitral awards see, Lew D.M.J and Mistelis A.L. and Kröll M.S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, (2003), pg.687-730.

[70] ICCA's Guide to the Interpretation to the 1958 New York Convention, (2011), 5.

[71] Lew D.M.J and Mistelis A.L. and Kröll M.S, (n 67) 688.

[72] ibid.

As was the case with judicial decisions, foreign arbitral awards can be recognized and/or enforced.[73] This depends on their nature, purpose, and the national legal systems. For example, only recognition is sought when the court is asked to grant a remedy in respect to a dispute that has been the subject of previous arbitral proceedings (a dispute that has already been decided).[74] On other hand, enforcement of a foreign arbitral award can be sought when the court is not only asked merely to recognize the legal force of the award, but also to ensure that is carried out, by using such legal sanctions as are available.[75] Or as some authors illustratively explain:

[T]he purpose of recognition on its own is generally to act as a shield. Recognition is used to block any attempt to raise fresh proceedings issues that have already been decided in arbitration that gave rise to the award whose recognition is sought. By contrast, the purpose of enforcement is to act as a sword. Enforcement of an award means applying legal sanctions to compel the party against whom was made to carry it out.[76]

2.1.3 Authentic instruments

Authentic instruments are regarded as enforceable titles.[77] Nevertheless, their position varies in different Countries. While court-approved settlements are known in all Member States of the EU, notarial deeds (and similar authentic instruments) are unknown in England, Wales and Ireland.[78] Usually in national legislation the term 'authentic instrument' is defined and contains several common characteristics. For example, in France,

[A]n authentic instrument is one which has been received by public officers empowered to draw up such instruments at the place where the instrument was received and with the requisite formalities'.[79]

In Germany authentic instruments are understood as:

'(1) Records and documents that have been prepared, in accordance with the requirements as to form, by a public authority within the scope of its official responsibilities, or by a person or entity vested with public trust within the sphere of business assigned to him or it (public records and documents), shall establish full proof, provided they have been executed regarding a declaration made before the public authority or the public official issuing the deed.

[73] Redfern A. and others, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University press, (2009), 627.

[74] ibid.

[75] ibid 628.

[76] ibid.

[77] France (Article L111-3, Code des procédures civiles d'exécution of 1 June 2012); Germany (§794 I(5), ZPO); Austria (§1(17) EO), etc.

[78] Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., (n 53) 276.

[79] Article 1317 of the Civil Code (Code civil).

(2) Evidence proving that the transaction has been improperly recorded is admissible.[80]

In Article 244 of the Polish Code of Civil Procedure the term 'authentic instruments' is defined as:

(1) Authentic instruments recorded in the prescribed form by public authorities instituted for this purpose or by other state authorities within the limits of their functions (competences) constitute proof of what they officially attest.

(2) The provision of paragraph 1 applies by analogy also to authentic instruments established by professional chambers, territorial organisations, cooperatives or other social organisations within the limits of the competences which have been entrusted to them by law within the public administration.

In Romania in Article 1171 of the 1864 Romanian Civil Code, an 'authentic instrument' is the act drawn up with the solemnities required by law by a civil servant in right of office in the place where the act was made.

Their common characteristics are:

The instrument has to be issued by a public authority or an official.

The authenticating authority or official has to be empowered to authenticate the type of act in question.

The authenticating authority or official has to act within its competence in issuing authentic instruments.

The authenticating authority or official must follow a specific authentication procedure.

It must also follow the relevant rules on the formalities for drawing up and issuing authentic instruments.

The resulting legal effect is that the authentic instrument provides conclusive proof of the content of the instrument.

Generally, obligations arising from authentic instruments are enforceable (in some States by operation of law; in other States if a specific submission to enforcement is contained in a declaration in the authentic instrument).[81]

The meaning of 'authentic instrument' in the EU context was firstly determined in the in CJEU Case C- 260/97 [1999] ECR I-3715, *Unibank A/S. v Flemming G. Christensen* where the Court took the view that:

[S]ince the instruments covered by Article 50 of the Brussels Convention are enforced under exactly the same conditions as judgments, the authentic nature of such instruments must be established beyond dispute so that the court in the State in which enforcement is sought is in a position to rely on their authenticity. Since instruments

[80] § 415 (1) of the German Code on Civil Procedure (Zivilprozessordnung) (ZPO).

[81] Comparative Study on Authentic Instruments - National Provisions of Private Law, Circulation, Mutual Recognition and Enforcement, Possible Legislative Initiative by the European Union (United Kingdom, France, Germany, Poland, Romania, Sweden), (2008), pg. iv-v

drawn up between private parties are not inherently authentic, the involvement of a public authority or any other authority empowered for that purpose by the State of origin is needed in order to endow them with the character of authentic instruments.[82]

In this decision CJEU followed the directions given in the Jenard-Möller Report[83] regarding the conditions which had to be fulfilled by authentic instruments in order to be regarded as authentic within the meaning of Article 50 of the Lugano Convention**.** For that convention's requirements, the report mentions three conditions, namely:

the authenticity of the instrument should have been established by a public authority;

this authenticity should relate to the content of the instrument and not only, for example, the signature;

the instrument has to be enforceable in itself in the State in which it originates.[84]

These views were taken into consideration in the Regulation creating the European enforcement order for uncontested claims, the new Brussels Ibis Regulation, the Maintenance Regulation and Succession Regulation. This regulation contains all definitions based on these instructions. The Regulation creating the European enforcement order for uncontested claims provides that 'authentic instruments' are: (a) a document which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument, and the authenticity of which: (i) relates to the signature and the content of the instrument; and (ii) has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose by the Member State in which it originates; or b) an arrangement relating to maintenance obligations concluded with administrative authorities or authenticated by them.[85] For the Brussels Ibis Regulation an 'authentic instrument' represents a document which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument in the Member State of origin and the authenticity of which: (i) relates to the signature and the content of the instrument; and (ii) has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose.[86] A similar definition is given in the Succession Regulation but with a specification of the

[82] ibid para. 15.

[83] Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988 prepared by Jenard, P. and Moller, G. (OJ 1990 C 189, p. 57), hereinafter 'the Jenard-Möller Report')

[84] ibid 80.

[85] Article 4(3) a) and b) of the Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims [2004] OJ L 143/15.

[86] Article 2(c) of the Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters [2012], OJ L 351/1.

subject matter to cases of succession.[87] The definition in the Maintenance Regulation contains two cases: (a) a document in matters relating to maintenance obligations which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument in the Member State of origin and the authenticity of which: (i) relates to the signature and the content of the instrument, and (ii) has been established by a public authority or other authority empowered for that purpose; or, (b) an arrangement relating to maintenance obligations concluded with administrative authorities of the Member State of origin or authenticated by them.[88]

2.1.4 Provisional or protective measures

Traditionally, two arguments have been given for the lack of recognition and enforcement of provisional or protective measures. The first argument was that these measures are not final, in the sense that they bring an end to the dispute between the parties, and second regarded the nature of the provisional or protective measures, which are directly linked with the means of enforcement. As such, they were considered to be within the exclusive jurisdiction of the judicial authorities of the State where they were ordered.[89] However in recent years this understanding has been shifting towards more liberal acceptance of recognition and enforcement of foreign provisional measures.[90]

It is undisputed that decisions which are final and are *res judicata,* and also which are suitable for recognition and enforcement, can be considered enforcement titles. There is no clear standpoint whether provisional or protective measures can have the same consideration. On a national level there is debate whether the lack of finality of the provisional measures preclude them to be recognized and enforced as judgments.[91] On the EU level as well there is no consensus on whether provisional measures can be recognized and enforced according to particular EU instruments, whether they should be recognized and enforced according to the national rules, or according to rules provided in international agreements.[92] For example, Brussels I

[87] Article 3(i) of the Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, [2012] OJ L 201/107.

[88] Article 2(3) of the Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations [2008], OJ L 7/ 1.

[89] Kessedjian C., *Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law*, Preliminary Document No 10 of October 1998 for the attention of the Special Commission of November 1998 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters, (1998), para. 34 and 108.

[90] Kessedjian C., (n 87) par.108.

[91] Varadi and others (n 10) 545; Živković M. and Stanivuković M., (n 28) 418.

[92] Case C-256/09 Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez, [2010], I-07353. See also Dutta, A. and

and now the Brussels Ibis Regulation have specifically provided for recognition and enforcement of provisional or protective measures which were ordered by a court having jurisdiction as to the substance of the matter.[93] In this context the Brussels IIbis Regulation doesn't contain specific rules on the recognition of provisional measures, rather it was left to the CJEU to decide this issue. The CJEU has provided that provisional measures, which were rendered by court that assumed jurisdiction on the base of the jurisdictional rules from the regulation, are recognized and enforced on the basis of the rules in the regulation. They have also ensured that enforcement of provisional measures granted in accordance with article 20 of the Regulation is not conducted according to the rules in the Regulation.[94]

International instruments contain specific rules regarding the recognition and enforcement of protective measures. For example, judgments on protective measures for children or adults must be recognized under Art. 8 Convention Concerning the Powers of Authorities and the Law Applicable in Respect of the Protection of Infants 1961 ('Protection of Minors Convention'), Arts. 23–28 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children 1996 ('Child Protection Convention'), and Arts. 22–27 Convention on the International Protection of Adults 1999 ('Protection of Adults Convention'). Therefore, it is very important to briefly determine what provisional or protective measures represent, whether they represent *titre exécutoire,* and if they can be recognized and enforced on national and EU levels.

Provisional and protective measures can be found in every developed legal system. These measures have a different scope or different requirements in different legal systems and for their proper understanding it is necessary to consider the whole procedural system of the country in which they originate.[95] The common denominator for all of them is the function they preform: to secure the subsequent enforcement of judgments on the substance of a case (or their anticipated enforcement), organize factual situations or the parties' rights *pro tem*, safeguard all interests affected pending settlements of the dispute,[96] and provide measures for urgent cases.[97] The measures can be categorized into three kinds of remedies: conservatory measures that are meant

Schulz, A., *First Cornerstones of the EU rules on cross-border child cases: the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation – From C To Health Service Executive*, Journal of Private International Law, Vol. 10, Nr 1, (2014), 19.

93 On the position of the Brussels I Regulation see, Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P.(n 53) 264-271; for the position of the Brussels Ibis Regulation see Recital (33), Article 2(a), 40 and 42.

94 Case C-256/09, Purrucker I, par.101 and moreover see, Case C-256/09 Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez, [2010], I-07353, Opinion of AG Sharpstone, pg. I-7397, para.155,

95 Kramer X., 'Harmonistation of Provisional and Protective Measures in Europe' in Storme M. (ed) *Procedural Laws in Europe, Towards Harmonisation*, Maklu Publishers, (2003), 305.

96 Kennet A.W. (n 39) 131.

97 Kramer X., Harmonistation of Provisional and Protective Measures in Europe, (n 93) 306.

to secure the enforcement of the decision on the merits; regulatory measures that cover a wide range of measures that can be ordered to maintain the status quo or to give a provisional arrangement of some kind; and anticipatory measures, which can grant claims similar to those in principal proceedings, such as (interim) payments.[98]

Due to the formation of the internal market and the free movement of goods, services, capital and persons, in legal terms it is vital that protective measures circulate freely within the territory of the EU because, according to the Brussels systems, they allow the judgment creditor to secure the debtor's assets even before applying for a declaration of enforceability.[99] In the context of the EU:

[A] provisional measure is, self-evidently, one which is intended to produce its effects only for a limited period – until a certain event occurs or a certain period of time has elapsed.[100]

Article 47 of the Brussels I Regulation was the first provision of European procedural law that fully implemented the principle of mutual recognition.[101] Such a position is derived from the fact that the provisions in the Brussels I Regulation did not require any previous recognition of the foreign title meaning that this decision was recognized without any exequatur proceedings. However, this position of Article 47 of the Brussels I Regulation has often been neglected by the Member States.[102]

The Brussels Ibis Regulation maintained this position and further provided that the provisional measures, including protective measures, which are ordered by a court having jurisdiction as to the substance of the matter, can freely circulate under the provisions of the Regulation.[103] Even if the courts of another Member State have jurisdiction as to the substance of the matter, application may be made to the courts of a Member State for such provisional and protective measures as may be available under the law of that Member State.[104] As for the question whether provisional or protective measures can be recognized and enforced between the Member States, Article 2(a) of the Brussels Ibis Regulation has undoubtedly stated that:

[P]rovisional, including protective, measures ordered by a court or tribunal

98 ibid.

99 Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., (n 53) 265.

100 Case C-256/09 Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez, [2010], I-07353, Opinion of AG Sharpstone, par.118

101 Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., (n 53) 266.

102 ibid.

103 However, provisional, including protective, measures which were ordered by such a court without the defendant being summoned to appear should not be recognised and enforced under this Regulation unless the judgment containing the measure is served on the defendant prior to enforcement. This should not preclude the recognition and enforcement of such measures under national law. Where provisional, including protective, measures are ordered by a court of a Member State not having jurisdiction as to the substance of the matter, the effect of such measures should be confined, under this Regulation, to the territory of that Member State (Recital 33 of the Brussels Ibis Regulation).

104 Article 35 of the Brussels Ibis Regulation.

which by virtue of this Regulation has jurisdiction as to the substance of the matter' can be recognized and are included in the term 'judgment'.

However, provisional, including protective, measures which are ordered by such a court or tribunal without the defendant being summoned to appear (unless the judgment containing the measure is served on the defendant prior to enforcement) are not considered to be 'judgments' according to the meaning that is provided in the Regulation regarding recognition and enforcement, i.e. they are not recognized and enforced under the Brussels Ibis Regulation provisions.[105]

In the Brussels IIbis Regulation the position of the Courts regarding the enforcement of provisional measures is not so clear.[106] The regulation itself does not refer to this question specifically, leaving to the interpretation of the CJEU the determination of whether the provisions of Articles 21 et seq. of the Brussels IIbis Regulation according to the Article 2(4) also apply to provisional measures in terms of Article 20, or only to decisions on the merits of a case. The frequent use of provisional measures provided several opportunities for the CJEU to precisely interpret Article 20 of the Brussels IIbis Regulation. However the interpretations of the CJEU regarding provisional measures – including in *Detiček,*[107] *Purrucker I*[108] and *Purrucker II*[109] – were considered as insufficiently exhaustive guidelines.[110]

The CJEU in the *Detiček* case distinguished between provisional measures taken on the basis of Article 20 of the Brussels IIbis Regulation and measures of a provisional character rendered by courts that have jurisdiction as to the substance of the case. Firstly it was considered that such application of the rule, which is an exception to the general rules of jurisdiction, can be carried out in exceptional circumstances.[111] In the understanding of the CJEU, Article 20 enables a court that does not have jurisdiction as to the substance of the case to take, exceptionally, where urgency so requires, a provisional measure or a protective measure in respect of assets or persons in its territorial jurisdiction.[112] This distinguishes Article 20 of the Brussels IIbis Regulation from measures of provisional character rendered by courts that have jurisdiction as to the substance of the case. In such circumstances, these decisions are recognized and enforced in other Member States in the same way as any other

[105] Article 2(a) of the Brussels Ibis Regulation.

[106] European Commission, Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment (Final Report Regulation (EC) No 2201/2003 -Analytical annexes), <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf> accessed 13 April 2016, 74

[107] Case C-403/09 PPU, *Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia* [2009] ECR I-12193.

[108] Case C-256/09 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-07353.

[109] Case C-296/10 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-11163.

[110] Final Report Regulation (EC) No 2201/2003 -Analytical annexes (n 212) 46.

[111] Case C-403/09 PPU, *Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia* [2009] ECR I-12193, Opinion of AG Bot para 90.

[112] ibid para 82.

judgment adopted on the same basis, in accordance with the rules for recognition and enforcement of the Brussels IIbis Regulation.[113] However, provisional measures adopted on the basis of national law in the circumstances provided in Article 20 of the Brussels IIbis Regulation are not recognized or enforced on the basis of the rules for recognition and enforcement provided in the Regulation. They are recognized on the basis of national law rules, bilateral and multilateral conventions.[114]

In *Purrucker I* the CJEU confirmed that the enforcement of provisional measures granted in accordance with Article 20 of the Regulation is not conducted according to the rules in the Regulation.[115] The CJEU clarified in *Purrucker II* that the *lis pendens* rule is not applicable when the court first seized in matters of parental responsibility is seized only for the adoption of provisional measures and the court seized second for an action aiming at the same measures is the court of another Member State having jurisdiction on the substance of the matter.[116]
The CJEU takes this position having in mind the fact that the enforcement procedure is not governed by the Regulation, but by national law.[117] In such situations it is of the essence that national authorities apply rules which secure efficient and speedy enforcement of decisions issued under the Regulation so as not to undermine its objectives.[118] One of the objectives determined by the CJEU was that provisional measures cannot be used to defeat enforcement, as was the situation is the *Detiček* case.[119] With such situations the misuse of provisional measures increases and the gap widens between the Member States and potentially erodes the trust between them.[120] Nevertheless, as much as the Practice Guide tries to give a detailed overview of rules of the Brussels IIbis Regulation and is a really helpful tool in the implementation of the regulation, it still it does not clarify Article 20 of the Brussels IIbis Regulation. For this reason, some Member States tried to define specific guidelines regarding the conditions that must be met for provisional measures to be recognized and enforced by the regulation.[121] For example the German Federal Court gave the following guidelines:

(1) Should a court with jurisdiction as to the substance of a matter pursuant

[113] Case C-256/09 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-07353, Opinion of AG Sharpstone, para 155.

[114] Case C-256/09, *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-07353 para 100. See also, Case C-256/09 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-07353, Opinion of AG Sharpstone, para 177.

[115] Case C-256/09 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-07353 para 100.

[116] Case C-296/10 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] I-11163, para 86.

[117] Article 47 of the Brussels IIbis Regulation.

[118] Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation [2015] <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf> accessed 11 January 2016, 69.

[119] ibid.

[120] Final Report Regulation (EC) No 2201/2003 -Analytical annexes (n 212) 46.

[121] ibid 74.

to Articles 8 et seq. Brussels IIa Regulation order provisional measures on parental responsibility, the recognition and enforcement of those measures in other Member States is governed by Articles 21 et seq. of the Regulation. Should a court, on the other hand, order provisional measures only on the basis of Article 20, then Articles 21 et seq. do not apply. In such a case, recognition and enforcement of the measures are governed by national law or by international conventions being in force in the Member State of enforcement. Should, finally, the requirements of Article 20 not have been fulfilled, a provisional measure falling into the material scope of Brussels IIa Regulation cannot be recognised and enforced in another Member State.

(2) When differentiating whether provisional measures have been ordered by a court with jurisdiction as to the substance of the matter under Articles 8 et seq. Brussels IIa Regulation, the deciding factor is not whether the court ordering the provisional measures actually had such jurisdiction but whether the court had the intention to base its jurisdiction on Articles 8 et seq. (and not only on Article 20 in combination with national law).

(3) Should a judgment ordering provisional measures not contain a clear foundation with regard to the jurisdiction of the court, and if jurisdiction is not self-evident from the judgment, it is to be assumed that the judgment has not been based on the jurisdiction rules of Articles 8 et seq. Brussels IIa Regulation (and cannot be recognised and enforced, therefore, according to Articles 21 et seq. of the Regulation in other Member States).[122]

These guidelines represent the most detailed explanation of the complex structure and relations between provisional measures and the recognition and enforcement of such decisions on the basis of the Brussels IIbis Regulation. Therefore other EU authorities are more than welcome to provide for such clarifications of provisional measures and their enforcement in relation to the Brussels IIbis Regulation.

2.2 Foreign decisions which are disputable for recognition and enforcement

In legal theory[123] and in the legal practice,[124] there is debate on what foreign decisions are suitable for recognition and enforcement. Some of these debates are centered on the enforceability of some of the decisions that were mentioned before.[125] Regarding the subject matter, there is consensus that only decisions in civil and commercial matters are suitable for recognition and enforcement. There is a limitation on the recognition of foreign decisions in criminal matters, in that only decisions on

[122] BGH 09.02.2011, FamRZ 2011, 542 = unalex DE-2038.

[123] Varadi and others (n 10)544-546; Živković M. and Stanivuković M., (n 28)391-392

[124] Ruling of the High Trade Court (Resenje Viseg Trgovinskog Suda), Pz 1041/2003, from 26 February 2003 godine (as cited by Varadi and others, (n 117) 545; Ruling No.1096/84 (Resenje Br 1096/84) (as cited by Živković M. and Stanivuković M., (n 28) str.391).

[125] Text to n 35.

damages arising out of criminal proceedings can be recognized and enforced.[126] Also, tax decision and orders qualify as administrative decisions and are not recognized and enforced.[127]

From the point of view of the authority which renders the decisions, it is accepted that judicial and arbitral decisions are recognized and enforced. However, some decisions of other authorities, which in the country of origin are equaled with court decisions, can be recognized and enforced abroad. For example, it is debated whether decisions of administrative authorities can be recognized and enforced.[128]

Another debated kind of decision which is ambiguous regarding recognition and enforcement is the interim decision.[129] The debate is whether this type of decision has a substantive legal effect, that is, whether they are legally binding.[130] Some authors[131] state that interim decisions have substantive legal effects; that is, they are legally binding or suitable for recognition and enforcement. Other authors, however, argue that interim decisions lack this quality.[132]

Conclusion

The enforcement of foreign decisions from the point of view of public international law is clear- foreign courts do not have the power to enforce judgments unless there is an international agreement or it is permitted by domestic law. While the non-enforcement of a foreign judgment is not a violation of public international law, it represents a tremendous inconvenience for the parties (or one of them) and a step back in the appraisal of their substantive rights. Therefore, to deny recognition of foreign judgments not only represents refusing enforcement of these judgments, but it actually means denying foreign created (declared) rights to have their full effect. The solution adopted by most of the countries to avoid re-litigation and provide for harmonized decisions in which parties' rights are protected is that under certain conditions foreign judgments undergo recognition and later, if the nature of the decision requires it, they are enforced in the country of enforcement. With this, the country of enforcement balances between these two aspects- 'trust' in the procedural

126 Živković M. and Stanivuković M., (n 28) 418.

127 Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., (n 9) 284.

128 ibid 283. See also Živković M. and Stanivuković M., (n 28) 392.

129 Varadi and others (n 10) 544-545.

130 ibid.

131 Poznic B, *Građansko Procesno Pravo*, Savremena administracija, Beograd, [1989] 278 (as cited by Varadi and others (n 10) 544-545).

132 Triva S., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, [1983] 470; Rakic Vodinelic V., *Revizija protiv presude*, (doctoral disertation), Beograd, [1981] 134 (as cited by Varadi and others (n 10) 544-545).

and substantive law standards of the foreign legal system and the extension of ‘control’ of the state of enforcement that it imposes on foreign decisions and through that of the foreign legal order. This represents decomposition of the *exequatur* to its basic components.

The differentiation of the terms “recognition” and “enforcement” does not have importance only in academic term, but also it provides for proper understanding of the processes that surround these legal institutes. These terms although are often used together they represent different aspects of the incorporation of the foreign decisions into the legal systems. The nature of the decision of the decision on recognition that aspect is much clearer and there is a clear standpoint among the scholars that the decision is of a declaratory nature.

Very important aspect of this introductive view of the recognition and enforcement of foreign decisions is the differentiation of the types of decisions that are suitable for recognition and enforcement from ones which are not or which are debatable. This aspect is very important because in recent history it was left to the national systems to determine the decisions which would be recognized and enforced in the legal systems. However the EU has changed such aspect and in the present some decisions that were not recognized and enforced because of their nature (such as provisional measures, notarial deeds and etc) now become also part of the decisions which can circulate between legal systems. In that manner it is always important to come back to these introductive aspects of the legal institutes because without proper knowledge where is the source of these legal institutes we are limited in the understanding of the complexity of recognition and enforcement.

Bibliography:

1. Monographs and scientific articles

Dika M. and Knežević G. and Stojanović S., Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Nomos, (1991),

Dika M., *O rješenju u parničnom postupku*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol.33 No.1, (1991)

Dutta, A. and Schulz, A., *First Cornerstones of the EU rules on cross-border child cases: the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIa Regulation – From C To Health Service Executive*, Journal of Private International Law, Vol. 10, Nr 1, (2014)

Fawcett J and Carruthers J., *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law,* Oxford University Press 14th ed. (2008)

Hartley, T., *The Modern Approach to Private International Law: International*

Litigation and Transactions from a Common-Law Perspective, Recueil des cours, Collected Courses, Tome/Volume 319 (2006), Brill | Nijhoff, Leiden | Boston,

Jakšić A., Međunarodno privatno pravo, Beograd-Dosije, (2008)

Kennett A.W., *Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford University Press, (2000)

Kerameus D.K., *Enforcement in the International Context*, Recueil des cours, Collected Courses, Tome/Volume 264 (1997), Brill | Nijhoff, Leiden | Boston

Kessedjian C., *Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law*, Preliminary Document No 10 of October 1998 for the attention of the Special Commission of November 1998 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters, (1998), para. 34 and 108.

Kiestra R.L., *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands, (2014)

Kramer X., 'Harmonistation of Provisional and Protective Measures in Europe' in Storme M. (ed) *Procedural Laws in Europe, Towards Harmonisation*, Maklu Publishers, (2003)

Lew D.M.J and Mistelis A.L. and Kröll M.S., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, (2003)

Oberhammer P., *The Abolition of Exequatur*, Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht, IPRax, Vol.30, (2010),

Pak M., Međunarodno privatno pravo- Parnični, vanparnični i izvršni postupak sa stranim elementom, Beograd, (1983)

Poznic B, *Građansko Procesno Pravo*, Savremena administracija, Beograd, (1989)

Rakic Vodinelic V., *Revizija protiv presude*, (doctoral disertation), Beograd, (1981)

Redfern A. and others, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University press, (2009),

Triva S and Belajec V. and Dika M., Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne Novine, (1986)

Triva S., *Građansko parnično procesno pravo*, Narodne novine, Zagreb, (1983)

Varadi T. and others, Međunarodno privatno pravo, deseto izdanje, JP „Službeni Glasnik', Beograd, (2008),

Živković M. and Stanivuković M, *Međunarodno privatno pravo (opšti deo),* Beograd, Službeni glasnik, (2006)

Гавроска П., Дескоски Т., Меѓународно приватно право, Скопје, (2011)

Јаневски А., Зороска Камиловска Т., *Граѓанско процесно право – Вонпарнично право*, Скопје, (2010)

Јаневски А., Зороска Камиловска Т., *Граѓанско процесно право – Парнично право*, Скопје, (2009)

Џунов Т. *Меѓународно приватно право* (четврто и дополнето издание), Скопје, (1995)

2. Studies and Reports

Comparative Study on Authentic Instruments - National Provisions of Private Law, Circulation, Mutual Recognition and Enforcement, Possible Legislative Initiative by the European Union (United Kingdom, France, Germany, Poland, Romania, Sweden), (2008),

European Commission, Study on the assessment of Regulation (EC) No 2201/2003 and the policy options for its amendment (Final Report Regulation (EC) No 2201/2003 -Analytical annexes), <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf> accessed 13 April 2016,

Hess B. and Pfeifer T. and Schlosser P., Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Study JLS/C4/2005/03) (2007), <http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_application_brussels_1_en.pdf> accessed 11 October 2014,

ICCA's Guide to the Interpretation to the 1958 New York Convention, (2011),

Practice Guide for the application of the Brussels IIa Regulation [2015] <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/brussels_ii_practice_guide_en.pdf> accessed 11 January 2016,

Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters done at Lugano on 16 September 1988 prepared by Jenard, P. and Moller, G. (OJ 1990 C 189, p. 57), ('the Jenard-Möller Report')

3. Websites:

< http://www.merriam-webster.com/dictionary/recognition> accessed 01 March 2022

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/recognition> accessed 01 March 2022

4. EU Law

Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations [2008], OJ L 7/ 1.

Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims [2004] OJ L 143/15

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of

judgments in civil and commercial matters [2012], OJ L 351/1.
Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, [2012] OJ L 201/107.

5. Case Law

BGH 09.02.2011, FamRZ 2011, 542 = unalex DE-2038.
Case C-256/09 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-07353.
Case C-296/10 *Bianca Purrucker v Guillermo Vallés Pérez* [2010] ECR I-11163.
Case C-403/09 PPU, *Jasna Detiček v Maurizio Sgueglia* [2009] ECR I-12193.
Case C-414/92, *Solo Kleinmotoren v. Boch* ECR [1994] ECR I-2237
Ruling of the High Trade Court (Resenje Viseg Trgovinskog Suda), Pz 1041/2003, from 26 February 2003

проф. д-р Поликсена Гавроска † [133]
доц. д-р Илија Руменов[134]

ВОВЕДНИ АСПЕКТИ НА ПРИЗНАВАЊЕТО И ИЗВРШУВАЊЕТО НА СТРАНСКИТЕ СУДСКИ ОДЛУКИ

Резиме

Извршувањето на странските одлуки од аспект на меѓународното јавно право е јасно – странските судови немаат надлежност да извршуваат странски одлуки ако тоа не е дозволено од страна на домашното право или со меѓународен договор. Од друга страна неизвршувањето на странски одлуки не претставува повреда на меѓународното јавно право, меѓутоа претставува огромна непријатност за страните (или за една од нив) и чекор наназад во остварувањето на материјалните права. Оттука, непризнавањето на странските судски одлуки не само што го спречува нивното извршување, туку и значи негирање на целосниот ефект на странското. Решението кое е прифатено од најголемиот број на држави за да се избегне повторување на постапката и да се овозможат хармонизирани одлуки во кои се заштитени правата на странките е тоа дека судските одлуки се признаваат откако ќе исполнат определени услови и доколку правната природа на одлуката тоа го бара, тие се извршуваат во тие држави. Со ова, државата каде се извршуваат странските судски одлуки балансира помеѓу „довербата“ во процесните и материјалните правни стандарди на странскиот правен систем и проширувањето на „контролата“ што државата во која се врши извршувањето на странската судска одлука ја спроведува врз странската одлука, а преку тоа и врз странскиот правен систем. Ова претставува декомпонирање на егзекватурата на нејзините основни компоненти.

Диференцијацијата помеѓу поимите „признавање“ и „извршување“ нема само значење од научен аспект, туку овозможува правилно разбирање на процесите кои ги опкружуваат овие правни институти. Овие правни поими често се користат како синоними, меѓутоа тие всушност претставуваат различни аспекти на инкорпорирањето на странските судски одлуки во правните системи на државите. Што се однесува пак до правната природа на одлуките за

[133] Редовна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[134] Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

признавање и извршување, тие се од деклараторна природа и генерално постои согласност помеѓу стручната јавност за ова прашање.

Значаен аспект на признавањето и извршувањето на странските судски одлуки претставува разликувањето помеѓу одлуките кои се подобни за признавање од оние кои не се или оние одлуки кои се дискутабилни во контекст на тоа дали одлуките подлежат на признавање односно извршување. Овој аспект е значаен бидејќи до крајот на деведесеттите беше оставено на националните правни системи на државите да определат кои видови на одлуки ќе бидат признаени и извршени во нивните правни системи. Меѓутоа во рамките на ЕУ ваквата можност е значително скратена и некои одлуки кои не беа признавани и извршувани поради нивната природа (привремени мерки, нотарски акти и др.) денеска претставуваат дел од судските одлуки кои можат да циркулираат помеѓу правните системи. Во тој контекст секогаш е добро да се навраќаме на овие воведни аспекти на правните институти бидејќи без правилно познавање на изворот на овие правни институти се лимитираме во разбирањето на сложеноста на правните институти како што се признавањето и извршувањето на странските судски одлуки.

Клучни зборови: *Признавање, извршување, странски одлуки, судски одлуки, судски порамнувања, арбитражни одлуки, автентични инструменти, привремени и заштитни мерки.*

проф. д-р Ненад Гавриловиќ[1]

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТА ПРЕДИЗВИКАНА ОД ЖИВОТНИ: СЕКТОРСКИ РЕЖИМ ЗА ДИВЕЧ

УДК: 347.516:340.13(497.7)"2018"
347.51:639.11/.12(497.7)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Во трудот се анализира одговорноста за штета предизвикана од дивеч во македонското отштетно право, а имајќи ја предвид реформата на Законот за облигационите односи извршена во 2008 година. Притоа, проблематиката најпрво се изложува историски, за да се увидат развојните тенденции на македонското отштетно право во поглед на одговорноста за штета предизвикана од дивеч и да се согледаат соодветноста и оправданоста на актуелните правни правила. Потоа се разгледуваат главните белези на новите општи правни правила за одговорноста за штета предизвикана од дивеч, особено имајќи го предвид нивниот однос со правилата содржани во посебните прописи. Во текот на анализата, трудот нуди аргументи за применливоста на претходните.

Клучни зборови: *штета, (не)заштитен дивеч, Новела 2008, објективна одговорност, забрана за лов*

1. Поставување на проблемот

Македонскиот правен систем, како и повеќето, познава еден општ режим и повеќе секторски; кога станува збор за одговорноста за штета предизвикана од животни. Разликувањето помеѓу овие режими, секако, може да зависи од повеќе критериуми, но она што е генерално прифатено како линија на разграничување, е или видот на животните што ја предизвикале штетата или специфичната

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

локација каде што штетата е предизвикана или пак, евентуално, специфичните белези на конкретниот штетник. Без навлегување во оправданоста на ваквото разликување, колку и истото да се чини инцидентно, законодавната рамка е онаква каква што е и еден прилог, каков што е овој, не може да ја „предизвика" законодавната одлука во смисла на нејзиниот опортунитет а, уште помалку, во смисла на нејзино преиспитување. Она што е битно, во крајна линија, е фактот дека македонскиот правен систем познава еден општ режим на одговорност и неколку посебни режими. Режимот применлив на дивечот е само еден од нив.

Ваквата состојба на работите, од своја страна, е последица на самата законодавна рамка посветена на засегнатата проблематика. Актуелниот Закон за облигационите односи,[2] а како последица на неговата новелација извршена во 2008 година,[3] го содржи т.н. општ режим на одговорност за штета предизвикана од животни.[4] Ова за разлика од основната верзија на Законот за облигационите односи од 2001 година[5] којшто не содржеше општи правила за одговорноста за штета предизвикана од животни, вклучувајќи го и дивечот. Се отвора, оттаму, прашањето за демаркацијата на примената на општиот пропис (ЗОО) и посебните прописи што уредуваат прашања поврзани со штетите предизвикани од животни. Кога станува збор за дивечот, тоа е Законот за ловството.[6] Практичното прашање што оттаму се поставува, е определувањето на применливиот пропис за пресудување на ситуациите кога дивеч ќе предизвика штета, а истата, секако, е настаната по отпочнувањето на примената на решенијата содржани во Новелата 2008. Решенијата на Новелата 2008, којашто пак, резултира со одредбите на актуелниот ЗОО, инаку, беше донесена со желба да се изврши т.н. релативна унификација на системот на одговорност за штета предизвикана од животни.[7] Колку ова беше успешно, помеѓу другото, е тема на анализа на овој прилог.

Од друга страна, останува фактот дека материјата на одговорноста за штета предизвикана од животни е и понатаму предмет на фрагментарна уреденост па, оттаму, сè уште говориме за секторски режими. За волја на вистината, ваквата состојба на работите е резултат на правната историја од

---

[2] *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 – ЗОО.

[3] Закон за изменување и дополнување на Законот за облигационите односи, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 84/08, 81/09 и 161/09 – Новела 2008.

[4] Вид. Н. Гавриловиќ, „Одговорност за штета предизвикана од животни: општ режим", *Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први" во Скопје: во чест на Јане Миљовски* (ур. А. Стојков), Правен факултет „Јустинијан Први", Скопје 2016, 309–310.

[5] *Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01 – ЗОО 2001.

[6] *Службен весник на Република Македонија*, бр. 26/09, 82/09, 136/11, 01/12, 69/13, 164/13, 187/13, 33/15, 147/15 и 193/15 – ЗЛ.

[7] Вид. Н. Гавриловиќ, „Новелирање на македонското отштетно право", *Деловно право* 20/2009, 438-441.

причина што сојузниот југословенски Закон за облигационите односи од 1978 година,[8] којшто ЗОО 2001 го презема во најголемиот дел,[9] не го покриваше изречно прашањето за одговорноста за штета предизвикана од животни. Постоеја, од друга страна, секторски режими уредени со (претежно) републички (и покраински) прописи. За секторот на дивеч тоа беа прописите за ловството. По донесувањето на Новелата 2008 ова покренува, покрај погоре споменатото прашање на применливиот пропис, и уште две други. Првото се однесува на пристапот на правната политика кон прашањето, имајќи предвид дека се донесе Новелата 2008, а ЗЛ и понатаму ги покрива прашањата за одговорноста за штета предизвикана од дивеч. Истото, дополнително, ја отсликува и македонската законодавна постапка кога се интервенира во еден пропис без притоа да се навлезе во неговата рефлексија врз други прописи.[10] Второто, пак, се однесува на теоретската заснованост на т.н. секторски режими за одговорноста за штета предизвикана од животни, вклучувајќи го и оној за штетите од дивеч.

Во смисла на последново, основното прашање е дали постоењето посебни прописи што, во конкретната ситуација, доведува до постоење секторски режим за одговорноста за штета предизвикана од дивеч, е теоретски основано. Ова од причина што одговорноста за штета предизвикана од животни има свој основ во ризикот создаден или контролиран со власта врз животното како опасна ствар. Вакво е, барем, резонирањето врз основа на коешто се базира општиот режим на одговорноста за штета предизвикана од животни согласно правилата на ЗОО. Прашањето е, оттаму, дали секторските режими, вклучувајќи го и оној што се однесува на одговорноста за штета предизвикана од дивеч, подразбираат или не засебни основи на одговорност и, поради тоа, и потреба од посебни правила. Од чисто теоретски аспект, доколку ова не е случај, самата потреба од секторски режим базиран на посебни прописи станува спорна и, во крајна линија, неадекватна, доколку т.н. отштетно право се поима во системска смисла.

Од друга страна, самата регулација на определена материја со посебни прописи може да е само навидум спорна доколку законодавната одлука е базирана на потребата од систематичност, а, уште повеќе, на меѓузависноста на конкретните правни решенија со останатите содржани во определен правен акт. Системот на т.н. отштетно право, во овие ситуации, останува композитен иако неговите правила се „расфрлани“ по различни посебни прописи, надвор од општиот. Применето на

[8] *Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89 – ЗОО 1978.

[9] Вид. Г. Галев, Ј. Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право: практикум, книга прва*, Просветно дело, Скопје 2001, 7–8.

[10] Ова, пак, е интересно во однос на т.н. меѓуресорска соработка при носењето закони. Во Република Македонија, имено, како предлагач на закони најчесто се јавуваат ресорните министерства односно, стриктно правно, Владата на Република Македонија. Интерната координација, затоа, е суштествена кога се засегаат законски решенија и подоцнежни нивни измени и дополнувања.

одговорноста за штета предизвикана од дивеч, сево ова подразбира одговарање на четири прашања. Првото е теоретско по својата природа и се однесува на евентуалното постоење заеднички основ на одговорноста за штета предизвикана од животни, вклучувајќи ги и штетите предизвикани од дивеч. Второто е, исто така, теоретско и се однесува на квалификацијата на власта врз дивечот. Ова во смисла дали одговорното лице, во случаите на штета предизвикана од дивеч, е истовремено и лицето на коешто може да му се припише власт врз животното. Доколку овие две теоретски претпоставки се точни (или не се), третото прашање е фокусирано на правната политика и се однесува на потребата од постоење посебни прописи за уредувањето на материјата на одговорноста за штета предизвикана од дивеч, а имајќи ја предвид системската компонента при законодавната активност. Четвртото прашање, конечно, се однесува на определувањето на применливиот пропис во ситуација кога постојат два (или повеќе) правни акти што уредуваат конкретна материја. Анализите што следат, се изведуваат во насока на одговор на наведените прашања.

2. Дивечот и неговата опасност

2.1. Куса историска и компаративна перспектива

Во однос на самата законодавна рамка, правната традиција игра забележителна улога при секторскиот третман на одговорноста за штета предизвикана од дивеч. Ова почнувајќи од Законот за лов од 1931 година[11] со којшто беа заменети претходните прописи за ловот, односно Законот за лов од 1898 година[12] и соодветните пропратни прописи,[13] коишто пак, не содржеа посебни правила за штетите предизвикани од страна на дивеч. ЗЛ 1931, од друга страна, ја уредуваше оваа материја и неговите правила се релевантни и за Македонија, согласно Уредбата за извршување на Законот за лов на територијата на Вардарската бановина.[14] Посебни правила за штетите предизвикани од страна на дивеч се содржани и во прописите на повоена Југославија, како сојузни така и републички. Во однос на последниве, релевантни се решенијата на Законот за лов од 1949 година,[15] на Законот за лов од 1959 година,[16] на Законот за ловство

[11] Закон о лову, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 285А-XCIV од 6.12.1931 и бр. 11-III од 15.1.1932 – ЗЛ 1931.

[12] Закон о лову, *Српске новине*, бр. 158 од 23.7.1898 и бр. 79 од 11.4.1904 – ЗЛ 1898.

[13] Упутства за извршење Закона о лову [Упатства за извршување на Законот за лов], *Српске новине*, бр. 187 од 25.7.1901 и *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 107-XXXII од 14.5.1931.

[14] Уредба за извршење Закона о лову на територији Вардарске бановине, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 187-XLIII од 14.8.1935 – Уредба 1935.

[15] *Службен весник на Народна Република Македонија*, бр. 10/49 – ЗЛ 1949.

[16] *Службен весник на Народна Република Македонија*, бр. 23/59 и *Службен весник на*

од 1967 година,[17] на Законот за ловство од 1973 година[18] и на Законот за ловот од 1988 година.[19] По осамостојувањето е донесен Законот за ловството од 1996 година,[20] како претходник на актуелниот ЗЛ. Што се однесува до сојузните прописи, нивниот статус и обем на покриена материја зависи од конкретната фаза на развојот на уставното уредување на федерацијата и на федералните единки, односно од специфичниот однос на законодавната надлежност на федерацијата и на единките.[21] Така, додека Општиот закон за ловот од 1947 година[22] содржи само општи правила за штетите предизвикани од дивеч,[23] а споредено со ЗЛ 1949, Основниот закон за ловството од 1965 година[24] ја уредува материјата на потполн начин, за разлика од одредбите на ЗЛ 1967.[25] По 1974 година,[26] материјата е во надлежност на федералните единки.

Имајќи ја ваквата состојба предвид, јасно е дека постоењето секторски прописи за штетите предизвикани од дивеч не е новина на македонското право. За периодот пред донесувањето на погоре наведените прописи е тешко да се влечат генерални заклучоци. Прописи за ловот секако постоеле[27] но, согласно нивото на развој на правната техника, нивното влијание на постоењето посебен режим на одговорност е спорно. Оттаму, до донесувањето посебни прописи за ловот што ја покриваат материјата на штетите од дивеч, примена би требало

Социјалистичка Република Македонија, бр. 16/65 – ЗЛ 1959.

17 *Службен весник на Социјалистичка Република Македонија*, бр. 05/67 – ЗЛ 1967.

18 *Службен весник на Социјалистичка Република Македонија*, бр. 05/73, 17/73 и 26/80 – ЗЛ 1973.

19 *Службен весник на Социјалистичка Република Македонија*, бр. 43/88, 18/89, 26/89, 20/90, 27/90, 17/91 и *Службен весник на Република Македонија*, бр. 83/92 – ЗЛ 1988.

20 *Службен весник на Република Македонија*, бр. 20/96, 26/96, 34/97, 67/04, 69/04, 84/07, 113/07 и 88/08 – ЗЛ 1996.

21 Вид. Г. Галев *et al.*, „Компаративно искуство на кодификација на граѓанското право во поранешните југословенски републики: теоретски и практични аспекти“, *Кодификација на македонското граѓанско и трговско право* (ур. В. Камбовски, Т. Беличанец, Г. Галев), Македонска академија на науките и уметностите, Скопје 2008, 134 и понатаму.

22 *Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија*, бр. 105/47 – ОЗЛ 1947.

23 Вид. чл. 44(2)(24) од Уставот на Федеративна Народна Република Југославија, *Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија*, бр. 10/46.

24 *Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија*, бр. 16/65 – ОЗЛ 1965.

25 Вид. чл. 57 ОЗЛ 1965, како и чл. 119(3) и 161 од Уставот на Социјалистичка Федеративна Република Југославија, *Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија*, бр. 14/63.

26 Вид. чл. 281 од Уставот на Социјалистичка Федеративна Република Југославија, *Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија*, бр. 09/74.

27 Вид., на пр., V. Vučevac-Bajt, A. Alegro, Z. Žvorc, „Razvoj hrvatskog zakonodavstva o lovu“, *Stočarstvo* 50(3)/1996, 219-223; M. Kolar-Dimitrijević, E. Wagner, „Lov i plemstvo u Hrvatskoj i Slavoniji“, *Ekonomska i ekohistorija* 5(1)/2009, 44 и понатаму; Н. Кршљанин, „Правна регулатива лова у Књажеству Србији: први кораци ка модерном ловном законодавству“, *Животиње и право: зборник радова* (ур. М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 31 и понатаму.

да имаат општите прописи на граѓанското право. Така, на пр., правилата од § 1320 од Општиот австриски граѓански законик – ОГЗ, како пред така по третата новела од 1916 година, изгледа дека се применуваат на сите видови животни.[28] Ова би можело, *mutatis mutandis*, да се тврди и за правилата од § 815 од Српскиот граѓански законик – СГЗ, барем до донесувањето посебни прописи, но е секако спорно.[29]

Во компаративното право, инаку, пристапите се различни. Во некои случаи, одговорноста за штета предизвикана од диви животни (и/или дивеч) се третира еднакво како и штетата од домашни животни, како што е случај со правилата на ОГЗ. Од друга страна, правилата од чл. 2052 на италијанскиот Граѓански законик, иако зборуваат за животните воопшто, изгледа дека не се применуваат и на дивечот.[30] Во некои случаи, пак, правилата за одговорноста за штета предизвикана од дивеч се уредени со општите прописи, како што е случај со § 6:563 од унгарскиот Граѓански законик[31] и со чл. 158 од словенечкиот Законик за облигациите, но сепак како посебен режим за дивеч. Конечно, во најголем број случаи, штетите предизвикани од страна на дивеч се од режимот на посебни прописи како што е случај, на пр., со чл. 50 од полскиот Закон за лов. Интересна е, исто така, состојбата на германското законодавство. Така, иако со правилата на § 833 од германскиот Граѓански законик – BGB се прави разлика помеѓу т.н. луксузни животни и т.н. корисни животни, не постои разлика помеѓу домашните и дивите животни. Дополнително, и со правилата на посебниот федерален Закон за ловство се покриваат штетите од дивеч но неговите одредби, согласно §§ 29–32 од истиот, изгледа се однесуваат само на т.н. полски штети.[32]

2.2. Актуелна состојба на законодавството

Битно е да се спомене дека со Новелата 2008 се донесоа две битни одлуки по однос на одговорноста за штетите предизвикани од животни. Прво, со Новелата 2008 се одлучи да се изврши релативна унификација на правилата за одговорноста за штета предизвикана од животни. Ова во смисла што Новелата 2008 не прави разлика, од аспект на основот на одговорноста, помеѓу штетата

[28] Спор. A. Rušnov, S. Posilović, *Tumač Obćemi austrijskomi Građanskomi zakoniku, knjiga druga: §§ 531-1502.*, Knjižara L. Hartmana, Zagreb s.a.^{2}, 647.

[29] Спор. Д. Аранђеловић, *О одговорности за накнаду штете: објашњење главе XXX Грађанског законика*, Напредак, Београд 1923^2, 41.

[30] Вид. G. Alpa, V. Zeno-Zencovich, *Italian Private Law*, Routledge-Cavendish, Abingdon–New York, NY 2007, 266–267.

[31] Вид. A. Menyhárd, „Basic Questions of Tort Law from a Hungarian Perspective“, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (ed. H. Koziol), Jan Sramek Verlag, Wien 2015, 321, 323.

[32] Вид. C. von Bar, *The Common European Law of Torts, Volume One: The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1998, 226; C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford 2013^2, 406.

предизвикана од диви и домашни животни, додека кај последниве не прави разлика помеѓу корисните животни и домашните миленици.[33] Унификацијата е релативна, од друга страна, затоа што кај штетите од дивеч постојат извесни специфичности.[34] Овие специфичности, меѓутоа, не влијаат на основот на одговорноста. Дивечот, исто така, се уредува и со посебни прописи, па иако се споменува во решенијата на ЗОО, и понатаму се релевантни и одредбите на ЗЛ. Спорно е, секако, во кој обем, за што ќе стане збор подоцна. Инаку, според чл. 3(1) ЗЛ, дивеч се одредени видови животни и птици кои живеат слободно во природата или во оградени површини во кои интензивно се одгледуваат, размножуваат, заштитуваат и ловат. Во чл. 5 ЗЛ се предвидуваат видовите дивеч, категоризирани во птици и цицачи, а секоја од овие категории е поткатегоризирана на крупен и ситен дивеч.[35]

Во однос на категориите животни, битно е да се наведат две работи. Најпрво, самото разликување помеѓу домашните и дивите животни може да се појави како спорно, првенствено во правна смисла, а да не зборуваме за самите категории диви и домашни животни. Така, на пр., биволот е домашно животно,[36] но може да се користи и во земјоделското производство, како извор на храна за луѓето, како и за расплод, додека песот може да биде домашно животно што служи за чување на домот или стадото, но може да биде и домашен миленик,[37] па и скитник. Понекогаш е, затоа, спорно и дали конкретното животно е домашно или диво. Ова е особено случај со пчелите[38] коишто, според старите правни правила, од питоми стануваат ничии, и оттаму погодни за окупација, откако ќе избегнат од сопственикот, а тој не ги поврати два дена (§ 384 ОГЗ), 24 часа (§ 240 СГЗ), односно веднаш (чл. 77(1) од Општиот имотен законик – ОИЗ).[39] Квалификацијата на пчелите е битна поради определување на одговорното лице, зависно дали се домашни[40] или пак диви. Слични проблеми можат да се

[33] Правилата од чл. 165-ж до 165-ѕ ЗОО, оттаму, се однесуваат на штетите предизвикани од сите категории животни.

[34] Имено, споменатите одредби од ЗОО се однесуваат на сите категории животни, со тоа што се редактирани некои посебни правила што го регулира прашањето за носителот на одговорноста за штета предизвикана од дивеч (чл. 165-и).

[35] Така, на пр., срната е крупен, а зајакот ситен дивеч од редот на цицачи, додека големата дропла е крупен, а фазанот ситен дивеч од редот на птици.

[36] Вид. чл. 2 од Законот за сточарството (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 07/08, 116/10, 23/13, 149/15 и 39/16).

[37] Во таа смисла, како што е споменато, во § 833 BGB се прави разлика помеѓу т.н. луксузни животни и т.н. корисни животни.

[38] Вид. B.W. Frier, „Bees and Lawyers", *The Classical Journal* 78(2)/1982–1983, 105–114.

[39] Вид. М. Полојац, „Пчеле и Нацрт Грађанског законика Републике Србије: римска и германска правна традиција", *Животиње и право: зборник радова* (ур. М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 11 и понатаму. Инаку, согласно првото издание на ОИЗ од 1888 година, рокот изнесува 48 часа.

[40] Според одлука на Врховниот суд на БиХ, Рев. 506/88 од 11.5.1989 година, лицата кои ги

појават и за гулабите.[41] Инаку, според чл. 134(2) од Законот за сопственост и други стварни права,[42] ројот пчели се смета за напуштен ако сопственикот не го видел два дена.[43]

Од друга страна, самото диво животно може да се смета за домашно или, подобро речено, за припитомено, доколку е под непосредна власт на човекот. Историски, ова настанува по пат на окупација,[44] со тоа што во современи услови држењето диви животни како миленици е под режимот на посебни прописи.[45] Генерално, без оглед дали се повредени административните обврски на посебни прописи, неспорно е дека дивото животно може да се припитоми или пак воопшто да биде под власта на човекот. Така, може да станува збор за диви животни како миленици, диви животни во циркуси,[46] диви животни во зоолошки градини и сл. Понатаму, мошне е битно да се прави разлика помеѓу дивите животни и дивечот, а во смисла дека не сите диви животни се сметаат за дивеч. Ова не само поради можноста дивите животни да се чуваат како домашни,[47] туку и имајќи предвид дека дивечот е енумериран со посебните прописи за ловството. Со други зборови, не секое диво животно се смета за дивеч во смисла на прописите за ловството. Така, за потребите на ЗЛ, секако не се споменуваат егзотичните или други диви животни кои воопшто не се автохтони за Република Македонија како, на пр.,

---

поставиле своите пчели (60 кошници) во непосредна близина на ливадата на која пасе стока, одговараат за штетата предизвикана со смртта на коњ од каснувањето на голем број пчели. Притоа, согласно образложението на одлуката, тужителот на својата парцела врзал, поради пасење, кобила со ждребе коешто не било врзано, додека тужените на соседната парцела поставиле 60 кошници пчели. Исто така, според одлука на Врховниот суд на Србија (Одделение во Нови Сад), Гж. 475/65, за штетата што ќе ја причинат пчели одговараат сите сопственици чиишто кошници се сместени на загрозеното подрачје под услов да не се докаже дека баш пчелите на одреден сопственик се причинители на штетата.

41 Вид. § 239 СГЗ.

42 *Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 31/08, 92/08, 139/09 и 35/10 – ЗСДСП.

43 Инаку, според одредбата, друго припитомено животно се смета за напуштено ако само од себе изостане 42 дена.

44 Вид. M. Polojac, „Gaius, Hadzic and *occupatio* of wild animals: classical Roman law in the Serbian Civil Code“, *Fundamina* 20(2)/2014, 738 и понатаму.

45 Според чл. 3(2) од Законот за ветеринарното здравство (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 113/07, 67/10, 24/11, 136/11, 123/12, 154/15 и 53/16) – ЗВЗ, како домашен миленик се смета секое животно кое припаѓа на животинските видови кои вообичаено се одгледуваат и чуваат, но не се користи од човекот или одгледува во одгледувалишта, и кое при движење е придружено од сопственикот или друго одговорно лице.

46 Инаку, според чл. 4(12) од Закон за заштита и благосостојба на животните (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 149/14, 149/15 и 53/16) – ЗЗБЖ, забрането е користење на диви животни во циркуски и слични претстави. Забрането е, исто така, држење, одгледување и размножување на диви животни наменети за користење во циркуски и слични претстави (чл. 4(13) ЗЗБЖ).

47 Така, според чл. 3(3) ЗВЗ, домашно животно е секое копнено животно чувано од човекот, вклучувајќи домашни миленици и пчели со исклучок на риби.

лавот или жирафата.[48] Оттаму, за дивите животни што се под непосредна власт на човекот, не се одговара според прописите за ловството или некои други прописи, ако не се опфатени под поимот дивеч, туку по општиот режим за одговорност за штета предизвикана од животни уреден во ЗОО.[49]

Второ, а што се однесува до самиот основ на одговорноста, Новелата 2008 го постави правилото за објективна одговорност на имателот на животното, а како последица на можноста животните да се дефинираат како своевидни опасни ствари, како што беше постапено и во Скицата на Законикот за облигациите и договорите на проф. Константиновиќ.[50] На овој начин, Новелата 2008 само го имплементираше ставот дека сите животни се опасни ствари, без оглед дали се домашни или диви, иако во литературата постоеја различни ставови по прашањето. Така, покрај доминантното стојалиште дека одговорноста за штетата предизвикана од дивеч треба да се третира како објективна,[51] постоеја и гледишта во прилог на субјективната одговорност.[52] Што се однесува до практиката, генерално е неспорно дека барем дивечот е опасен.[53] Слична е ситуацијата и во споредбеното право, иако постојат специфичности во поглед на одговорноста,[54] па истите ќе бидат посочени понатаму во текстот. Во секој случај, опасноста на дивечот, односно дивите животни воопшто, е неспорна.[55]

---

48 Спор. чл. 2(1) и 6(2) од англискиот Закон за животните.

49 Така, според одлука на Врховниот суд на БиХ, Рев. 70/88 од 8.12.1988 година, сопственикот чијшто мајмун, иритиран од викањето од улицата, се оттргнал од синџирот во дворот и на улицата повредил случајна минувачка, одговара за штетата според начелото на објективна одговорност.

50 M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1969.

51 Вид. М. Митић, „О накнади штете причињене животињом: поводом једне судске одлуке", *Гласник Адвокатске коморе у А.П. Војводини* 2/1961, 2.

52 Вид. V. Nedeljković, „O naknadi štete koju počini životinja", *Pravni život* 3–4/1959, 47–48.

53 Така, според одлука на Врховниот суд на Косово, Гж. 264/80, дивечот претставува опасна ствар, бидејќи неговото однесување не е предвидливо, ниту е подредено на волјата на имателот. Кога дивечот непосредно причини штета на човек, нанесувајќи му телесни повреди, се смета дека станува збор за објективна одговорност.

54 Така, на пр., според чл. 1906 од шпанскиот Граѓански законик, сопственикот на ловиштето е одговорен за штетите што дивечот ќе ги предизвика на соседните имоти само ако не ги презел потребните чекори за спречување на неговото размножување или пак го спречил неговото изгонување од сопственикот на соседните имоти. Со чл. 33(1) од посебниот шпански Закон за ловство, од друга страна, се предвидува објективна одговорност на лицето коешто стопанисува со ловиштето.

55 Вид. O.W. Holmes, *The Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2009 (1881), 139–140.

3. Дивечот и власта врз него: проблематика на определување на имателот

Адресат на одговорноста, кога штетата е предизвикана од опасна ствар, вклучувајќи го животното, е нејзиниот имател. Вака е според општите правила за објективната одговорност за штета (чл. 160 ЗОО), како и според посебните правила за штетата предизвикана од страна на животни (чл. 165-ж(1) ЗОО). Како имател, во смисла на чл. 165-ж(3) ЗОО, се подразбира сопственикот, закупецот, послугопримачот, плодоуживателот и сл.[56] Имател, оттаму, е лицето што има власт врз стварта, без оглед дали е сопственик или не. Применето на дивечот, определувањето на имателот е затоа спорно. Ова особено во релација со домашните животни или пак, дивите животни што се под непосредна власт на човекот. Така, се изнесуваат и ставови дека делувањето на дивите животни е изедначено со самостојното делување на природните сили, додека делувањето на питомите, припитомените и дивите животни што се држат од некого, се смета за дејствие на оној кој располага со животното.[57] Веројатно поради ова, во литературата понекогаш се зборува само за потребата од објективна одговорност на имателот на домашни животни.[58]

Како генерален проблем, спорно е дали дивечот воопшто има имател. Според чл. 56(1) од Уставот на Република Македонија,[59] сите природни богатства на Републиката, растителниот и животинскиот свет, добрата во општа употреба, како и предметите и објектите од особено културно и историско значење определени со закон, се добра од општ интерес за Републиката и уживаат посебна заштита.[60] Инаку, во смисла на чл. 16(2) ЗСДСП, стварите кои врз основа на УРМ или со посебни закони се прогласени за ствари од општ интерес за Републиката, можат да бидат предмет на правото на сопственост на државата, односно на физички и правни лица. УРМ и ЗСДСП, значи, не го определуваат титуларот на сопственоста на животинскиот свет, туку само дека истиот е под посебен режим од аспект на тоа дека ужива посебна заштита поради значењето за општествениот живот на Република Македонија.[61] Дилемата во однос на сопственоста не ја

[56] Од друга страна, на пр., во чл. 1385 од францускиот Граѓански законик се зборува за одговорноста на сопственикот на животното.

[57] Вид. M. Vuković, *Odgovornost za štete*, Prosvjeta, Zagreb 1971[2], 68.

[58] Вид., на пр., B. Vizner, *Građansko pravo: knjiga treća*, izd. autora, Rijeka 1969[2], 780-781.

[59] *Службен весник на Република Македонија*, бр. 52/91, 01/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 03/09, 13/09 и 49/11 – УРМ.

[60] Исто така, според чл. 16(1) ЗСДСП, сите природни богатства, растителниот и животинскиот свет, стварите во општа употреба, градежното земјиште, шумите и земјоделското земјиште, пасиштата и водите, како и стварите и објектите од особено културно и историско значење определени со закон се ствари (добра) од општ интерес за Републиката.

[61] Вид. Р. Живковска, *Стварно право, книга I: поимот стварно право, ствари, владение*, Европа 92, Скопје 2005, 170–173.

разрешува ниту Законот за заштита на природата[62] ниту Законот за животната средина,[63] туку самиот ЗЛ каде во чл. 2 се предвидува дека дивечот е во државна сопственост и како добро од општ интерес за Република Македонија ужива посебна заштита на начин и под услови утврдени со ЗЛ и ЗЗП.

Фактот што сопственик на дивечот е Република Македонија, меѓутоа, сè уште не повлекува непосреден заклучок дека таа е имател. Ова поради (најмалку) три причини. Прво, согласно чл. 34(1) ЗЛ, дивечот во ловиштата на користење по пат на концесија го дава Владата на Република Македонија на домашно и странско правно лице кое ги исполнува условите предвидени со ЗЛ и Законот за концесии и јавно приватно партнерство.[64] Република Македонија, со други зборови, не презема секогаш непосредни дејствија во поглед на дивечот преку нејзините органи, односно преку Министерство за земјоделство, шумарство и водостопанство како надлежен орган.[65] Второ, и веројатно побитно од аспект на одговорноста за штетите предизвикани од дивеч, посебните прописи генерално ги покриваат само штетите од т.н. дивеч под заштита (чл. 69 ЗЛ). Во чл. 9 ЗЛ, имено, дивечот покриен со чл. 5 ЗЛ се дели на дивеч под заштита и дивеч без заштита. Така, на пр., срната, мечката, дивата свиња и шумскиот був се дивеч под заштита (чл. 9(2) ЗЛ), додека волкот, лисицата, јастребот кокошкар и чавката се дивеч без заштита (чл. 9(3) ЗЛ). Трето, и генерално најспорно, е иницијалното квалификување на дивечот во смисла на ствари под власт на човекот, па оттаму и на државата.

Тргнувајќи од последното, како што е споменато, дивеч се одредени видови животни и птици кои живеат слободно во природата или во оградени површини во кои интензивно се одгледуваат, размножуваат, заштитуваат и ловат (чл. 3(1) ЗЛ). Правната квалификација по однос на одговорноста за штетата предизвикана од дивеч, оттаму, има две последици. Првата е дека за штетите предизвикани од дивеч, во смисла на диви животни што живеат слободно во природата, генерално не одговара никој. Ова од едноставна причина што тие се ничии, во смисла дека немаат имател, додека самиот факт што се (евентуално) во нечија сопственост не вреди многу.[66] Токму поради оваа причина, и според правилата содржани во

---

[62] *Службен весник на Република Македонија*, бр. 67/04, 14/06, 84/07, 35/10, 47/11, 148/11, 59/12, 13/13, 163/13, 41/14, 146/15, 39/16 и 63/16 – ЗЗП.

[63] *Службен весник на Република Македонија*, бр. 53/05, 81/05, 79/06, 101/06, 109/06, 24/07, 159/08, 83/09, 01/10, 48/10, 124/10, 51/11, 123/12, 93/13, 187/13, 42/14, 44/15, 129/15, 192/15 и 39/16.

[64] *Службен весник на Република Македонија*, бр. 06/12, 144/14, 33/15, 104/15 и 215/15 – ЗКЈПП.

[65] Вид. чл. 21(1) од Законот за организација и работа на органите на државната управа, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 58/00, 44/02, 82/08, 167/10 и 51/11.

[66] Имено, според чл. 165-ж(1) ЗОО, за штета причинета од животно одговара неговиот имател, било тоа да се наоѓа кај него, било да се загубило или избегало. Применето на дивечот, правилото вреди малку не само затоа што е спорно дели државата или, евентуално, концесионерот се иматели, туку и поради тоа што, според општите правила, избеганото или залутано животно не останува вечно под власта на определено лице.

Нацртот на заедничката референтна рамка[67] (чл. VI.-3:203 и VI.-3:208), истите се однесуваат на сите групи животни, но не и на дивите животни слободни во природата (дивечот), со аргументација дека тие не се во ничие држење.[68] Исто така, во чл. 2363 од латвискиот Закон за облигациите се зборува за како за штетите од дивите животни така и за штетите од домашните животни, но од друга страна, се зборува за одговорноста на имателот на животното. Втората последица, пак, се состои во тоа дека, поради генералната неодговорност за штетите предизвикани од страна на дивеч, се носат прописи што ја алоцираат одговорноста на некое лице. Каква ќе биде нивната содржина, е друго прашање.

Во контекст на последново, посебните прописи за ловство се однесуваат само на штетите предизвикани од дивеч под заштита, со тоа што за дивечот под заштита за кој се утврдува ловостој е одговорен концесионерот на дивечот во ловиштето (чл. 69(1) ЗЛ), додека штетата што ќе ја причини дивечот за кој е пропишана трајна или привремена забрана на ловење, се надоместува од Буџетот на Република Македонија (чл. 69(2) ЗЛ).[69] Ваква е и историската состојба на посебните прописи (чл. 69-70 ЗЛ 1996, чл. 63-64 ЗЛ 1988, чл. 62 и 64 ЗЛ 1973, чл. 37 ОЗЛ 1965 и чл. 35 ЗЛ 1967,[70] чл. 31-32 ЗЛ 1959, чл. 17 ОЗЛ 1947 и чл. 46 ЗЛ 1949, § 50 ЗЛ 1931).[71] Токму поради ова, во литературата во главно се зборува за штети од заштитен дивеч.[72] Во однос на обидите ова дополнително да се елаборира, во литературата се наведува дека за животните што не се под власта на човекот, како животни што слободно живеат во природата, треба

[67] Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline ed., Sellier, Munich 2009 – НЗРР.

[68] Вид. C. von Bar, *Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Sellier, Munich 2009, 674.

[69] За волја на вистината, во чл. 69(2) ЗЛ не се споменува синтагмата „дивеч под заштита", но за дивечот без заштита секако не се предвидува трајна или привремена забрана за лов. Инаквото постапување, неспорно, би било несоодветно и спротивно на самата цел на забраната за лов. Дотолку повеќе, согласно чл. 18(1) ЗЛ, дивечот без заштита може да се лови доколку не се загрозува неговиот траен опстанок, а согласно чл. 17(1) ЗЛ, за уништен дивеч без заштита може да се додели парична награда. Така, според Решението за утврдување на видот на дивеч без заштита и висината на паричната награда (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 145/2009), за волк и волчица се утврдува парична награда во висина од 3.300,00 денари, а за волче од легло со старост до 2 месеци се утврдува парична награда во висина од 1.300,00 денари. Инаку, по исклучок, согласно чл. 70 ЗЛ, ако концесионерот на дивечот во ловиштето за одделен вид дивеч без заштита пропише посебни услови за ловење, со кои се ограничува ловењето, одговара за причинетата штета од тој дивеч.

[70] Одредбата на чл. 37(1) ОЗЛ 1965, инаку, е првата од повоените што зборува и за штетите од незаштитен дивеч, со тоа што определувањето на видовите незаштитен дивеч за којшто се одговара, се оставени на републички прописи, што е видно од чл. 35 ЗЛ 1967.

[71] За волја на вистината, во § 51 ЗЛ 1931 се уредени посебни правила за штетите од диви свињи иако истите, согласно § 2(II)(1) ЗЛ 1931, се незаштитен дивеч.

[72] Вид., на пр., Ј. Радишић, *Облигационо право: општи део*, Номос, Београд 2004[7], 258.

да се прави разлика помеѓу животните заштитени со закон и оние што не се заштитени со закон.[73] Ваквото разликување, самото по себе, не е спорно, но од друга страна, не е доволно јасно дали истото се базира на самиот факт на постоење посебни прописи или на постоењето потреба за ваквата разлика и тоа од аспект на определувањето на имателот на животното или, подобро речено, на одговорното лице.

Изнесената состојба на работите сериозно ја проблематизира репарационата функција на посебните прописи за ловството. Ова од едноставна причина што многу штети, во практиката, потекнуваат од незаштитен дивеч, а особено од волци.[74] Инаку, состојбата со штетите предизвикани од волци има интересен развој во македонското права. Така, според основната верзија на ЗЛ 1996 волкот се смета за незаштитен дивеч. Со донесувањето на ЗЗП, во 2004 година, се укинуваат одредбите на ЗЛ 1996 за поделба на дивечот на заштитен и незаштитен (чл. 193(1)) додека со измените и дополнувањата на ЗЛ 1996 од 2007 година[75] волкот се смета за заштитен дивеч за со измените и дополнувањата на ЗЛ 1996 од 2008 година[76] волкот да се префрли во групата незаштитен дивеч каде останува и според ЗЛ.[77] Во секој случај, аргументот дека волците, како и другиот незаштитен дивеч, доколку се одредат за заштитени, нема да можат слободно да се убиваат, изгледа дека вреди малку во релација со предизвикувањето штети.[78] Независно од овие аргументи, државата е должна преку законодавецот да најде соодветен механизам за покривање на штетите[79] бидејќи, барем според нас, (не) заштитеноста на дивечот не е доволна за потребите на т.н. отштетно право. За

[73] Вид. Ž.S. Đorđević, V.S. Stanković, *Obligaciono pravo: opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1987[5], 431–432.

[74] Вид., на пр., А. Самарџиски, „Волци пред порти“, *Нова Македонија* (12.1.2017), достапно на: http://www.novamakedonija.com.mk/NewsDetail?title=&id=49b7e941-ef56-4cb1-beac-c0031226d80d (17.5.2017).

[75] Закон за изменување е дополнување на Законот за ловството, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 113/07.

[76] Закон за изменување е дополнување на Законот за ловството, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 88/08.

[77] Волкот е, инаку, незаштитен дивеч и според ЗЛ 1988 (чл. 12(3)(а)), ЗЛ 1973 (чл. 11(3)(а)), ЗЛ 1967 (*arg. ex* чл. 3 и 10), ЗЛ 1959 (согласно т. II(1) од Наредбата за одредување заштитен и незаштитен дивеч (*Службен весник на Народна Република Македонија*, бр. 11/60)), ЗЛ 1949 (согласно т. V(A) од Наредбата за лов и фаќање на дивеч, *Службен весник на Народна Република Македонија*, бр. 27/54)), ЗЛ 1931 (§ 2(III) и 3, како и согласно специфичните правила на Уредба 1935) и ЗЛ 1898 (чл. 4(II) и 6).

[78] Вредат, секако, и аргументите за евентуална дозволена самопомош но, имајќи предвид дека ова прашање се однесува на сите ситуации кога животно ќе се затече во штета, го оставаме за друга прилика.

[79] Спор. European Commission, *Compensation for damage caused by bears and wolves in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg 1999, достапно на: http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/life/damage_bears_wolves.pdf (17.5.2017).

ова, сепак, подолу во текстот, особено од аспект на одредбата од чл. 165-и(1) ЗОО.

Конечно, кога дивечот во ловиштето е даден под концесија, ситуацијата изгледа дека не е битно различна. Со други зборови, дали непосредни дејствија кон дивечот преземаат самата држава или други лица, врз основа на концесија, изгледа дека не менува ништо. Инаку, ловиште востановува Владата на Република Македонија во согласност со Просторниот план на Република Македонија (чл. 28(1) ЗЛ), со тоа што истовремено определува државни ловишта и ловишта со посебна намена (чл. 28(2) ЗЛ), а последниве се востановуваат на површините во националните паркови (чл. 28(3) ЗЛ). Согласно Одлуката за востановување на ловишта на територијата на Република Македонија,[80] на територијата на Република Македонија се востановуваат вкупно 266 ловишта од кои, 122 се за крупен дивеч, а 144 за ситен дивеч.[81] Согласно Одлуката за определување на државни ловишта,[82] на територијата на Република Македонија се определуваат пет државни ловишта, од кои четири за крупен дивеч и едно за ситен дивеч наменето за наставно-научни цели. Понатаму, според чл. 32(1) ЗЛ, ловиштата можат да бидат отворени[83] и оградени.[84] Последново, имајќи ги предвид одредбите од чл. 69–70 ЗЛ како и одредбата од чл. 165-и(1) ЗОО,[85] не влијае на квалификацијата на поимот имател иако, во смисла на правилата на НЗРР, се наведува дека дивечот што е ограден, има имател.[86]

Од сево ова, во поглед на дилемите на имателот на дивечот, можат да се изведат неколку заклучоци. Прво, постоењето на имател на животното, како и во поглед на секоја опасна ствар, се исцрпува во власта на животното, а не во контролата врз него. Во таа смисла, и животинскиот свет е под власта на човекот,[87] односно човекот е негов господар.[88] Второ, разликувањето помеѓу заштитениот и незаштитениот дивеч може да има само функција на определувањето на конкретниот имател. Во првата ситуација тоа се државата (за дивечот под трајна и привремена забрана за лов) и концесионерот (за дивечот под ловостој), додека

80 *Службен весник на Република Македонија*, бр. 125/09, 122/11 и 82/15.

81 На официјалната интернет-страница на Министерство за земјоделство, шумарство и водостопанство нема податок колку од овие ловишта се дадени под концесија.

82 *Службен весник на Република Македонија*, бр. 133/09, 85/12 и 15/16.

83 Отворено ловиште е ловиштето во кое е овозможено непречено движење на дивечот од едно ловиште во друго (чл. 32(2) ЗЛ).

84 Оградено ловиште е ловиштето кое е оградено со природни препреки (широки водотеци, езерски површини, високи планински сртови), или вештачки препреки (огради) кои ја спречуваат или намалуваат можноста дивечот да ја напушти таа површина (чл. 32(3) ЗЛ).

85 Во оваа одредба, инаку, се зборува за отворени или затворени ловишта.

86 Вид. C. von Bar, E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume IV*, Oxford University Press, Oxford 2010, 3497.

87 Вид. Г. Галев, Ј. Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право*, Просветно дело, Скопје 2012[3], 622.

88 Вид. Б. Мораит, *Облигационо право: књига друга*, Атлантик ББ, Бања Лука 1999, 147.

во втората тоа може да биде било државата било концесионерот.[89] Погледнато од друга страна, иако концесионерот може, согласно општите правила, да се смета како имател на дивечот под трајна или привремена забрана за лов, логиката на посебните прописи се должи и на општествениот интерес и на потребата за соодветна алокација на ризикот.[90] Животинскиот свет, имено, е во сопственост на државата, а општите правила за определувањето на имателот секако се базираат на власта, а не на сопственоста. Трето, а како последица на претходното, дискусијата околу (не)заштитеноста на дивечот само ја замаглува проблематиката со прашања за коишто т.н. отштетно право не би требало да воопшто да расправа.[91]

Како краен заклучок, барем според нас, сосема е неосновано тоа дека незаштитениот дивеч не одговара никој иако, за волја на вистината, ова произлегува од содржината на посебните прописи за ловството. Поради ваквата нивна состојба, согласно режимот на ОЗЛ 1965, своевремено е изнесен заклучокот дека за незаштитениот дивеч не одговара никој иако притоа се изнесува ставот дека за штетите од незаштитениот дивеч, имајќи предвид дека и овој е во општествена сопственост, треба да одговара општествено-политичката заедница на чијашто територија е предизвикана штетата.[92] Исто така, се наведува стојалиштето дека за дивечот што не е во рамките на дејноста на некое претпријатие, одговараат државата, односно локалната самоуправа којашто управува со добрата во општа употреба, спрема правилата на објективната одговорност.[93] Според нас, дивечот секако има имател, а правно-политичко прашање е дали посебните прописи ќе го дислоцираат имателот од едно на друго лице, но имател секако мора да постои. Овој концепт е доследно прифатен во чл. 165-и(1) ЗОО, за разлика од чл. 69–70 ЗЛ. Оваа логика на работите, инаку, е прифатена и во практиката.[94] Секако, со ова не се навлегува во спецификите на некои гранични случаи, кога може да дојде до одговорност

89 Ова не само во смисла на чл. 70 ЗЛ туку и согласно чл. 165-и(1) ЗОО каде се оптирало концесионерот да е лицето што одговара и за штетите предизвикани од незаштитен дивеч.

90 Спор. Б. Лоза, *Облиīационо йраво: ойшйи дио*, Службени гласник, Београд 2000[4], 238.

91 Спор. M. Karanikić-Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 178.

92 Вид. D. Kostić, *Pojam opasne stvari*, Savremena administracija, Beograd 1975, 94.

93 Вид. J. Salma, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2007[6], 593.

94 Така, според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 3393/92, за штетата настаната исклучиво поради налетувањето одненадеж на две животни (срни) на моторно возило во движење, одговара ловечкото друштво коешто управува во реонот на јавниот пат на којшто дошло до штетата, според принципот на објективна одговорност за ствар. Според судот, правилно е стојалиииштето на побиваната пресуда дека тужениот, како организација којашто управува со ловиштето во близина на магистралниот пат на којшто дошла до штетата, одговара за штетата предизвикана од дивеч заштитен со ловостој (срни), според принципот на одговорност за опасна ствар како нејзин имател. Во категоријата опасни ствари по своите особини спаѓаат животните, особено дивите животни затоа што нивното реагирање е непредвидливо.

и на друго лице. Во секој случај, согласно правилата на т.н. отштетно право, детерминанта на поимот имател е власта врз ствaрта. Правилата на ЗОО, така, не навлегуваат во (стварно)правните квалификативи, туку уредуваат поим што би одговарал на јасната цел на проблематиката на одговорноста за штета, а тоа е идентификацијата на одговорното лице. Она што не смее да се изгуби од вид, е дека човекова власт постои секогаш, барем кога зборуваме за организирано општество поставено на правни правила.

4. За постоењето единствен систем на одговорност

Оставајќи ги по страна претходно наведените посебни правила за ловството, со Новелата 2008 се направи обид во ЗОО да се уреди поконзистентен систем на одговорноста за штета предизвикана од дивеч. Правилото е дека за штетата предизвикана од дивеч одговара корисникот на отворено или затворено ловиште (чл. 165-и(1) ЗОО). Со други зборови, корисникот на ловиштето се смета за имател на животното. Што се однесува до штетата предизвикана од дивеч за кој е пропишана трајна забрана на ловење, за неа одговара државата, доколку не докаже дека штетата настанала по вина на оштетениот (чл. 165-и(2) ЗОО). Имател, овдека, е државата. Посебните прописи, согласно чл. 165-и(3) ЗОО, имаат ограничено поле на примена. Иако напорите што беа направени со Новелата 2008 да се уреди интегрално прашањето за одговорност за штета од животни (вклучувајќи го и дивечот) заслужуваат неоспорни пофалби, сепак можат да се идентификуваат неколку дилеми за коишто ќе зборуваме подолу.

4.1. Општо квалификување на одговорноста за штета предизвикана од дивеч како објективна

Одговорноста на имателот на дивечот е, генерално земено, објективна. Ова не само затоа што, во недостаток на посебни правила за дивечот, се применуваат правилата за одговорноста за штета предизвикана од страна на животни, туку и затоа што во недостаток на посебни правила за животните воопшто се применуваат општите правила за објективната одговорност за штета. Објективно, така, одговара имателот на опасна ствар, а опасна е онаа ствар, според чл. 159 ЗОО, којашто е било подвижна било недвижна и чија положба, употреба, особина или самото нејзино постоење претставуваат зголемена опасност од настанување штета за околината. Ваква ствар е секако дивечот, иако постојат ставови дека управувањето со истиот е всушност опасна дејност.[95] Во секој случај, имајќи го предвид не само постоењето секторски

[95] Така, според одлука на Врховниот суд на Косово, Гж. 174/84, организацијата која управува со ловиштето одговара за штета по основ на опасна дејност во смисла на чл. 173 и 174 ЗОО 1978 (чл. 159 и 160 ЗОО).

правила за штетите од дивеч, туку и постоењето посебни правила за штетите од дивеч во ЗОО, се поставува прашањето за обемот на примена како на општите правила за објективната одговорност за штета, така и на посебните правила на одговорноста за штета предизвикана од животни воопшто.

Најпрво е, секако, битна и примената на општите правила за одговорност за штета, во смисла на исполнетоста на т.н. општи услови за вондоговорна одговорност за штета. Во однос на самата штета, мошне е битно да се спомене дека и општите правила (чл. 142 ЗОО) и посебните правила за ловството зборуваат воопшто за штетите предизвикани од дивеч без ограничување, на пр., само на т.н. полски штети. Така, согласно чл. 66 ЗЛ, штета од дивеч е штетата што дивечот може да ја направи врз земјоделските култури, водите, добитокот, шумите, дивечот, луѓето и на објекти. Покриени се, оттаму, како материјалните, така и нематеријалните штети, воопшто. Дополнително, согласно општите правила, мошне е битен и моментот на штетата од аспект на правилата на застареност (чл. 365(1) и (2) ЗОО), што историски било порелевантно од аспект на роковите за поднесување на барањата за надомест.[96] Фактичката состојба, пак, се утврдува според општите правила според коишто, исто така, се цени и каузалитетот.[97]

Што се однесува до границите на одговорноста, според чл. 159 ЗОО, имателот на опасна ствар и вршителот на опасна дејност се објективно одговорни за настанатата штета освен ако не докажат дека причината е на страната на оштетениот или трето лице, односно дека настанала поради виша сила. По оваа одредба, како општа, се ценат границите на одговорноста на штетникот со тоа што постојат посебни правила кога станува збор за штетата предизвикана од страна на дивеч којшто е под забрана за лов, односно штетите што ги покрива државата. Битно е, оттаму, ова разликување, особено во смисла на одредбата од чл. 165-и(3) ЗОО. Имено, според оваа одредба, во поглед на одговорноста

96 Вид., на пр., чл. 39(2) ОЗЛ 1965. Така, според одлука на Врховниот суд на Србија, Гж. 188/67, кога од лекарското уверение се гледа дека кај тужителот кој е повреден од заштитен дивеч лечењето сè уште трае, а дека за последиците по работа и стопанисување мислење ќе може да се даде дури по завршувањето на лечењето, тогаш никако не може да се земе дека тужителот дознал за штетата во моментот кога е повреден, туку ова ќе биде во моментот кога лечењето кај тужителот ќе биде завршено и оттогаш тече рокот за поднесување барање, односно тужба за надомест на штета предвиден согласно чл. 39(2) ОЗЛ.

97 Според одлука на Апелациониот суд во Гостивар, Гж. 1035/2009 од 18.6.2010 година, од увидот врз записникот за штета направена од дивеч под трајна заштита сочинет од Министерството, било утврдено дека е најдена мрша од крава со црна боја на која ѝ била извадена утробата и искршен `рбетот. Притоа, според судот, со сигурност можело да се потврди дека кравата била уништена од мечка, затоа што на лице место имало измет од мечка, а и начинот на кој била убиена кравата, укажувал дека била нападната од мечка. Инаку, кравата била изедена на 10 метри погоре од местото каде била мршата, а потоа била свлечена надолу. Исто така, од записникот било видно дека изминатите месеци имале регистрирано и неколку други случаи на уништен добиток од мечка. Што се однесува до висината на претрпената штета, во износ на пазарна вредност, истата била утврдена со вешт наод и мислење на вешто лице – доктор по ветеринарна медицина.

за штета предизвикана од дивеч соодветно ќе се применуваат одредбите за одговорност врз основа на вина, односно опасен предмет или вршење опасна дејност, освен ако со посебен закон поинаку не е предвидено. Од оваа одредба произлегуваат два заклучоци. Прво, различни се границите на одговорноста на државата и на концесионерите на дивечот во ловиштето. Второ, применливоста на посебните прописи е ограничена единствено на основите на одговорност, а не на другите прашања поврзани со одговорноста.[98]

Примената на општите правила за границите на одговорноста на имателот на дивечот е потполна кога станува збор за одговорноста на концесионерот на ловиштето кој пак, според секторските правила, одговара за штетите предизвикани од заштитениот дивеч што е под ловостој (чл. 69(1) ЗЛ) и, евентуално, за незаштитениот дивеч доколку пропишал посебни услови за ловење со кои се ограничува ловењето на истиот (чл. 70 ЗЛ). Од друга страна, според чл. 165-и(1) ЗОО, концесионерот е секако одговорен. Независно од ова, вишата сила, дејствието на оштетениот и дејствието на третото лице се секако граници на одговорноста на концесионерот, а согласно чл. 165-и(3) ЗОО. Вишата сила, генерално, е неспорна. Во однос на дејствијата на трето лице, тие се генерално основ или за целосно исклучување на одговорноста на концесионерот, ако дејствието на третото лице е исклучива причина за штетата (чл. 163(2) ЗОО) или пак основ за солидарна одговорност на третото лице и на концесионерот, но во последнава ситуација, не и основ за делумно ослободување од одговорноста (чл. 163(4) ЗОО).[99] Во однос на дејствијата на самиот оштетен тие се, генерално, основ за поделена одговорност, односно основ за делумно ослободување на концесионерот од одговорноста (чл. 163(3) ЗОО), а во смисла на чл. 181 ЗОО, како што можат да бидат и основ за целосно исклучување на одговорноста на концесионерот но само ако дејствието на

[98] Ова, секако, сè уште не дава конечен однос за конкуренцијата во примената помеѓу ЗЛ и ЗОО, за што ќе стане збор подоцна. Исто така, останува уште и дилемата за обемот на примена на правилата за субјективната одговорност, како трета дилема, но и за ова ќе стане збор подолу во текстот.

[99] Така, според одлука на Жупанискиот суд во Загреб, Гжн. 1493/10 од 12.4.2011 година, потврдена е првостепената одлука со која ловечкото друштво и Управата за патишта се задолжени солидарно да ја надоместат штетата настаната поради налет на срна на коловоз. Притоа, судот наведува дека за штетата од опасна ствар, каква што претставува дивечот, согласно одредбата од чл. 174 ЗОО 1978 (чл. 160 ЗОО), се одговара според начелото на каузалитет, поради што за штетата од налет на срна одговара ловечкото друштво на чиешто подрачје дошло до штетата. Ловечкото друштво, пак, не го докажало постоењето на ниту еден од условите од одредбата од чл. 177 ЗОО 1978 (чл. 163 ЗОО) кои би го ослободиле од одговорност. Што се однесува до Управата за патишта, таа одговара според начелото на претпоставена вина, а во согласност со посебните прописи за јавни патишта. Притоа, Управата за патишта имала обврска за одржување на јавниот пат, а ова одржување претпоставува и поставување на вертикална сигнализација и на препреки потребни за оневозможување на пристап на дивечот на јавниот пат. Конечно, солидарната одговорност на тужените, според судот, произлегува од одредбата од чл. 206(3) ЗОО 1978 (чл. 195(3) ЗОО).

оштетениот е исклучива причина за штетата (чл. 163(2) ЗОО).[100]

Вината на третото лице, како што се гледа, е генерално нерелевантна.[101] Истото, како општо правило, се однесува и на вината на оштетениот но, како што е споменато, постојат специфики кога станува збор за одговорноста за штета предизвикана од страна на дивеч под забрана за лов. За овие штети, според секторските правила, е одговорна државата (чл. 69(2) ЗЛ). Вака е и според правилата на ЗОО (чл. 165-и(2)) со тоа што изречно се предвидува дека државата нема да одговара доколку се докаже дека штетата настанала по вина на оштетениот. Ваквата состојба на работите повлекува неколку заклучоци. Прво, вишата сила е граница на одговорноста на државата, во секој случај, а врз основа на чл. 165-и(3) ЗОО. Врз основа на оваа одредба, истото е случај и со дејствието на третото лице, под истите услови што беа споменати и кај одговорноста на концесионерот. Што се однесува до дејствието на оштетениот, одговорноста на државата е поострена во смисла дека како основ за (целосно или делумно) исклучување на одговорноста на државата се предвидува не било кое дејствие на оштетениот, туку само она што може да му се припише во вина.[102] Притоа, вината на оштетениот може да биде било основ за целосно исклучување на одговорноста на државата било основ за поделена одговорност.[103] Ова, *mutatis mutandis*, согласно чл. 163(2) и (3) ЗОО, со тоа што вината веројатно би била релевантна и за поделената одговорност, за разлика од општото правило од чл. 181 ЗОО каде што се зборува за придонесот на оштетениот.[104]

---

100 Според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 163/92 од 26.2.1992 година, ловечкото друштво не е должно да ја надомести штетата настаната со налетување на срна на моторно возило во движење на патот, ако се утврди дека до настанувањето на штетата дошло со исклучива вина на возачот на моторното возило, затоа што брзината на движење не ја прилагодил на условите на патот и сообраќајот. Според образложението на одлуката, во конкретната ситуација, на нешто повеќе од осум километри пред местото на несреќата се наоѓал сообраќаен знак со ознака „дивеч на патот во должина од девет километри", поставен на видливо место, патот бил прав и прегледен, иако бил влажен, покрај патот немало грмушки и вегетација, а тужителот се движел со брзина од 80 километри на час. Интересно е дека во одлуката се зборува за вина, а не за дејствие, на оштетениот.

101 Таа, според чл. 163(4) ЗОО е релевантна само за регресниот однос помеѓу третото лице и штетникот (концесионерот, односно државата), имајќи предвид дека нивната одговорност е солидарна.

102 Спор. 165-ј(2) ЗОО.

103 Според одлука на Основниот суд во Битола, Малв. ТС 26/2014 од 3.2.2015 година, во конкретниот случај се исполнети условите од законските одредби на чл. 165-и ЗОО бидејќи државата која е одговорна за надомест на предизвиканата штета од страна на дивеч под трајна заштита (мечка) не докажала дека штетата настанала по вина на оштетениот.

104 Веројатно во оваа смисла во одредбата од чл. 165-и(3) ЗОО се зборува и за соодветната примена на правилата на субјективната одговорност.

4.2. Релевантност на преземањето соодветни заштитни мерки од страна на оштетениот

Во контекст на претходно реченото, имајќи предвид дека во чл. 165-и(2) ЗОО се зборува само за вина на оштетениот, а не и за негов придонес, битно е да се разгледа улогата на потребата, било согласно општите правила било согласно посебните правила за ловството, самиот оштетен да презел соодветни заштитни мерки за спречување на штетите. Ова од причина што, историски, одговорноста на имателот е условувана со тоа оштетениот да презел соодветни заштитни мерки за спречување на штетата. Интересно е, пак, да се спомене дека ниту ЗЛ ниту ЗЛ 1996 пропишуваат потреба оштетениот да презел мерки за спречување на штетата за разлика од правилата содржани во чл. 63(1) ЗЛ 1988, чл. 62(1) ЗЛ 1973, чл. 37(1) ОЗЛ 1965, чл. 31–32 ЗЛ 1959, чл. 46(1) ЗЛ 1949 и чл. 17(1) ОЗЛ 1947.[105] Заштитните мерки, пак, можат да се состојат во оградување на земјиштето, замотување на овошките со слама, варосување, поставување т.н. репеленти, односно плашила, имање пес-чувар, итн. Притоа, мерките можат да се третираат како нужни (чл. 46(1) ЗЛ 1949), пропишани со закон (чл. 37(1) ОЗЛ 1965), пропишани од страна на општината (чл. 34 ЗЛ 1967; чл. 61(2) ЗЛ 1973; чл. 62(2) ЗЛ 1988), вообичаени (чл. 32 ЗЛ 1959), разумни (§ 56(1) ЗЛ 1931), итн. Битно е, секако, тие да бидат соодветни или, како што се наведува во чл. 37(1) ОЗЛ 1965, да одговараат на видот на дивечот и на другите околности.

Како што е споменато, од историска перспектива, посебните прописи за ловството предвидуваат должност за оштетениот да презел соодветни заштитни мерки.[106] Со ова е условена одговорноста, согласно соодветниот применлив пропис, било на ловиштето било на државата, односно општествено-политичката заедница.[107] Видовите потребни мерки, како што е споменато, некогаш зависат од тоа што е пропишано,[108] а некогаш треба да се соодветни на

[105] Инаку, со правилата на ЗЛ 1988, ЗЛ 1973 и ОЗЛ 1965 се пропишува ваква потреба само во поглед на одговорноста за дивеч што не е под забрана за ловење, додека со правилата на ЗЛ 1959, ЗЛ 1949 и ОЗЛ 1947 се пропишува потребата од преземање соодветни заштитни мерки без вакви ограничувања. Во § 56(1) ЗЛ 1931 се зборува за потребата од преземање соодветни заштитни мерки за одговорноста за штетата што дивечот ја нанесува на овоштарници, домашни градини, расадници и на поедини млади овошки.

[106] Во оваа смисла, според одлука на Окружниот суд во Ваљево, Гж. 818/2004, сопствениците и корисниците на земјишта, шуми, засади, посеви и води во ловиштето и во неговата близина се должни да преземат мерки за спречување на штетата од дивеч.

[107] Така, според одлука на Врховниот суд на Србија, Гж 3207/66, за тужителите да имаат право на надомест на штетата што им е причинета од зајаци како заштитен дивеч, потребно е да ги преземат сите мерки за спречување на штетата од дивеч и тоа мерки што одговараа според видот на дивечот и спрема другите околности. Понатаму, според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 3656/2001, за штетата којашто ја причиниле диви свињи на земјоделските култури на тужителот одговара корисникот на ловиштето според правилата на објективната одговорност, под услов оштетениот да ги презел пропишаните мерки за спречување штета од дивеч.

[108] Според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 1516/98, за штетата којашто ќе ја причини

околностите на случајот, односно на дивечот што живее во близина на добрата на оштетениот.[109] Во секој случај, товарот на докажување дека не се преземени соодветните заштитни мерки и на одговорното лице.[110]

ЗЛ, пак, не предвидува вакви услови, па се поставува прашањето за нивната релевантност по однос на одговорноста на имателот на дивечот.[111] Постојат, сепак, некои посредни одредби. Така, на пр., имателот на куче или мачка не смее да ги пушта да се движат низ ловиштето без придружба на далечина поголема од 300 м од живеалиштето на сопственикот (чл. 24(2) ЗЛ). Исто така, според чл. 24(1) ЗЛ, имателот на овчарско куче не смее да дозволи движење на кучето во ловиштето, на далечина поголема од 200 м од стадото без придружба. Во секој случај, имајќи ги предвид општите одредби на ЗОО како и спецификите на одговорноста на државата, граница на одговорност на концесионерот е придонесот на оштетениот (чл. 163(2) и (3)) додека граница на одговорноста на државата е вината на оштетениот (чл. 165-и(2)). Кога станува збор за дејствието на оштетениот, тоа треба да биде такво што имателот не можел да го предвиди и чии последици не можел да ги избегне или отстрани (чл. 163(2) ЗОО) со тоа што настанот не мора да биде надворешен, во смисла на виша сила.[112] Ваквите барања изгледа дека се применуваат и на вината на оштетениот, *mutatis mutandis*, но само во поглед на дејствието што може на оштетениот да му се припише во вина, а не и на самата вина и нејзините облици за што, во смисла на чл. 165-и(3) ЗОО, се применливи општите правила за субјективната одговорност. Како заклучок, иако ниту ЗЛ ниту ЗОО не зборуваат изречно за потребата од преземање соодветни заштитни мерки,[113] влијанието на нивното преземање ќе се цени од случај

мечка, за којашто е пропишана трајна забрана за лов, одговара Република Србија, чијшто орган ја пропишал забраната на лов под услов оштетениот да ги презел пропишаните мерки за спречување штета од дивеч. Притоа, согласно образложението, во конкретната ситуација е ценет и фактот дека, според упатство на Министерот за земјоделство, било потребно континуирано чување на овците од страна на човек или добар пес „чувар". Во конкретната фактичка ситуација овците биле држани во трло, а судот наоѓа дека присуството на човек или добар пес „чувар" е потребно само кога овците не се држат во ограден простор.

[109] Според одлука на Врховниот суд на БиХ, Рев. 93/89 од 12.10.1989 година, ловечката организација одговара за штетата што на нејзиното подрачје је предизвикале зајаци со оглодување на овошните стебла, доколку сопственикот на овоштарникот ги презел пропишаните мерки за заштита на овоштарникот. Согласно образложението на одлуката, со тоа што тужителката поставила жичена ограда во висина од 1,20 метри, засилена со поцинкувана жица, а над оваа ограда поставила два реда бодликава жица и оградата ја вкопала во земја, таа презела соодветни мерки за заштита за спречување штета од дивеч.

[110] Вид. S. Stanišić, „Pravna priroda građanske odgovornosti za štetu od životinja", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 4(4)/2014, 91.

111 Со чл. 67 ЗЛ, од друга страна, се предвидуваат заштитните мерки што треба да ги преземе концесионерот.

[112] Вид. A. Perkušić, „Oslobođenje od odgovornosti (članak 1067)", *Komentar Zakona o obveznim odnosima* (ur. V. Gorenc), RRiF-plus, Zagreb 2005, 1655.

[113] Според одлука на Основниот суд во Битола, Малв. ТС 26/2014 од 3.2.2015 година, од изведените

до случај,[114] кога истите се соодветни,[115] а согласно општите правила.[116]

докази не произлегло дека за предметните ливади каде настанала штетата постои пропишана законска обврска со која сопствениците се задолжени просторот на кој се врши напасувањето на добиток да се оградува заради обезбедување на животните, како и дека во конкретниот случај и вообичаено говедата меѓу кои и предметната јуница биле одведени на пасење преку денот до приквечер во присуство на тужителот, а покрај тоа за заштита на стадото говеданоселе со нив и 4 кучиња. Според тоа во конкретниот случај нема место за поделена одговорност на странките за настанувањето на штетата, бидејќи тужителот нема придонес во настанување на штетата или зголемување на нејзиниот обем.

[114] Според одлука на Основниот суд во Кавадарци, П.бр. 226/09 од 25.12.2009 година, за штета предизвикана од (кафеава) мечка (и мало мече) одговара Република Македонија, па затоа судот смета дека тужениот е одговорен да му ја надомести предизвиканата штета на тужителот. Имено, согласно образложението на одлуката, пчеларникот бил заграден со дрвени смрекови колци и плетена мрежа и бодликава жица, а во еден дел колците биле соборени, а мрежата и жицата биле искинати во некои делови. Интересно е да се спомене дека судот ги ценел наводите на тужениот дека тужителот придонел за настанување на штетата затоа што не извршил оградување на пчеларникот со светлосни и звучни сигнали, но ваквите наводи ги оценил како неосновани затоа што националното законодавство нема утврдено стандарди за типот и квалитетот на вакви огради, дека во применливите прописи нема пропишано обврски за сопствениците на пчеларниците да поставуваат ваков вид огради и дека тоа што тужителот нема поставено електрична ограда не може да биде ограничување на тужителот да му биде надоместена штетата. Исто така, според одлука на Апелациониот суд во Гостивар, Гж. 549/2015 од 29.4.2015 година, во конкретниот случај неспорно е дека штетата е направена од мечка и одговорна за штетата направена од животни под трајна забрана за ловење е токму Република Македонија, согласно чл. 69(2) ЗЛ. Согласно образложението на одлуката, неосновани се жалбените наводи на тужената дека материјалното право е погрешно применето заради тоа што на страната на тужителот имало вина со тоа што не ги обезбедил пчелните семејства по стандарди кои владеат во Европа за заштита од мечка, односно истиот не ги презел максималните мерки за заштита на пчеларникот. Ова од причини што тужителот го имал заградено пчеларникот од долниот дел со потпорен ѕид, а од другите три страни со шумски дрва и овошки каде била испреплетена бодликава жица, а воедно во пчеларникот се наоѓале и неколку плашила составени од дрва, сено и стари алишта, па оттука произлегува дека во конкретниот случај не може да се примени чл. 181 ЗОО. Судот нагласува и дека причинител на штетата на тужителот во конкретниот случај е дивеч под трајна заштита – мечка, кое не смее ниту да се повредува ниту да се лови, прогонува или вознемирува.

[115] Според одлука на Апелациониот суд во Гостивар, Гж. 1035/2009 од 18.6.2010 година, неоснован е жалбениот навод на тужениот за тоа дека и самиот тужител има придонес за настанатата штета од мечка, бидејќи истиот не презел потребни мерки за спречување на настанувањето на истата. Ова, според судот, од причина што во конкретниот случај се работи за животно кое е под трајна заштита од државата кое не смее ниту да се повредува ниту да се лови, прогонува или вознемирува, а воедно настанот се случил на отворен простор при редовна испаша на добитокот. Интересно е дека во наведената одлука се зборува за придонес на оштетениот, а не за негова вина иако, според образложението на одлуката, станува збор за штета настаната на 16.9.2008 година додека Новелата 2008 стапи на сила на 19.7.2008 година.

[116] Според одлука на Основниот суд во Битола, П.Малв.бр. 26/14 од 25.4.2014 година, во смисла на одредбите од чл. 165-и(2) и (3) ЗОО, со оглед да мечката е диво животно од кое произлегува зголемена опасност за штета за околината, согласно одредбите од чл. 141(2) и (3) ЗОО во конкретниот случај за надомест на настанатата штета е одговорна државата, без оглед на вина. Согласно образложението на одлуката, тужителот презел и мерки за штетата да не настане,

4.3. Релевантност на трајната забрана за лов, привремената забрана за лов и на ловостојот

Историски, според одредбите на ЗЛ 1931, за штетата од дивеч одговара т.н. овластеник на ловот. Притоа, станува збор за општ термин имајќи предвид дека во системот на ЗЛ 1931 постојат различни типови ловишта, како сопствени, општински, државни и на јавно-правните корпорации, итн. Понатамошниот развој на регулативата, исто така, има свои специфики. Така, во системот на ОЗЛ 1947 и ЗЛ 1949 се уредуваат само државните ловишта и ловиштата на ловечки друштва, како видови ловишта. Согласно ЗЛ 1959, народниот одбор на општината и Извршниот совет формираат ловишта без оглед на обликот сопственост на земјиштето. Слично е и според ОЗЛ 1965 и ЗЛ 1967 со тоа што ловишта воспоставуваат општините (општинските собранија) и државните органи, како што е и според ЗЛ 1973 и ЗЛ 1988. Ова секако повлекува соодветни последици по однос на одговорното лице. Така, за штетата одговараат државните органи, претпријатијата (и установите) што управуваат со ловиштето и ловечките друштва (чл. 17(1) ОЗЛ 1947; чл. 46 ЗЛ 1949), корисникот на ловиштето и Републиката (чл. 31-32 ЗЛ 1959), организацијата која стопанисува со ловиштето и органот што ја определил трајната или привремена забрана за лов (чл. 37(1) и (3) ОЗЛ 1965; чл. 62(1) и (3) ЗЛ 1973, чл. 63(1) и (3) ЗЛ 1988),[117] односно корисникот (концесионерот) на дивечот и Република Македонија (нејзиниот Буџет) (чл. 69 ЗЛ 1996; чл. 69 ЗЛ).[118]

Во ЗЛ 1931 се зборува за со ловостој заштитен дивеч, во ОЗЛ 1947 и ЗЛ 1949 само за заштитен дивеч, во ЗЛ 1959 почнува да се зборува за трајна и при(времена) забрана за лов, што е случај и со одредбите на ОЗЛ 1965, додека во ЗЛ 1973 почнува да се зборува и за ловостој, покрај трајната и привремена забрана за лов, што опстанува и во ЗЛ 1988, ЗЛ 1996 и ЗЛ. Ова во однос на одговорноста за штета предизвикана од дивеч,[119] па оттаму се поставува прашањето за релевантноста на ова разликување. Што се однесува до актуелните секторски правила, во смисла на чл. 11(1) ЗЛ, за дивечот под заштита се утврдува ловостој, привремена и трајна забрана за ловење. Дивечот за којшто се предвидува трајна забрана за лов е набројан во чл. 13 ЗЛ,[120]

односно да не биде поголема, за што користел две кучиња за заштита на кравите.

117 Како и, според чл. 35 ЗЛ 1967, чл. 64 ЗЛ 1973 и чл. 64 ЗЛ 1988, организацијата која стопанисува со ловиштето за определен вид незаштитен дивеч ако со општ акт определила посебни услови за ловење на истиот.

118 Како и, според чл. 70 ЗЛ 1996 и чл. 70 ЗЛ, корисникот (концесионерот) на дивечот за определен вид незаштитен дивеч ако пропишал посебни услови за ловење на истиот.

119 Секако, ловостојот го познаваат и ОЗЛ 1947, ЗЛ 1949, ЗЛ 1959, ОЗЛ 1965 и ЗЛ 1967, но не во однос на одговорноста за штетата предизвикана од дивеч.

120 Ова е случај со мечката, рисот, дивата мачка, видрата, обичниот галеб, малиот галеб, сивиот сокол, соколот остриж, јужниот сокол, малиот сокол, итн.

додека привремената забрана за лов начелно ја определува Министерството за земјоделство, шумарство и водостопанство (чл. 16(3) и (4) ЗЛ). Ловостојот, пак, е временски период за одредени видови дивеч за кои е забрането ловење во ловиштето (чл. 3(3) ЗЛ). Периодите на ловостој се определуваат законски, зависно од видот на дивечот (чл. 12 ЗЛ), со тоа што Министерството за земјоделство, шумарство и водостопанство има некои посебни овластувања во овој поглед (чл. 16 ЗЛ).[121]

Историската перспектива на ова разликување има свое влијание на одговорноста за штетата предизвикана од (заштитен) дивеч. Во стриктна смисла на ловството, во смисла на чл. 11(2) ЗЛ, истото има значење само во насока на тоа дека за време на ловостој, привремена и трајна забрана за ловење, дивечот под заштита не смее да се лови, прогонува или вознемирува, доколку со ЗЛ поинаку не е определено. Во однос на правилата за одговорноста за штетата предизвикана од (заштитен) дивеч, оваа разлика има значење за определување на лицето одговорно за штетата. Просто кажано, за дивечот под ловостој одговара корисникот на ловиштето додека за дивечот под трајна или привремена забрана за лов одговара државата.[122] Во однос на последниве ситуации, вака и е според чл. 69(2) ЗЛ и според чл. 165-и(2) ЗОО.[123] Мошне е битно, оттаму, јасно да се определи кој дивеч предизвикал штетата и како, во смисла на прописите за ловството, овој дивеч се квалификува.[124] Ова, секако, имајќи го предвид

121 Исто така, концесионерот на дивечот во ловиштето е должен наизменично да забранува ловење две години едноподруго, најмалку на една четвртина од вкупната површина на ловиштето (чл. 21 ЗЛ).

122 Така, според одлука на Врховниот суд на Србија (Одделение во Приштина), Гж 36/66, за штетата што ќе ја причини дивеч за којшто е пропишана трајна или привремена забрана за ловење одговара државниот орган кој ја одредил забраната во смисла на чл. 37 ОЗЛ 1965. Ловечкото друштво е пасивно легитимирано во спорот за надомест на штета, доколку станува збор за штета што ја причинил дивеч за време на ловостој, затоа што ловостојот не е исто што и трајната или привремена забрана за ловење.

123 Подобро речено, во чл. 69(2) ЗЛ се наведува дека штетата се надоместува од Буџетот на Република Македонија. Во чл. 165-и(2) ЗОО, пак, е направен редакциски пропуст бидејќи се зборува само за трајна, а не и за привремена, забрана за лов. Доколку пропустот се смета за редакциски, може да се смета дека државата одговара и за штетите предизвикани од дивеч под привремена забрана за лов. Дури и да не е така, државата секако ќе одговара за овој дивеч по чл. 69(2) ЗЛ, а во смисла на чл. 16 ЗОО.

124 Според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 2312/92 од 6.10.1992 година, поаѓајќи од утврдената фактичка состојба, пониските судови заклучиле дека туженото претпријатие (ловиштето) е одговорно за надомест на штетата, затоа што управува со шумата од којашто дошла мечката која на тужителот му ја причинила штетата. Овој заклучок се заснова на примената на одредбата од чл. 174 ЗОО 1978 (чл. 160 ЗОО). Меѓутоа, Врховниот суд наоѓа дека, поради погрешна примена на материјалното право, фактичката состојба е непотполно утврдена. Според применливиот Закон за ловство, за штетата којашто ќе ја причини дивеч за којшто е пропишана трајна забрана за лов, каде спаѓа и мечката, одговара општествено-политичката заедница чијшто орган пропишал трајна забрана на ловот. Според тоа, во конкретниот случај, општината се смета

моментот на предизвикување на штетата.[125]

Што се однесува до ловостојот, ситуацијата е нешто посложена, од неколку причини. Прво, историски, ловостојот се споменува како релевантен почнувајќи од ЗЛ 1973, така што според посебните прописи донесени по ЗЛ 1931, а пред ЗЛ 1973, соодветните субјекти одговараат за штетите од заштитени дивеч, освен за оној којштo според соодветниот пропис е под трајна или привремена забрана за ловење, ако истите се познати како институти. Второ, во актуелните секторски правила (како ни во ЗЛ 1996) нема ограничувања на одговорноста на концесионерот (корисникот) само за дивечот што потекнува од ловиштето (дивечот што постојано живее во ловиштето),[126] како што е случај со

за имател на опасна ствар – мечка, којашто на тужителот му причинила штета. Од друга страна, според одлука на Врховниот суд на БиХ, Рев. 244/88 од 6.2.1989 година, за штетата којашто ќе ја причини дива свиња одговара ловечкото друштво кое со свој правилник го заштитило овој дивеч. Притоа, според образложението на одлуката, како заштитен дивеч не се смета само оној којштo е заштитен со закон, туку и сите видови дивеч коишто организацијата за управување на ловиштето ги прогласила за заштитени со одредување на привремена забрана за лов.

125 Според одлука на Врховниот суд на Југославија, Рев. 203/68 од 19.2.1969 година, одговорот на прашањето дали мечката на 17.10.1966 година била заштитен дивеч на целата територија на Социјалистичка Република Србија или само на подрачјата наведени во Решение на Републичкиот секретаријат за земјоделство и шумарство за одредување на подрачјата на коишто мечката се смета за заштитен дивеч (*Службен гласник на СРС*, бр. 21 од 14.12.1963 година) е даден во чл. 49 од Законот за ловство од 12.6.1966 година (*Службен гласник на СРС*, бр. 22/66) којштo до донесувањето на соодветни прописи на основа на овластувањето од чл. 45 од овој закон го остава на сила Решението за определување на дивечот на заштитен и незаштитен (*Службен гласник на НРС*, бр. 32/49 и 31/59). Со ова решение е одредено дека мечката се смета за заштитен дивеч на целата територија на Социјалистичка Република Србија. Наведеното решение е менувано и дополнувано со Решение од 5.10.1963 година (*Службен лист на СРС*, бр. 41/63) со кое е овластен Републичкиот секретаријат за земјоделство и шумарство со Решение од 14.12.1963 година (*Службен гласник на СРС*, бр. 51/63) да ги одреди подрачјата на коишто мечката ќе се смета за заштитен дивеч, а вон овие подрачја мечката е незаштитен дивеч. Бидејќи Решението од 5.10.1963 година и Решението од 14.12.1963 година не се наведени во чл. 49 од Законот за ловство, може со сигурност да се заклучи дека законодавецот не ги задржал на сила, па затоа со стапувањето на сила на цитираниот закон престанале да важат, што практично значи дека мечката повторно станала заштитен дивеч на целата територија на Социјалистичка Република Србија.

126 Според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 667/89, за штетата што ќе ја причини со ловостој заштитен дивеч и покрај тоа што оштетениот (сопственик на земјиштето, засадите и посевите) ги презел сите пропишани мерки за спречување на штетата, одговара организацијата којашто управува со ловиштето во коешто е предизвикана штетата, освен ако докаже дека дивечот, што ја причинил штетата, постојано живее на друго подрачје, а не во тоа ловиште. Исто така, според одлука на Врховниот суд на Србија, Гзз. 187/79, за штетата што ќе ја причинат диви свињи, како со ловостој заштитен дивеч, во смисла на чл. 66 во врска со чл. 10 ст. 4 од Законот за ловство, одговара организацијата којашто управува со ловиштето во коешто тој дивеч постојано живее, односно општината до предавањето на ловиштето на организација за управување, под услов оштетениот да ги презел пропишаните мерки за спречување на штетата од дивеч. Се смета дека дивечот постојано живее во ловиштето во кое штетата е предизвикана ако не се докаже спротивното, па е без значење дали штетата е предизвикана за време на забраната за лов или не.

чл. 37(1) ОЗЛ 1965, чл. 62(1) ЗЛ 1973 и чл. 63(1) ЗЛ 1988,[127] ниту ограничувања дека штетата треба да настане на земјиште во рамките на ловиштето, како што е случај со § 50(2) ЗЛ 1931, чл. 17(1) ОЗЛ 1947, чл. 46(1) ЗЛ 1949[128] и чл. 31 ЗЛ 1959. Трето, ЗЛ е атипичен по тоа што во чл. 69(1) предвидува одговорност на концесионерот за заштитениот дивеч под ловостој, освен во периодот за кој е определен ловостој.[129] Четврто, сосема се веројатни ситуациите конкретното ловиште да нема концесионер, па се поставува прашањето за одговорното лице. Овде, за волја на вистината, постои решение, па, според чл. 38(1) ЗЛ, ако на објавениот јавен повик[130] не се јави заинтересиран субјект или не се избере најповолен понудувач, Владата на Република Македонија привремено ќе го даде дивечот на одгледување и заштита на Јавното претпријатие за стопанисување со шумите во државна сопственост „Македонски шуми“, сè до давање на дивечот во ловиштата на користење по пат на концесија.

Имајќи ја предвид ваквата состојба на секторските прописи во врска со одговорноста за дивеч што е под ловостој, можат да се изведат неколку заклучоци. Најпрво, ловостојот служи само за определување на категориите дивеч за коишто одговара концесионерот на ловиштето, а не државата. Ова, секако, во поглед на одговорноста за штетата предизвикана од дивеч, додека секое друго објаснување нема основа во посебните прописи, барем за потребата на т.н. отштетно право. Понатаму, според општите правила за каузалитетот, а особено чл. 159 ЗОО, концесионерот ќе одговара за секоја штета предизвикана од дивечот во рамките или во близина на неговото ловиште освен ако не докаже, според општите правила, дека штетата е предизвикана исклучиво, или барем делумно, поради дејствие на трето лице. Ова во смисла на дивеч под ловостој од друго ловиште или дивеч што е под трајна или привремена забрана за лов или пак незаштитен дивеч. Понатаму, во однос на последниов, ваквиот приговор би се сметал, барем според нас, за неоснован затоа што во чл. 165-и(1) ЗОО воопшто не се зборува за заштитен дивеч, туку само за дивеч, што ќе

[127] Според чл. 37(2) ОЗЛ 1965, се смета дека дивечот постојано живее на ловиште на кое е причинета штетата, ако не се докаже спротивното. Слична одредба е содржана и во чл. 62(2) ЗЛ 1973, како и во чл. 63(2) ЗЛ 1988.

[128] За волја на вистината, во чл. 46(2) ЗЛ 1949 се предвидува дека државните органи, претпријатијата и установите коишто управуваат со ловиштата и ловечките друштва се должни да ја надоместат и штетата што заштитениот дивеч од нивното ловиште ќе ја направи на подрачјето на друго ловиште каде таков дивеч нема, но само ако може со сигурност да се докаже дека штетата ја направил тој дивеч.

[129] Интересно е да се спомене дека ова ограничување го нема ниту во ЗЛ 1996, ниту пак во ЗЛ 1988, ЗЛ 1973, ОЗЛ 1965, ЗЛ 1959, ЗЛ 1949, ОЗЛ 1947 и ЗЛ 1931.

[130] Инаку, постапката за доделување на дивечот во ловиштата на користење по пат на концесија се врши по пат на јавен повик и ја спроведува Комисија за спроведување на постапка за доделување на дивечот во ловиштата на користење по пат на концесија, согласно со одредбите од ЗЛ и ЗКЈПП (чл. 36(1) ЗЛ).

биде дополнително аргументирано подолу. Што се однесува до ограничувањето дека концесионерот одговара за штетите предизвикани од дивеч под ловостој, освен во периодот за кој е определен ловостој, истото е не само неоправдано и во, најмала рака, чудно, туку и неприменливо поради чл. 165-и(1) ЗОО за што, повторно, важи подолу изнесената аргументација.[131] Конечно, ако дивечот не е даден под концесија, за штетата предизвикана од дивеч под ловостој ќе одговара ЈП „Македонски шуми", исто како и концесионерот. Ако пак Владата на Република Македонија „не го дала" дивечот на ова претпријатие, тогаш ќе одговара самата држава.[132]

5. Заклучни согледувања

Претходните анализи, коишто секако не се целосни, отвораат бројни прашања поврзани со проблематиката на штетите предизвикани од страна на дивеч. Дел од нив се сосема практични и се однесуваат на конкретното постапување во конкретни случаи, согласно актуелното законодавство, додека дел се од правно-политичка природа и се однесуваат на адекватноста на актуелните решенија. Во секој случај, проблематиката е битна затоа што на луѓето им создава проблеми во секојдневието, како и секоја штета. На страна од развоите на теренот на заштитата на животните,[133] оттаму, проблематиката на штетите е повеќе од сериозна, па и пристапот кон истата треба да биде таков.[134]

[131] Инаку, според одлука на Врховниот суд на Србија, Гзз. 279/80, за штетата што ќе ја причини заштитен дивеч одговара организацијата којашто управува со ловиштето на кое тој дивеч живее, под услов оштетениот да ги презел сите мерки на спречување на штетата од дивеч, коишто врз основа на законот спрема видот на дивечот и другите околности бил должен да ги преземе, без оглед дали штетата била предизвикана кога не бил ловостој. Според образложението на одлуката, судот наоѓа дека ловостој се спроведува исклучиво поради забрана на ловот на определен дивеч и тоа во ограничено временско траење, а со цел на одржување на конкретниот вид дивеч. Оттаму, фактот дека штетата на тужениот му е причинета во време вон ловостој, нема влијание на одговорноста на тужениот по основ на надомест на штета.

[132] Одговорноста на државата, во овие ситуации, може да се базира на три основи. Прво, затоа што не ги извршила законските обврски поврзани со дивечот, а ова е секако опасна дејност во смисла на чл. 159 ЗОО. Второ, затоа што тогаш таа е имател на дивечот како опасна ствар или, подобро речено, нема основ поимот имател да се дислоцира на концесионерот. Трето, нејзината одговорност би можела да се влече и по аналогија со чл. 173 ЗОО иако ова, за волја на вистината, би можело да се спори.

[133] Вид. P. Waldau, „Second Wave Animal Law and the Arrival of Animal Studies", *Animal Law and Welfare: International Perspectives* (eds. D. Cao, S. White), Springer, Cham 2016, 11 и понатаму .

[134] Како пр., според Националната стратегија за земјоделството и руралниот развој за периодот 2014–2020 година на Владата на Република Македонија, од 2014 година, во областа на ловството потребно е да се доведе бројната состојба на дивечот до планираната нормална бројна состојба и да се подобри трофејната вредност на дивечот. Во насока на следење на состојбите ќе се воспостави база на податоци за бројноста на дивечот по ловишта по региони и ловностопански подрачја и обезбеди нејзино постојано ажурирање. Концесионерите ќе бидат редовно контролирани во

За жал, не успеавме да дојдеме до податоци за штетите предизвикани од дивеч на територијата на Републиката,[135] освен новински написи коишто секако не можат да бидат основа за посериозна анализа.[136]

Што се однесува до конкретните проблеми на домашното секторско законодавство, тие веќе беа идентификувани. Токму поради тоа, уште во 2008 година, со Новелата 2008 беа направени напори интегрално да се уреди прашањето за одговорноста за штета од животни, вклучувајќи го и дивечот. Во секторските прописи, меѓутоа, не се интервенираше, имајќи ја предвид погоре спомената слабост на меѓуресорска соработка при носењето закони за што штетите предизвикани од дивеч, се само еден од бројните примери. Сево ова го отвора прашањето на применливиот пропис во практиката, имајќи предвид дека решенијата на ЗЛ и ЗОО не се идентични. Притоа, можат да се идентификуваат две групи прашања каде што не постои комплементарност на секторските прописи и на општиот пропис. Во првата влегуваат решенијата со коишто било кој од прописите воведува определени специфичности што другиот не ги познава. Од аспект на ЗОО, по Новелата 2008, таква е одредбата од чл. 165-и(2) со којашто се предвидува дека државата ќе може да се ослободи од одговорноста за штета предизвикана од дивеч доколку докаже дека истата е последица на вина на оштетениот. Од аспект на ЗЛ, пак, таква е одредбата од чл. 69(1) со којашто се исклучува одговорноста на концесионерот за штетите од дивеч под ловостој во ситуациите кога штетата е предизвикана во периодот за кој е определен ловостојот. Во втората група, пак, влегуваат пошироки концептуални разлики помеѓу ЗЛ и ЗОО, првенствено од аспект на тоа што ЗОО одговорноста на концесионерот ја пропишува за секој вид дивеч, без оглед дали е под заштита или не.

спроведувањето на преземените обврски според договорите за концесија и ловните основи. Еден од важните приоритети кои треба да обезбедат економска валоризација на ловните ресурси во насока на развојот на руралните средини е поттикнување на развојот на ловниот туризам, особено преку промоција на македонските ловни капацитети и привлекување на странски гости и инвеститори. Во таа насока ќе биде изработена Програма за популаризација на најперспективните македонски ловишта на ниво на атрактивните ловишта во светот. Во насока на обезбедување на одржливо користење и управување со ловиштата ќе се воведуваат научно-базирани методи за стопанисување со дивечот и воспостави систем за координација помеѓу институциите и ловните здруженија.

[135] Спор. M. Sindičić, D. Zec, Đ. Huber, „Analiza šteta od smeđih medvjeda u Hrvatskoj u razdoblju od 2004. do 2009. godine“, *Šumarski list* 135(1-2)/2011, 63–68.

[136] Вид., на пр., С. Дарудова, „Диви свињи им го берат грозјето на Тиквешани“, *Дневник* (22.9.2013), достапно на: http://dnevnik.mk/?ItemID=EB687D2405F29C43BD357709AB295580 (21.05.2017); С. Рилковска, „Мечка им прави штети на пчеларите во Дебарца“, *OhridNet* (10.7.2014), достапно на: http://ohridnet.com/vesti/ohrid/3808-mechka-im-pravi-shteti-na-pchelarite-vo-debarca- (21.05.2017); А.Б., „Менде ја брка мечката со рефлектори и со сирени и ја тужи на суд“, *META* (21.01.2015), достапно на http://meta.mk/mende-ja-brka-mechkata-so-reflektori-i-so-sireni-i-ja-tuzhi-na-sud/ (21.5.2017).

Обид да се даде одговор на прашањето за применливиот пропис, при ваква состојба на работите, може да се бара најпрво во чисто правно-техничката аргументација. Во оваа смисла, одредбата од чл. 165-и(3) ЗОО упатува на првенствената примена на посебни прописи, со што самата ја ограничува примената на правилата на ЗОО за одговорноста за штета предизвика од дивеч. Сепак, резервата поставена со чл. 165-и(3) ЗОО се однесува само на прашањата покриени со оваа одредба (субјективна, односно објективна, одговорност). Со други зборови, резервата поставена во чл. 165-и(3) ЗОО се однесува само на основите на одговорност па, бидејќи ЗЛ не уредува основи за одговорност за штетата предизвикана од дивеч различни од оние на ЗОО (одговорноста е секако објективна и по ЗЛ и по ЗОО), прашањето е и понатаму отворено.

Од друга страна, во чл. 16 ЗОО се предвидува дека врз облигационите односи кои се уредуваат со други закони и со меѓународни договори кои ги ратификувала Република Македонија се применуваат одредбите на ЗОО во прашањата што не се уредени со тој закон, односно меѓународен договор. Согласно оваа одредба, значи, ЗОО се применува за прашањата што во посебниот закон не се уредени, но не се дава непосреден одговор за тоа кој пропис ќе има примена ако постојат различни решенија за исто прашање, иако е начелно неспорно дека обемот на примена на одредбата не е таков што истата нема примена кога ЗОО и посебниот закон имаат различни решенија за исто прашање.[137] Оттаму, според општите правила за предимство во примената на законите, државата (целосно или делумно) би се ослободила од одговорноста за дивеч под заштита од лов ако докаже вина на оштетениот, но концесионерот не би одговарал за штетите од незаштитен дивеч, освен ако се исполнети условите од чл. 70 ЗЛ, ниту пак, за штетите што дивеч под ловостој би ги причинил за време на ловостојот. Одредбата од чл. 72 ЗЛ, според којашто споровите за надомест на штета причинета од дивеч и на дивеч, како и за штета во ловиште, се решаваат според општите прописи за надомест на штета, вреди малку затоа што решенијата од чл. 69(1) ЗЛ се секако специјални во однос на претходната.

Чисто правно-техничката аргументација, оттаму, не може да даде задоволителен одговор на прашањето за применливиот пропис. Ова и имајќи предвид дека, согласно УРМ, законите имаат меѓусебно еднаква правна сила.[138] Генералните правила за предимство во примена на законите, исто така, не даваат начелна можност од финален одговор на прашањето. Така, ЗЛ е *lex posteriori* во однос на ЗОО по Новелата 2008,[139] па дури и *lex specialis*, а во смисла

[137] Вид. M. Brkić, „Primena drugih saveznih zakona (član 23)", *Komentar Zakona o obligacionim odnosima: I* (ur. B. Blagojević, V. Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983², 98.

[138] Подобро речено, не постои хиерархија во правната сила на законите. Прашањето за уставно потребното мнозинство за нивно донесување, пак, е сосема друга проблематика.

[139] Инаку, во времето на редактирањето на правилата на Новелата 2008 на сила беше ЗЛ 1996 па, доколку ЗЛ не беше донесен, *lex posteriori* ќе беа правилата на ЗОО. Во секој случај, без оглед

на чл. 16 ЗОО, како уредува и прашања за кои во ЗОО се содржани правила, без оглед дали ЗОО е *lex posteriori* или не. Сепак, барем според нас, ваквиот резон е само навидум точен. Имено, проблемот дали определен пропис е *lex specialis*, или пак не е, не се цени само по тоа дали истиот има решение за определено прашање или не, туку и согласно предметот на законодавна активност имајќи ја предвид правната природа на определени прашања.[140] ЗОО, начелно, ја покрива материјата на т.н. отштетно право, а согласно правната природа на неговиот предмет на уредување. Со ова не е спречено определени прашања од материјата на т.н. отштетно право да се уредат со посебни прописи, како што е постапено во ЗЛ, доколку ЗОО не уредува правила за соодветната материја.[141] Но, доколку уреди, неговите правила ќе бидат *lex specialis*, независно од тоа што ЗЛ е *lex posteriori*, затоа што станува збор за матична материја на т.н. отштетно право. Поради сево ова, за идентични прашања предимство во примената имаат одредбите на ЗОО, па практично кажано, концесионерот би одговарал и за штетите од незаштитен дивеч воопшто.[142] Историските аргументи, со други зборови, веќе не вредат.

На крајот, секако, се отвораат и некои правно-политички прашања за предметната материја. Прво, иако секако може да се тврди дека постои општо правило според коешто за животните коишто се слободни не одговара никој,[143] ни се чини дека аргументацијата треба целосно да се „преврти“. Секторските

на законодавната интенција при донесувањето на Новелата 2008, фактот дека правилата на ЗЛ се скоро идентични со оние на неговиот претходник не претставува соодветен аргумент. Вид. И.К. Илиевски, „Со протест се заканија 30.000 ловџии“, *Дневник* (9.10.2008), достапно на: http://www.dnevnik.mk/default.asp?ItemID=AC5A711AD75E1F42955D6BA5E9DD35F7 (22.5.2017).

[140] Така, согласно чл. 1 ЗЛ, со неговите правила се уредуваат одгледувањето, заштитата, ловењето и користењето на дивечот и неговите делови. Од друга страна, согласно чл. 1 ЗОО, со неговите правила се уредуваат основите на облигационите односи, договорните и други облигациони односи во прометот на стоки и услуги. Дополнително, согласно чл. 17-б ЗОО, обврските настануваат со договор, причинување штета, стекнување без основ, работоводство без налог, јавно ветување награда, издавање хартии од вредност и други случаи предвидени со закон.

[141] Спор. Н. Гавриловиќ, „Договорниот капацитет на делумно деловно способните лица“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје: во чест на Тодор Џунов* (ур. П. Гавроска), Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009, 636–637, 642–643.

[142] Со други зборови, одговорноста на концесионерот стои без оглед дали пропишал или не посебни услови за ловење, како што отпаѓа и ограничувањето дека тој не одговара за штетите што дивеч под ловостој би ги причинил за време на ловостојот. Ова бидејќи самиот ловостој отпаѓа како релевантен, исто како и самата заштитеност на дивечот. Се разбира, применливоста на ЗЛ останува по однос на прашањата коишто се секако негов предмет на уредување, согласно правната природа на прописот или, подобро речено, во поглед на прашањата коишто не се предмет на уредување на материјата за одговорноста за штета, односно на ЗОО. Таков е, на пр., случајот кога дивечот во ловиштето не е даден под концесија (чл. 38(1) ЗЛ).

[143] Вид. М. Караникић Мирић, „Грађанскоправни третман животиње у штетном догађају“, *Животиње и право: зборник радова* (ур. М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016, 162.

прописи за дивечот, за волја на вистината, стојат токму на оваа аргументација но Новелата 2008 ги примени „правилата на игра". По речиси една деценија од озаконувањето на решенијата на Новелата 2008, за жал, изгледа дека нејзините домети не се потполно разбрани; не само во оваа материја, туку и пошироко. Историјата на правните решенија, секако, ги носи своите последици, па затоа веројатно и самата практика не е потполно доследна на концептите воведени или доразработени со решенијата на Новелата 2008.[144] Второ, пристапот на Новелата 2008 кон воведувањето единствен и конзистентен систем на одговорност за штета предизвикана од животни се чини сосема основан, а имајќи ја предвид системската компонента при законодавната активност. Новелата 2008, како што сме споменале и во други прилики, стои на принципот дека се одговара за власта врз животното, а не за контролата врз истото, како потесен поим. Компаративните пристапи во поглед на контролата, чувањето и/или власта, секако, се различни[145], но барем според нас, кога еден пристап ќе се прифати, истиот треба да се следи додека за неговата оправданост може слободно да се дискутира.

[144] Вид. Н. Гавриловиќ, „Реформа на македонскиот систем на објективна одговорност: со посебен осврт на одговорноста за штета причинета од животни", *Juridica: Journal of Legal and Social Studies* 2/2015, 72–73.

[145] Како пример за развојните пристапи во САД, во *The Congress and Empire Spring Company v. Ann P. Edgar* 99 U.S. 645, 25 L.Ed. 487 (1879) тужителката била повредена од страна на елен во т.н. контактна зоолошка градина, раководена како своевиден резерват. Врховниот суд го одбива аргументот дека поставениот знак со содржина „Пазете се од еленот" не само што не ја исклучува одговорноста на тужениот, туку укажува дека тужениот имал претходно знаење за опасноста на еленот. Во 1962 година, во *David Ray Collins v. Roy Otto* 149 Colo. 489, 369 P.2d 564 (1962) се изнесува ставот дека чуварот на диво животно, коешто по својата природа е опасно и непредвидливо, ова го чини на своја штета, па одговорноста за штетата предизвикана од вакво животно е апсолутна. Подоцна, во 1970 година, во *The City and County of Denver v. Denise J. Kennedy* 29 Colo. App. 15, 476 P2d 762 (1970), се врши отстапување од начелото на апсолутна одговорност, во смисла на резонот чувањето диви животни во зоолошка градина не е, самото по себе, неразумно и неоправдано, односно дека истото е корисно за јавноста и е одговор на нејзините очигледни желби. Генерално, значи, се прави разлика помеѓу ситуациите кога имаме поединец кој чува опасно животно и зоолошките градини коишто имаат пошироко општествена функција. Интересно е, исто така, дека согласно измените што Директивата 1999/34/ЕЗ (Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Official Journal of the European Communities* L 141, 4.6.1999) ги воведе во системот на Директивата на Советот 85/387/ЕЗ од 25 јули 1985 година за приближување на законите и другите прописи на земјите членки во однос на одговорноста за неисправни производи (Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Official Journal of the European Communities* L 210, 7.8.1985), под производи се подразбираат и дивечот и примарните земјоделски производи така што земјите членки веќе ја немаат можноста истите да ги исклучат од примената на правилата за објективната одговорност за неисправни производи. Ова е случај и со чл. VI.-3:204 НЗРР.

Библиографија

А.Б., „Менде ја брка мечката со рефлектори и со сирени и ја тужи на суд“, *META* (21.01.2015), достапно на http://meta.mk/mende-ja-brka-mechkata-so-reflektori-i-so-sireni-i-ja-tuzhi-na-sud/ (21.5.2017)

Alpa, G., Zeno-Zencovich, V., *Italian Private Law*, Routledge-Cavendish, Abingdon–New York, NY 2007

Аранђеловић, Д., *О одговорности за накнаду штете: објашњење главе XXX Грађанског законика*, Напредак, Београд 1923[2]

Brkić, M., „Primena drugih saveznih zakona (član 23)“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima: I* (ur. B. Blagojević, V. Krulj), Savremena administracija, Beograd 1983[2]

Дарудова, С., „Диви свињи им го берат грозјето на Тиквешани“, *Дневник* (22.9.2013), достапно на: http://dnevnik.mk/?ItemID=EB687D2405F29C43BD357709AB295580 (21.05.2017)

Đorđević, Ž.S., Stanković, V.S., *Obligaciono pravo: opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1987[5]

Живковска, Р., *Стварно право, книга I: поимот стварно право, ствари, владение*, Европа 92, Скопје 2005

Frier, B.W., „Bees and Lawyers“, *The Classical Journal* 78(2)/1982–1983

Гавриловиќ, Н., „Договорниот капацитет на делумно деловно способните лица“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје: во чест на Тодор Џунов* (ур. П. Гавроска), Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2009

Гавриловиќ, Н., „Новелирање на македонското отштетно право“, *Деловно право* 20/2009

Гавриловиќ, Н., „Одговорност за штета предизвикана од животни: општ режим“, *Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје: во чест на Јане Миљовски* (ур. А. Стојков), Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2016

Гавриловиќ, Н., „Реформа на македонскиот систем на објективна одговорност: со посебен осврт на одговорноста за штета причинета од животни“, *Juridica: Journal of Legal and Social Studies* 2/2015

Галев, Г. *et al.*, „Компаративно искуство на кодификација на граѓанското право во поранешните југословенски републики: теоретски и практични аспекти“, *Кодификација на македонското граѓанско и трговско право* (ур. В. Камбовски, Т. Беличанец, Г. Галев), Македонска академија на науките и уметностите, Скопје 2008

Галев, Г., Дабовиќ Анастасовска, Ј., *Облигационо право*, Просветно дело, Скопје 2012[3]

Галев, Г., Дабовиќ Анастасовска, Ј., *Облигационо право: практикум, книга прва*, Просветно дело, Скопје 2001

Holmes, O.W., *The Common Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2009 (1881)

Илиевски, И.К., „Со протест се заканија 30.000 ловџии“, *Дневник* (9.10.2008), достапно на: http://www.dnevnik.mk/default.asp?ItemID=AC5A711A-D75E1F42955D6BA5E9DD35F7 (22.5.2017)

Караникић Мирић, М., „Грађанскоправни третман животиње у штетном догађају“, *Животиње и право: зборник радова* (ур. М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016

Karanikić-Mirić, M., *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013

Kolar-Dimitrijević, M., Wagner, E., „Lov i plemstvo u Hrvatskoj i Slavoniji“, *Ekonomska i ekohistorija* 5(1)/2009

Konstantinović, M., *Obligacije i ugovori: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 1969

Kostić, D., *Pojam opasne stvari*, Savremena administracija, Beograd 1975

Кршљанин, Н., „Правна регулатива лова у Књажеству Србији: први кораци ка модерном ловном законодавству“, *Животиње и право: зборник радова* (ур. М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016

Лоза, Б., *Облигационо право: општи дио*, Службени гласник, Београд 2000[4]

Menyhárd, A., „Basic Questions of Tort Law from a Hungarian Perspective“, *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective* (ed. H. Koziol), Jan Sramek Verlag, Wien 2015

Митић, М., „О накнади штете причињене животињом: поводом једне судске одлуке“, *Гласник Адвокатске коморе у А.П. Војводини* 2/1961

Мораит, Б., *Облигационо право: књига друга*, Атлантик ББ, Бања Лука 1999

Nedeljković, V., „O naknadi štete koju počini životinja“, *Pravni život* 3–4/1959

Perkušić, A., „Oslobođenje od odgovornosti (članak 1067)“, *Komentar Zakona o obveznim odnosima* (ur. V. Gorenc), RRiF-plus, Zagreb 2005

Polojac, M., „Gaius, Hadzic and *occupatio* of wild animals: classical Roman law in the Serbian Civil Code“, *Fundamina* 20(2)/2014

Полојац, М., „Пчеле и Нацрт Грађанског законика Републике Србије: римска и германска правна традиција“, *Животиње и право: зборник радова* (ур. М. Караникић Мирић, М. Давинић, И. Вуковић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2016

Радишић, Ј., *Облигационо право: општи део*, Номос, Београд 2004[7]

Рилковска, С., „Мечка им прави штети на пчеларите во Дебарца“, *OhridNet*

(10.7.2014), достапно на: http://ohridnet.com/vesti/ohrid/3808-mechka-im-pravi-shteti-na-pchelarite-vo-debarca- (21.05.2017)

Rušnov, A., Posilović, S., *Tumač Obćemu austrijskomu Građanskomu zakoniku, knjiga druga: §§ 531-1502.*, Knjižara L. Hartmana, Zagreb s.a.[2]

Salma, J., *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2007[6]

Самарџиски, А., „Волци пред порти", *Нова Македонија* (12.1.2017), достапно на: http://www.novamakedonija.com.mk/NewsDetail?title=&id=49b7e941-ef56-4cb1-beac-c0031226d80d (17.5.2017)

Sindičić, M., Zec, D., Huber, Đ., „Analiza šteta od smeđih medvjeda u Hrvatskoj u razdoblju od 2004. do 2009. godine", *Šumarski list* 135(1-2)/2011

Stanišić, S., „Pravna priroda građanske odgovornosti za štetu od životinja", *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka* 4(4)/2014

Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline ed., Sellier, Munich 2009

van Dam, C., *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford 2013[2]

Vizner, B., *Građansko pravo: kniga treća*, izd. autora, Rijeka 1969[2]

von Bar, C., Clive, E. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume IV*, Oxford University Press, Oxford 2010

von Bar, C., *Principles of European Law on Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab. Dam.)*, Sellier, Munich 2009

von Bar, C., *The Common European Law of Torts, Volume One: The Core Areas of Tort Law, its Approximation in Europe, and its Accommodation in the Legal System*, Oxford University Press, Oxford 1998

Vučevac-Bajt, V., Alegro, A., Žvorc, Z., „Razvoj hrvatskog zakonodavstva o lovu", *Stočarstvo* 50(3)/1996, 219-223

Vuković, M., *Odgovornost za štete*, Prosvjeta, Zagreb 1971[2]

Waldau, P., „Second Wave Animal Law and the Arrival of Animal Studies", *Animal Law and Welfare: International Perspectives* (eds. D. Cao, S. White), Springer, Cham 2016

Prof. Dr.sc Nenad Gavrilovic[146]

LIABILITY FOR HARM CAUSED BY ANIMALS: SECTORIAL REGIME FOR GAME

Summary

The paper analyzes the liability for harm caused by game in Macedonian tort law, given the reform of the Law on Obligations from 2008. The issue is initially dealt with in a historical context, in order to determine the developmental trends of the Macedonian tort law relating to the liability for harm caused by game and also to consider the appropriateness and feasibility of the current legal rules. The further subject matter of examination are the main features of the new general legal rules on liability for harm caused by game, by particularly taking into consideration their relationship with the rules contained in special regulations. During the analysis, the paper offers arguments on the applicability of the former.

Key words: *harm, (non-)protected game, reform of 2008, strict liability, hunting prohibition.*

[146] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

доц. д-р Елена Михајлова-Стратилати[1]

ЗОШТО ТРЕБА ДА ПОСТОЈАТ ЗАКОНИ СО КОИ СЕ КАЗНУВААТ ДЕЛАТА ОД ОМРАЗА

УДК: 343.3/.7:316.647.5]:340.13
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Последниве неколку децении ги карактеризира драматичен пораст во свесноста на државите и меѓународните форуми за делата од омраза и за потребата од правен одговор. Како и да е, целиот овој развој е проследен со жестоки дебати – како во правните академски кругови, така и во јавноста воопшто – за тоа дали законите за дела од омраза се оправдани и неопходни. Овој труд поаѓа од фактот дека законите за делата од омраза се јасно оправдани, односно дека е оправдано да се казнат омразата и предрасудите и се фокусира на прашањето дали е неопходно да се направи тоа. Или со зборовите на Фредерик Лоренс, државата може да го стори тоа – но дали би требало? Во овој труд ќе понудиме некои нови перспективи на аргументацијата во прилог на легислативата за делата од омраза што ни дозволуваат да кажеме дека законите за дела од омраза не само што се оправдани, туку се и есенцијални. Методите кои главно се користени се дескриптивниот и интерпретативниот метод.

Клучни зборови: *дела од омраза, санкционирање, легислатива.*

Кога се разгледува прашањето *дали навистина вреди* да се донесат закони за делата од омраза, вообичаено се истакнуваат неколку различни аргументи што иако предизвикуваат да бидат земени предвид, на крајот сепак не успеваат вистински да го одговорат ова прашање.

[1] Доцентка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Еден од нив е аргументот дека ако делата од омраза не се утврдат како посебна категорија, тие нема да бидат третирани соодветно. Во прилог на ваквото тврдење се истакнува вообичаената пасивност на полицијата и остатокот од системот на кривична правда при справувањето со инциденти мотивирани од предрасуда.[2] Според овој аргумент, недоволното кривично гонење и казнување на ваквите случаи се манифестира на различни начини. Дури е можно фактот што жртвата ѝ припаѓа на стигматизирана група (на пример, групата е стереотипизирана како група која е вклучена во криминал) да влијае на истрагата така што жртвата е перципирана како таа на некој начин да е виновна за делото.[3] Овој аргумент понатаму продолжува со анализирање на последиците што го повлекува пасивноста на органите, поточно лошата или недоволната истрага, кривичното гонење и казнувањето на ваквите инциденти. Имено, се истакнува дека е потребен мал број вакви случаи за афектираните заедници да станат разочарани од одговорот на официјалните лица кои го спроведуваат правото. Тие се наведени да сметаат дека нивното искуство не е целосно признаено од државата. За возврат, ова може да поттикне верување кај членовите на афектираните заедници дека делата од омраза ќе поминат неказнето. Тоа може да ја разниша довербата во системот на кривична правда и со тоа да ги зголеми општествените пукнатини.[4] Спротивно на ова, усвојувањето и имплементацијата на законодавството за дела од омраза може значително да ги подобри одговорите на кривичната правда кон овие дела. И придобивките се навистина големи. Подобрените одговори на кривичната правда ја зголемуваат довербата на афектираните заедници. Ова води до споделување информации и соработка од страна на заедниците кои вообичаено се крајно подозриви кон полицијата. Тоа, пак, овозможува да бидат разрешени повеќе истраги, да се подобрат односите на релација полиција – афектирана заедница итн.

Иако можеме во целост да се согласиме со позитивното влијание врз законите за дела од омраза опишано погоре, овој аргумент сепак не успева да одговори на нашето прашање: Дали навистина вреди да имаме закони за дела од омраза? Што го прави овој аргумент несоодветен или во овој контекст погрешен?

Заклучокот на кој постојано нè наведува аргументот истакнат претходно, е дека делата мотивирани од предрасуда треба да бидат третирани од системот на кривична правда како и другите кривични дела, а не и дека овие дела треба да бидат *посебно* третирани како дела од омраза. Оправдувањето за прифаќање

[2] За подетална анализа на пасивноста на полицијата и остатокот од системот за правда во однос на ваквите инциденти во Велика Британија види кај Paul Iganski *“Hate Crime” and the City”* The Polity Press University of Bristol, Great Britain, 2008, pp 88-92

[3] *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, OSCE Published by ODIHR Warsaw Poland 2009 p. 21.

[4] Ibid стр 21–22.

на посебни закони (и со тоа повисоки казни) за делата од омраза поради фактот дека тие не се доволно енергично гонети или казнувани од органите на државата, постојано нè потсетува на испуштената опција за соодветно справување со овие кривични дела (па, макар и само како паралелни дела). Поточно, ако овие случаи се внимателно истражувани и енергично гонети како секое друго кривично дело, тогаш нашата грижа ќе биде задоволена без потребата да носиме посебни закони за делата од омраза. И навистина, ако нашиот аргумент за посебни закони (и повисоки казни) за делата од омраза се темели на фактот дека овие дела не се доволно гонети, што ќе биде нашето оправдување во случај кога ќе бидат? Некој може да аргументира дека носењето на посебни закони или одредби за делата од омраза е најдобриот или можеби единствениот начин да се подобри одговорот или реакцијата на системот на кривичната правда кон овие кривични дела. И Фредерик Лоренс признава дека ова претставува силно и особено очигледно оправдување. Сепак, прашањето „дали навистина вреди" да имаме закони за дела од омраза ќе мора да тргне од претпоставката дека системот на кривична правда (инаку) функционира или може да биде овозможено да функционира.[5]

Друг предизвикувачки одговор на нашето прашање е дека законите за делата од омраза се вредни со цел да се добие зголемена казна за расно мотивираното насилство. Според овој аргумент, истрагата и кривичното гонење на делата од омраза не се единствените цели. Делата од омраза не бараат само казнување, туку и построго казнување отколку паралелните дела. Сепак, како и во претходниот случај, овде е можно да се постигне целта без да треба да се усвојуваат посебни закони за дела од омраза. Имено, во законодавствата на земјите обично се предвидува во случај на расно, етничко или религиски мотивирано насилство, овластените лица да ја земат предвид мотивацијата на сторителот во одлучувањето дали да постапуваат по случајот и, слично, судот да ја земе предвид мотивацијата во определувањето на соодветната казна. Според тоа, зголемените казни за дела од омраза постојат, барем во теорија, без потреба за посебни закони за дела од омраза.

Понекогаш, како одговор на прашањето дали вреди да постојат посебни закони за дела од омраза, се истакнува и позитивното влијание врз процесот на донесување на законите. Поточно, влијанието што усвојувањето на овие закони може да го има врз зголемувањето на свеста на населението за расните, етничките или верските предрасуди и омраза. Овој аргумент се потпира на фактот дека идеално, законодавството се усвојува по дискусии во рамките на законодавниот дом, надлежните органи за спроведување на правото и општеството во целина. Ова служи да го насочи вниманието и да ја зголеми свеста за ширината и природата на делата. Според тоа, процесот на усвојување на оваа легислатива може да ја подобри

5 Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 162.

свеста, а со тоа и одговорите кон делата од омраза.[6] Повторно, како и во претходните случаи, ќе истакнеме дека таа цел може да се постигне без притоа да се усвојуваат посебни закони за дела од омраза. Постојат голем број начини што не се правни на кои може, а и вообичаено се подигнува свеста на населението кон определени прашања од општествен интерес. И дополнително, обично поттикнатата свест води кон барање за соодветен правен одговор, а не обратно. Исто така, ако се очекува свеста на населението да се поттикне со усвојувањето на конкретната легислатива, честопати во јавноста може да преовлада погрешниот впечаток дека легислативата се усвојува под притисок (меѓународен, на актуелната власт и слично) или како дел од усогласувањето на општеството со „модерните светски тенденции", а не поради неопходноста на таквата легислатива. Таквиот впечаток, поврзан со доминантните предрасуди, може уште повеќе да ја намали свеста на населението за злото од расните или етничките предрасуди и омраза. Иако и овие контраодговори можат да бидат побиени, сакаме само да потенцираме дека овој аргумент може да биде меч со две острици. Како и да е, тој повторно нè враќа на прашањето: Дали вреди да се донесат закони за дела од омраза?

Со цел да видиме дали, поточно зошто навистина вреди да се имаат закони што јасно/намерно казнуваат расно мотивирано насилство, ќе мораме да се вратиме на општите оправдувања на казнувањето и сега да ја прошириме таа дискусија со разгледување на експресивната вредност на казнувањето. Експресивната вредност на казнувањето е таа што ни дозволува да кажеме дека законите за дела од омраза не само што се оправдани, туку се и есенцијални.[7]

Експресивната функција или вредност на казнувањето

Во природата на кривичната казна е да стигматизира. Кривичното казнување со себе носи општествено неодобрување, разлутеност и огорченост. Една од најсилните модерни изјави на овој поглед на казнувањето е содржана во извештајот на Кралската комисија на Велика Британија за смртната казна:

„Казнувањето е начин на кој општеството ја изразува својата осуда на погрешното сторување: и со цел да се одржи почитувањето на правото, од суштинско значење е казнувањето наметнато за тешки дела соодветно да ја рефлектира одвратноста почувствувана од големото мнозинство на граѓани кон нив ... крајното оправдување за секоја казна е, не тоа дека одвраќа, туку дека е јасно изразена осуда на делото од (страна на) заедницата".[8]

---

[6] *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, OSCE, Published by ODIHR, Warsaw, Poland, 2009, p. 22.

[7] Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 163.

[8] Во меморандумот од 1949 година, доставен како доказ до Кралската комисија на Велика

Без оглед на нашиот поглед на смртната казна, овој опис на казнувањето е мошне убедлив. Повеќе автори понатаму пишуваат за експресивната вредност на казнувањето. Според Хенри Харт, таа е клучот во разликувањето меѓу кривичното и граѓанското: „Она што ја разликува кривичната од граѓанската санкција и сè што ја разликува е ... одлуката на осуда на заедницата што го придружува и го оправдува нејзиното наметнување“.[9] Во „Експресивната функција на казнувањето“, Џоел Фајнберг аргументира дека една задоволителна дефиниција на казнувањето мора да ја оправда неговата експресивна функција. Тој пишува дека казнувањето е вообичаено средство за изразување на ставовите на разлутеност и огорчување и ставовите на неодобрување и осуда на авторитетот што казнува или на оние во чие име тој казнува.[10] Гери Мелтон и Мајкл Сакс ја акцентираат симболичката вредност на правото, истакнувајќи дека тоа не дејствува едноставно како „морков или стап“.[11] Во дополнение, правото „нè учи на моралните и општествените норми на заедницата и, во некоја смисла, ги објавува, повторува и навистина ги ритуализира мотивите и темите на културата“.[12] Според Најџел Волкер, казнувањето на кривичното дело всушност објавува дека во конкретното општество таквото дело не се толерира.[13] Преку изразувањето на ваквата осуда, казнувањето впрочем може да ги поправи пукнатините во општествената ткаенина предизвикани со делото на сторителот.

Инспирирани од експресивната функција на кривичното право, што му овозможува на општеството да ги изрази и да ги зајакне своите вредности, некои автори одат подалеку и претпоставуваат дека генерално оправдувачка цел на казнувањето е општеството да ги даде своите официјални изјави за тоа како треба да се однесуваат граѓаните. Овие автори се претставници на т.н. *експресивна* или *осудувачка теорија на казнување*.

Експресивната или осудувачка теорија на казнување ги влече своите корени од ставовите на големиот француски социолог Емил Диркем. Тој е еден

Британија за смртната казна, лордот Џастис Денинг ја објасни експресивната позиција: „Крајното оправдување за секоја казна е, не дека одвраќа, туку дека е јасно изразена осуда на делото од заедницата“. Christopher Heath Wellman, A Defense of Stiffer Penalties for Hate Crimes, *Hypatia*, Volume 21, Number 2, Spring 2006, p. 65.

9 Henry M. Hart, Jr., “The Aims of the Criminal Law”, 23 *Journal of Law and Contemporary Problems*, 1958, p. 404, цитиран според Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 163.

10 Joel Feinberg, The expressive function of punishment, во: *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1970.

11 Gary B. Melton and Michael J. Saks, The Law as an Instrument of Socialization and Social Structure, во: Gary B. Melton (Ed.), *Nebraska Symposium on Motivation: Vol. 33. The Law as a Behavioral Instrument*, University of Nebraska, Lincoln, p. 235.

12 Ibid., стр. 251.

13 Nigel Walker, *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1980, p. 28.

од првите научници кои се фокусираат на улогата на општествената осуда во казнувањето. Според Диркем, казнувањето претставува општествена осуда на определено однесување и општествената кохезија никнува од актот на казнување. Тој ја акцентира позитивната улога што казнувањето на кривичните дела ја игра за општеството. Со осудувањето на делото и сторителот, популацијата ја зајакнува својата посветеност на темелните вредности и норми на општеството. Така, во своето дело „Поделба на трудот во општеството“, Диркем ги одбива утилитарните (консеквенционалистичките) оправдувања на казнувањето, истакнувајќи дека казнувањето не служи да се коригира виновникот или да се исплашат идните сторители. Според Дикрем, вистинската функција на казнувањето е да се одржи неповредена кохезијата на општеството преку одржување на заедничката свест. Кривичното право претставува изразување на „општата свест“ на заедницата. Всушност, кога ќе биде сторено кривично дело, споделеното изразување на вредностите во општеството е повредено. Според тоа, казнувањето на сторителот е неминовно за да покаже/укаже на тоа дека општата свест на заедницата е несменета и споделените верувања и вредности остануваат апсолутни. Без казнување, колективната морална свесност не може да биде зачувана/одржана.[14]

Експресивната или осудувачка теорија на Диркем е предмет на две основни линии на критики: едната заснована во социологијата, другата во теоријата на казнување.

Социолошката критика на експресивната или осудувачка теорија е фокусирана на врската меѓу правото и моралниот консензус. Ако имаме на ум дека кривичното право, како и правото воопшто, настанува низ општествениот конфликт, а не низ изразувањето на универзални општествени норми, тогаш за оваа критика осудувачката теорија губи многу од својата тежина. Прашањето на вредносниот општествен консензус дополнително се комплицира во современите мултикултурни општества. Зголемената различност е наклонета да ја прави општествената кохезија попропустлива. На пример, современите расправи за универзализмот на човековите права и културниот релативизам јасно ја прикажуваат ваквата комплицирана состојба. Иако оваа критика отвора интересни и важни прашања, сепак ќе мораме да инсистираме на тоа дека постои некоја универзално споделена моралност, поточно еден значен општествен консензус што го потпира кривичното право. Како што објаснува и Фредерик Лоренс, овој консензус станува уште поголем ако моралниот поглед на заедницата го бараме не во поддршката на конкретните кривични дела, дури ниту во поддршката на принципот на кривичното право пошироко, туку во

[14] Emille Durkheim, Division of Labor in Society, Free Press, New York, 1964. Види исто Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 163–164.

верувањето во владеењето на правото воопшто.[15]

Втората линија на критика се фокусира на разбирањето на казнувањето на сторителот исклучиво како осуда на повредата на општествените норми. Ефектот на осуда, според оваа критика, може да биде постигнат и на многу други начини. На пример, официјално соопштение од носителите на главните функции во државата, јавно читање на главниот плоштад итн., би можеле исто така успешно да ја исполнат оваа функција. Според тоа, изразувањето на осудата не може самото по себе да претставува теорија на казнување. Таквата теорија секогаш на крајот се потпира на некое друго оправдување на својата валидност, оправдување што осудата сама по себе не го дава.[16]

Лоренс во овој контекст се повикува на забелешката на Најџел Волкер за кого застапниците на експресивната или осудувачка теорија се во основата или квазиретрибутивисти или скриени утилитаристи.[17] Тие се квазиретрибутивисти затоа што разбирањето на казнувањето како осуда на повредата на општествените норми прави смисла само кога обвинетиот заслужува да биде казнет. Казнувањето што не е заслужено, осудата ја прави бесмислена. Тие, пак, се скриени утилитаристи затоа што го оправдуваат казнувањето со општествената корист што ја создава. Можеби во овој случај користа не доаѓа во „класичен“ облик на намален криминал, туку пошироко разбрано, во облик на општествена кохезија. Но, повторно логиката е иста и тука се работи за утилитарна калкулација.[18]

Ова критика настојува да покаже дека експресивната теорија на казнување не е самостојна теорија или теорија што може да понуди независно оправдување на казнувањето. Пожестоките противници на експресивната теорија потсетуваат дека дури и Џоел Фајнберг, чие пишување за експресивната функција на казнувањето често е цитирано од современите експресивисти, никогаш не ја прифатил експресивната функција како оправдување на казнувањето. Имено, тој секогаш сметал дека изразувањето осуда е најмногу инцидентна функција на казната, а не дел од она што може соодветно да се означи како теорија на казнување или теорија што ја оправдува оваа институција.[19]

Сепак, како што забележува Фредерик Лоренс, „сè додека експресивната теорија не е јасно излишна во ретрибутивните или утилитарните аргументи

---

15 Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 165.

16 Ibid., стр. 164.

17 Nigel Walker, *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1980, p. vii. Цитиран според Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 164.

18 Ibid., стр. 165.

19 Heidi M. Hurd and Michael S. Moore, “Punishing Hatred and Prejudice”, *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Research Paper No. 03-17, November 18, 2003, p. 82.

(за казнувањето), таа легитимно го зазема своето место меѓу оние еклектички пристапи“.[20] Со други зборови, експресивната теорија нè носи над класичните изјави на ретрибутивните и утилитарните теории на казнување. Таа се изградува на овие теории и ги проширува нашите разбирања на казнувањето.

На пример, експресивното казнување, исто како и ретрибутивното, бара да постои индивидуална вина и заслуга. Но, за разлика од ретрибутивната теорија што се фокусира само на заслугата на сторителот и неговиот долг кон општеството или казната што општеството му ја должи нему, експресивната теорија оди подалеку и ги согледува и општествените аспекти на ова казнување. Лоренс го покажува ова преку познатиот пример на Кант за „последната одлука на луѓето од островот“. Овој пример инаку служи како модел-пример на Кантовиот ретрибутивизам. За што станува збор? Последниот ден пред островската заедница „да се раздели и да се растури ... низ светот“, луѓето од островот треба да ги казнат своите последни заробени убијци. Заклучокот до кој овој пример треба да нè донесе е дека казнувањето е неопходно дури и во ваков случај, кога сите последици стануваат ирелевантни. Кант го оправдува ваквото казнување „за да може секој да ја разбере заслугата за делата на убијците“.[21] Џоел Фајнберг наоѓа експресивни аспекти во продолжувањето на оваа Кантова формулација. Ако членовите на островската заедница не ги казнат своите убијци, според Кант, сите тие можат да се сметаат за учесници во убиството како јавна повреда на *правдата*. „Фајнберг аргументира дека оваа казна, како средство на покажување на јавно несогласување со делото, е повеќе симболична и експресивна отколку што е ретрибутивна.“[22]

Експресивната теорија исто така има и утилитарен аспект. Таа казнувањето го разбира како изразување став за општествените вредности. Ваквото објавување на општествените вредности можеби изгледа подалечно од класичните утилитарни последици што се огледаат во редуцирање на криминалот преку онеспособување, заплашување или рехабилитација на сторителите и на потенцијалните сторители.[23] Сепак, утилитарните консидерации можат да бидат и многу пошироки. Утилитаристите можат да претпоставуваат дека, на пример, казната ќе ги ослободи одмаздољубивите емоции на начин што спречува некои

---

[20] Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 166.

[21] Immanuel Kant, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Rights* (1796), Trans. William Hastie, Clark, Edinburg, 1887, p. 198. Цитиран според Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 166.

[22] Joel Feinberg, The expressive function of punishment, во: *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1970, pp. 103–104.

[23] Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 166.

членови на општеството да го земат правото во свои раце; дека ќе ги зајакне вредностите на граѓаните кои се повинуваат на правото на начин што ги држи повинувачки на правото; дека ќе го едуцира населението за принципите на моралност што ги чуваат луѓето од тоа да бидат повредени од другите; дека ќе го задоволат тоа што луѓето најмногу го сакаат итн. Така, одржувањето на смислата на општествена кохезија преку постојаното обезбедување на јадрото на споделени вредности е сосема во согласност со утилитарните консидерации на казнувањето.

Значи, експресивната теорија на казнување, иако изведена од ретрибутивните и утилитарните теории, „гради на овие теории и ги проширува нашите разбирања на казнувањето“.[24] Важно е да се потенцира дека ние на експресивната теорија не гледаме како на самостојно обезбедување на целосно оправдување на казнувањето, туку повеќе како на можност за разбирање на целиот импакт на казнувањето. Затоа и оваа теорија ја изоставивме во одговарањето на почетното нормативно прашање за тоа дали општеството може да донесе посебни закони за дела од омраза. Откако потврдно го одговоривме тоа прашање, сега експресивната теорија ќе ни помогне да разбереме зошто тие закони се неопходни.

Експресивната вредност на казнувањето на делата од омраза

Експресивниот аргумент понуден во поддршка на легислативата за дела од омраза е двоен. Прво, ние го гледаме кривичното дело како изразување порака – онаа на деградирање на жртвата и групата на која ѝ припаѓа. Како што пишува Дан Каан: „На експресивни основи, сериозните кривични дела нѐ удираат како такви – како кривични дела и како сериозни дела – не само поради тоа што ги намалуваат интересите на другиот, туку и затоа што пренесуваат дека сторителот не ја почитува вистинската вредност на работите“.[25] Во оваа смисла, делата од омраза се симболични. Пораките на свастиката или на запалениот крст се јасни: „Вие не сте посакувани тука. Вие не сте вредни човечки суштества. Ние сме моќни и вие треба да ни се плашите. Не покажувајте се себеси или ќе бидете повредени“.[26] Второ, ние ја гледаме кривичната казна како изразување на друга порака – онаа на несогласување и осуда на порака испратена од сторителот. Или, како што објаснува Каан: „За да се изрази осуда, општеството мора да одговори со (таков) облик на казна што недвосмислено ја покажува спротивставеноста на заедницата на процените на

[24] Ibid., стр. 167.

[25] Dan M. Kahan, “The Anatomy of Disgust in Criminal Law”, *Mich. Law Review* 96, 1998, p. 1621, 1641.

[26] Phyllis B. Gerstenfeld, *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*, 2nd edition, Sage, Thousand Oaks, California, 2011, p. 26.

сторителот“.[27] Законите за дела од омраза обезбедуваат таква контрапорака. Така, според експресивната теорија обете, и делото од омраза и казната, се видени како комуникација. Сторителот ја отвора конверзацијата со своето дело, изјавувајќи дека не ги вреднува жртвата и тие како неа – како луѓе. Општеството, пак, казнувајќи го, му одговара дека тоа што тој не ги вреднува тие луѓе, е погрешно.[28]

Значи, експресивната вредност на правото е употребена за да го покаже одбивањето на општеството на делата од омраза. Законите за дела од омраза во оваа смисла се гледаат како моќно изразување на осудата на општеството на овие дела како дела што заслужуваат посебен прекор.

Многу автори ја имаат забележано/истакнато експресивната вредност на законодавството за дела од омраза. Така, Вајсбурд и Левин пишуваат за моќниот сигнализирачки ефект содржан во легислативата за дела од омраза. Според нив, постоењето на законите за дела од омраза испраќа јасна порака дека дискриминаторната мотивација за кривично дело е зло што општеството нема да го толерира.[29] Сара Сан Бејл исто така пишува за силната општествена осуда на делата од омраза што ја изразува легислативата за овие дела. Таквата осуда, продолжува Бејл, наметнува општа афирмација на општествената вредност на таргетираните групи и признавање на нивното легитимно место во општеството. На овој начин, легислативата за дела од омраза води кон зајакнување на предаденоста на заедницата кон еднаквост меѓу сите граѓани.[30] Декларaторната или експресивната улога на законите за дела од омраза е уредно артикулирана и од Дерек Мекги, според кого оваа легислатива игра и симболична улога во обидот да го модификува или да го коригира непосакуваното однесување во општеството, како во име на поголема заштита на таргетираните групи, така и во име на заштита на поширокото општество од негативните влијанија на инцидентите на омраза.[31] Преку осветлување на експресивната вредност на ваквите закони, Мекги упатува на тоа дека повисоките казни што тие им ги доделуваат на сторителите на делата од омраза се исто така важен начин на означување на осудата на општеството на таквите дела.

Така, имајќи ја на ум експресивната вредност на казнувањето на делата од омраза, да се обидеме да сумираме што всушност се случува кога ќе се

---

27 Dan M. Kahan, "The Anatomy of Disgust in Criminal Law", *Mich. Law Review* 96, 1998, p. 1621, 1641.

28 Heidi M. Hurd and Michael S. Moore, "Punishing Hatred and Prejudice", Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series, Research Paper No. 03-17, November 18, 2003, p. 49.

29 Bennett Weisburd and Brian Levin, "On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crime", *Stanford Law & Policy Review* 5, 1994, p. 27.

30 Sara Sun Beale, "Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?", *Boston University Law Review*, 80, 2000, p. 1254.

31 Derek McGhee, *Intolerant Britain?: Hate, Citizenship and Difference*, Open University Press, Maidenhead, 2005, p. 29.

донесе законот за дела од омраза.

Овој акт на создавање на право претставува општествена осуда на расизмот, верската и етничката нетолеранција и сите оние други форми на нетрпеливост што ги опфаќа правото. Дополнително, ваквиот акт на осуда во исто време е акт што изразува вредност. Имено, казнувањето не само што ја покажува границата меѓу дозволеното и забранетото, туку во исто време и објавува што е она што се осудува и што е она што се прегрнува. Вредностите што во оваа смисла се широко прифатени со законите за дела од омраза, се еднаквоста и почитувањето на културните разлики. Законите за дела од омраза испраќаат порака дека еднаквоста и почитувањето на културните разлики спаѓаат меѓу највисоките вредности во современите општества. Или, обратното, поради тоа што етничката толеранција и еднаквоста се толку високо вреднувани, кривичните дела што ги повредуваат овие вредности, треба да бидат казнети и мораат да бидат казнети посебно како дела од омраза. Исто така, делата од омраза мораат да бидат казнети построго отколку инаку сличните дела што не ги повредуваат овие вредности.

Како што актот на усвојување на посебните закони за дела од омраза со кои овие дела се казнуваат построго изразува определен став на општеството, истото го прави и неусвојувањето на ваквата легислатива. И во вториот случај е изразена порака од легислативата. Тоа е пораката дека еднаквоста и почитувањето на различноста не се меѓу највисоките вредности во општеството. Како што објаснува и Лоренс, невозможно е изборите на казнување или неказнување направени од општеството да не изразуваат општествени вредности. „Нема неутрална позиција, нема неутрален терен.“[32] Секој избор дава изјава со определена вредносна содржина. Како што легислативата што усвојува закон за дела од омраза ја осудува расната омраза, така легислативата што не го прави тоа, им дава комотност на расистите. Со тоа што делото од омраза е казнето идентично со паралелното дело, мотивацијата од предрасуда е направена ирелевантна. Таа не е дел од она што е осудено. Така, индивидуалната жртва, таргет-заедницата и општеството во целина страдаат од двојно: „Не само што се појавило делото од омраза, туку и омразата што лежи одоздола под делото е невидлива за очите на правниот систем“.[33]

А видовме и претходно, сентиментите што лежат одоздола не се воопшто бенигни. Во оваа смисла, делата од омраза осветлуваат полу - колективен сентимент. Конкретните предрасуди што се вплеткани во делата од омраза се поврзани со вистинска, продолжена историја на угнетување и нееднаквост, што резултира со големи неправди над групите на кои им припаѓаат жртвите. И овие неправди и сите нивни последици опстојуваат на многу различни начини, во нашиов случај преку делата од омраза.

[32] Ibid., стр. 168.
[33] Ibid., стр. 169.

Според тоа, казнувањето на делата од омраза е неопходно за целосно изразување на посветеноста на општеството кон еднаквоста како своја врховна вредност – еднаква грижа и почит кон сите луѓе, што подразбира и почитување на нивната (етничка, расна, културна) различност.

* * *

Да заклучиме. Насилството мотивирано од етничка омраза или предрасуда е различно од другите форми на насилство. Делата од омраза, споредени со паралелните кривични дела, се јавуваат како полоши. „Тие се полоши на начин што е релевантен за поставување рамка за кривично казнување.“[34] Уникатната повреда, причинета со делата од омраза, не само што го оправдува, туку и го бара нивното зголемено казнување.

Јасно е дека казнувањето на делата од омраза нема да ѝ стави крај на нетрпеливоста во општеството.[35] Таа голема цел бара активност, како на системот на кривична правда, така и на сите аспекти на граѓанскиот живот, јавен и приватен. Но, нашата неспособност да го решиме целиот проблем (ако е воопшто можно) не треба да нѐ одврати од намерата да се справиме со делови од проблемот. Кривичното казнување е навистина груба алатка и суров инструмент. Но, повторно, ние населуваме време и свет што продолжува да страда од предрасуди и нетрпеливост кон културната различност. Покрај историски повлечените линии на поделбата, „додадената мултикултурност“ на современите општества постојано активира нови културни поделби и предрасуди. Блиската поставеност на културите во современите плурални општества постојано ја искушува толеранцијата на граѓаните и општеството го става под постојан ризик од повеќе или помалку насилни ерупции на предрасудите (дела од омраза). Законите што ги утврдуваат делата од омраза, во оваа смисла се само еден начин и можеби најстрогиот начин, но „тие сочинуваат критички елемент во одбраната на правото да се биде еднаков или различен“.[36]

Библиографија

[34] Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 175.

[35] Во оваа смисла законите за делата од омраза честопати се напаѓаат како неефективно справување со проблемот. Се истакнува дека законите за делата од омраза можат да го заменат вистинското „институционално градење“ во областа на односите меѓу заедниците. Политичарите можат да се ослободат од одговорноста прелесно. Фрлањето закони на проблемот не чини пари и не бара вистинска политичка енергија. James B. Jacobs and Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 91.

[36] Види исто и Frederick M. Lawrence, *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 175.

Beale, Sara Sun, “Federalizing Hate Crimes: Symbolic Politics, Expressive Law, or Tool for Criminal Enforcement?”, *Boston University Law Review*, 80, 2000, pp 1227–1281;

Durkheim, Emille, *Division of Labor in Society*, Free Press, New York, 1964;

Feinberg, Joel, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1970;

Gerstenfeld, Phyllis B., *Hate Crimes: Causes, Controls, and Controversies*, 2nd edition, Sage, Thousand Oaks, California, 2011;

Henry M. Hart, Jr., “The Aims of the Criminal Law”, 23 *Journal of Law and Contemporary Problems*, 1958, pp 401–441;

Hurd, Heidi M., and Michael S. Moore, “Punishing Hatred and Prejudice”, *Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*, Research Paper No. 03–17, November 18, 2003, pp 1–131;

Iganski, Paul, *“Hate Crime” and the City*, The Polity Press, University of Bristol, Great Britain, 2008;

Jacobs, James B., and Kimberly Potter, *Hate Crimes, Criminal Law & Identity Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1998;

Kahan, Dan M., “The Anatomy of Disgust in Criminal Law”, *Mich. Law Review* 96, 1998, pp 1621–1645;

Kant, Immanuel, *The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as the Science of Rights* (1796), Trans. William Hastie, Clark, Edinburg, 1887;

Lawrence, Frederick M., *Punishing Hate: Bias Crimes under American Law*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1999;

McGhee, Derek, *Intolerant Britain?: Hate, Citizenship and Difference*, Open University Press, Maidenhead, 2005;

Melton, Gary B., and Michael J. Saks, The Law as an Instrument of Socialization and Social Structure, во: Gary B. Melton (ed.), *Nebraska Symposium on Motivation: Vol. 33. The Law as a Behavioral Instrument*, University of Nebraska, Lincoln, pp. 235–277;

OSCE, *Hate Crime Laws: A Practical Guide*, Published by ODIHR, Warsaw, Poland, 2009;

Walker, Nigel, *Punishment, Danger and Stigma: The Morality of Criminal Justice*, Rowman & Littlefield, Lanham, Maryland, 1980;

Weisburd, Bennett, and Brian Levin, “On the Basis of Sex: Recognizing Gender-Based Bias Crime”, *Stanford Law & Policy Review*, 5, 1994, pp. 21–43;

Wellman, Christopher Heath, A Defense of Stiffer Penalties for Hate Crimes, *Hypatia*, Volume 21, Number 2, Spring 2006, pp. 62–80.

Ass. Prof. Dr.sc Elena Mihajlova - Stratilati[37]

[37] Assistant professor at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University

WHY SHOULD THERE BE HATE CRIME LAWS

Summary

Last few decades are characterized by a dramatic increase in awareness of states and international forums for the hate crimes and the need for a legal response. However, these developments are accompanied by fierce debates - in the legal academic circles and the public at large - whether hate crime laws are justified and necessary. This paper starts from the fact that hate crime laws are clearly justified, or that it is justified to punish hate and prejudice and focuses on the question whether it is necessary to do so. Or in the words of Frederick Lawrence, a state may do so - but should it? This paper will offer some new perspectives of arguments in favor of the hate crime legislation that allow us to say that the hate crime laws are not only justified but also essential. The methods used are mainly descriptive and interpretative method.

Key words: *hate crimes, sanctioning, legislation.*

in Skopje.

проф. д-р Владимир Божиновски[1]

СРЕДНОВЕКОВЕН КОСМОПОЛИТИЗАМ
-Подемот на католичката црква во средниот век-

УДК: 272"09/10"
172.16"09/10"
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Идејата за средновековен космополитизам била промовирана и развивана од католичката црква како нејзин главен инструмент, а со цел да го зајакне своето влијание како универзална и неприкосновена сила на тлото на Европа во развиениот среден век. Подемот на црквата започнал во првата половина на 10-тиот век со развојот на Ecclesia Cluniacensis, а завршува во втората половина на 11-тиот век со Dictatus Papae на Грегориј VII. Диктатите на Папата Грегориј промовирале целосна црковна автономија од световните владетели, но исто така биле повод за бројни несогласувања кои резултирале со воени, но и правни битки. Црквата станала свесна за вредноста од квалификувани правни експерти која може да обезбеди клучна предност во разни правни процедури. Затоа таа започнува да го промовира образованието помеѓу свештенството, што резултира со основање на првите европски универзитети.

Клучни зборови: *Christianitas, Ecclesia Cluniacensis, Dictatus Papae, Контроверза со инвеститури*

Развојот на средновековниот феудален систем на држави, предизвикал постепено исчезнување на единството на државната организација и заедничките социо-економски и културни вредности на тлото на Западна Европа, воспоставен во времето на античката епоха. Во текот на средниот век Европа била составена од сложен систем на феуди, организирани како микро држави во кои иако вообичаено подредени, односно во вазалски однос кон повисок авторитет, господарите на

[1] Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

феудите владееле суверено воспоставувајќи сопствен систем на вредности на територијата која ја контролирале. На тој начин културните и трговските врски меѓу населението, етаблирани преку единството на поранешната римска држава, се нарушиле или престанале да постојат. Со намалување на комуникацијата опаднал и интересот за трговија, а преку неа и културната размена и чувството за заедничка припадност меѓу населението. Големите градови, како центри на трговијата го губат своето значење, а со тоа започнал и процес на деклинација на културата и образованието. Секоја од многуте мали држави, но и самите феудални имоти кои биле дел од тие држави, биле затворени ентитети со слаба или непостоечка надворешна комуникација. Европа функционирала како мноштво посебни микрокосмоси без меѓусебна интеракција што придонело за постепено создавање на јазични бариери и губење на универзалноста на латинскиот јазик во секојдневниот говор, кој полека го отстапувал местото на новите дијалекти. „Процесот на урбанизација на Европа во антиката, се претворил во процес на рурализација во средниот век.“[2]

Иако главните политички и социо-економски токови ја поттикнале локализацијата која создала бариери и го оттуѓувала населението на Западна Европа, а чувството за припадност и идентитетот граден врз тие чувства обично завршувал на границата на феудалниот посед, сепак, во средниот век постоела организација која дејствувала како кохезивна сила, спротивна на процесот на идентитетска и културна хетерогеност која делувала деструктивно на единството. Католичката црква имала тенденција да ги надмине локалните бариери и да ги поврзе многуте локални идентитети низ Европа, манифестирани низ различните обичаи, култура и јазици, во единствена целина тежнеејќи кон нивно обединување преку промоција на своите универзални вредности како еден вид средновековен космополитизам. Католичката црква претставувала доминантен фактор во севкупниот средновековен живот која преку својата структура и организација ги промовирала христијанските вредности, како догматско учење чија веродостојност не можела да биде преиспитувана и во која никој не можел да се сомнева. Основата на ова учење, односно концептот на *Christianitas* во својата суштина го поттикнува обединувањето на Европа преку заложбата сите христијани да бидат дел од една држава, базирано на официјалната доктрина на католичката црква произлезена од учењето на Августин.

Во своите настојувања за обединување на Европа, црквата била водена од сопствените интереси за воспоставување на доминација, повикувајќи се на концептот за предимство на духовната над световната власт, со оглед дека сите световни владетели се пред сè христијани, а според христијанското учење, световниот елемент на владеењето го црпи својот легитимитет од духовниот.

[2] За поопширно види во Le Goff Jacques , *“The birth of Europe”,* Oxford: Blackwell publishing ltd., 2005, стр.10–12, 27, 49–50

Во текот на средниот век црквата користела повеќе инструменти за да ја оствари својата цел, односно да ја обедини Европа под нејзина јурисдикција. Во поглед на обединувањето, најуспешни се обидите за интеграција во време на владеењето на Карло Велики и создавањето на Светото римско царство, како и крстоносните походи преку кои црквата создала заедничка европска воена сила со која управувала директно или индиректно, во повеќе наврати.

Покрај овие исклучително значајни периоди каде е постигнат висок степен на политичко обединување на Европа, црквата создала и широко религиозно единство кое се одржувало во текот на целиот среден век и честопати било користено за да се манифестира и одреден облик на единствен политички идентитет, преку конзистентните напори за промоција на универзалност на европската култура, социјален живот и економија кои директно произлегуваат од религијата. Ширењето и зацврстувањето на христијанството претставуваат основа на средновековниот универзализам како инструмент за создавање на единствен културен и духовен простор и платформа за подоцнежните обиди за политичко единство. Во периодот од втората половина на единаесеттиот, па сѐ до почетокот на четиринаесеттиот век, средновековна Европа ги имала сите карактеристики на теократско општество во кое превласт над целата општествена хиерахија базирана на религијата ја имала духовната власт, односно Црквата, која во тој период го доживува својот најголем подем. „Идеалот на каролинзите како лидери на универзалното европско царство иако постоел, кон крајот на тринаесеттиот век бил сведен на утопија, додека меѓународниот углед и моќта на папството кое управувало со Европа преку централизираниот административен апарат, биле во својот зенит.“[3]

Експанзијата на моќта на Папската црква претпоставувала иницирање на повеќе административно-организациони и политички процеси за исполнување на претпоставените цели. Најзначајните од нив, покрај постојаните напори за придобивање на верници и нивна конверзија во христијанството како и религиозна експанзија на нови територии, се и монастичката реформа, со цел да се обезбеди доминација на Папското влијание низ црковните поседи и доминиони во Европа кое било загрозено од интерференците на световните лидери, како и битката за автономијата на инвеститурата (позната и како контроверзата со инвеститурата), преку која се обезбедило независно одлучување на католичките претставници без влијание од страна на световните лидери, при избор на папата и највисоките црковни авторитети.

Во настојувањата за зацврстување на христијанството и придобивање на нови верници, црквата проповедала единство на религијата, образованието и латинскиот како црковен јазик. Оваа интернационализација на верата која црковните емисари се обидувале да ја експонираат низ Европа, била проследена

[3] Dawson, Christopher *“Razumijevanje Europe”* Split: Verbum, 2002 стр. 42–43

со предавањата за универзалните вредности на религијата како основни доблести за секој добар католик и Христијанин. Во своето систематско презентирање на заложбите за претставување на средновековната црква како единствен фактор доволно моќен да обединува, Вилијам Џордан (*William Jordan*) го потенцира приматот на религијата и духовноста над целокупните општествено-политички процеси, односно световниот елемент на власта како силно зависен од духовниот и европските владетели кои му биле подредени на Рим, со оглед дека политичкиот легитимитет да се владее произлегувал од Бог, чиј репрезент бил Папата кој ја исполнувал Неговата волја. Ова е сумирано во терминот кој го користи за дефиниција на средновековното европско општество кое тој го нарекува *духовен свет*. Космополитизмот бил централниот идеолошки елемент на Католичката црква, а нејзин основен постулат било промовирање на универзалноста на религијата, а преку неа и на општеството, со цел да се распространи и зацврсти. Основна заложба на црквата била „интегрирање на сите луѓе во христијанска заедница преку чинот на крштевање, без разлика на бојата на кожата, етничкото потекло, местото на живеење или претходните верувања“[4]. Напорите на црквата за што помасовна конверзија на нехристијаните во Европа, како основа за идна интеграција, постигнале значаен успех. Голем дел од Северна Европа, од Британските Острови, преку Скандинавија завршувајќи со Балтичко Море на североисток бил населен со пагани. Со константни мисионерски активности во тие области, процес кој започнал во раниот среден век, а завршил со прифаќање на христијанството од страна на Литванските владетели кон крајот на 14 век, сите овие предели станале дел од Христијанската екумена под духовно водство на Папата.

Ecclesia Cluniacensis

За да се оствари универзалноста на религијата, а преку неа и на општеството, неопходна била централизација во одлучувањето во самата католичка црква, односно координирана акција заедно со манастирите и монашките редови ширум Европа. До средината на десеттиот век со манастирите и другите поседи на католичката црква управувале феудалците преку локалното свештенство, со оглед дека епископите и опатите на манастирите на католичката црква доаѓале од редовите на локалните благородници. „Во текот на средниот век постоеле многу примери за корупција и неуспех кај монашките редови, кои биле проследени со низ реформи во обид повторно да се пронајде духовноста кај луѓето и пред сè свештениците. Манастирот во Клини кој бил формиран во почетокот на десеттиот век и ослободен од јурисдикцијата и влијанието на

[4] William Chester Jordan “*’Europe’ in the Middle Ages*” in Pagden Anthony, *“The idea of Europe”,* Cambridge: Cambridge University Press, 2002, стр. 81–89

локалните епископи бидејќи бил поставен под директна контрола на Папата, успеал да воспостави ново реформирано монашко братство. Опатот бил духовен лидер не само на Клини, туку и на мноштво други манастири ширум Европа, кои станале дел од монашкото братство на свети Бенедикт."[5] Лидерите на католичката црква преку поддршката на монасите од Клини се обиделе да ја искористат приликата, преку монашките редови да го намалат влијанието на световните владетели и да воспоставаат посилна контрола врз манастирите. „Големата реформа на манастирите започнала од Клини и до крајот на единаесеттиот век повеќе од 2000 манастири го прифатиле неговото духовно водство. Оваа нова организирана моќ, ослободена од државна интервенција и супервизија на локалните епископи, му дала на папството нов инструмент за контрола на секуларната хиерархија во Црквата. Во исто време станала возможна темелната реформа на манастирите спроведена од самите монаси, преку која се ограничила декаденцијата, се воспоставил ред и била повратена духовноста."[6]

За значајниот успех на монашката реформа преку која Рим се здобил со поголема контрола на манастирите, постојат повеќе причини. Монашките братства ја сфатиле потребата за духовна реформа која можела да се оствари само преку реорганизација на црковните редови што можело да се постигне само преку независно делување, ослободено од влијанието на локалните властелини. Прифаќањето на лидерството на Клини од страна на голем број манастири низ Европа е делумно резултат и на претходниот обид на Каролинзите за создавање на единство кај монашките братства токму преку промовирање на редот на св. Бенедикт, со цел полесно да ја контролираат црквата, иако во овој случај се постигнал спротивен ефект на елиминирање на државното влијание и централна хиерархиска поставеност на носење на одлуки во црквата на кои можел да влијае само Римскиот епископ, односно Папата, кој со цел да ги придобие манастирите, им гарантирал целосна автономија. На тој начин монасите имале обврска да се покоруваат само на Папата како нивен духовен, но и секуларен лидер, а локалните световни владетели и кралеви немаат никаква моќ врз нив и нивната сопственост. Реформата на манастирите и монашките братства ја смени и дотогашната пракса на локално замонашување, односно калуѓерите и свештениците не служеле повеќе само во црквите и манастирите во местата од каде потекнуваат, туку низ цела католичка Европа што придонело за понатамошна интернационализација на духовниот живот.

Оваа реорганизација на манастирите придонела да се создаде успешна и дисциплинирана монашка заедница, позната како *ecclesia Cluniacensis*. Клини

---

[5] Plunket, Irene L. *"Europe in the Middle Ages"* Oxford: Oxford University Press, 1926, стр. 127

[6] Durant, Will *"The story of civilisation" volume IV- "The age of faith"* New York: Simon and Schuster, 1950, стр. 687–688

и манастирите кои го прифатиле неговото духовно водство, биле секуларно и духовно автономни и креирале нов тип централизирана монашка асоцијација, која според организационата и административната структура наликувала на монархија, со Клини како духовен и административен центар. „*Ecclesia Cluniacensis* била монашко општество од транс-национален карактер кое се протегало од Шпанија до Фландрија и од Англија до централна Италија и во исто време била локална заедница која номинално претставувала еден голем манастир со опатот од Клини како нејзин духовен лидер, но во исто време опфаќала илјадници индивидуални манастири водени од приори, како заменици на опатот. На тој начин се создала транс-регионална социјална група со Клини како центар на административно-комуникацискиот систем кој се протегал низ цела Европа, следејќи ги начелата на католичката црква и духовното водство на Папата.“[7] Значењето на монашките реформи и на самиот манастир во Клини како нивен центар е дотолку поголемо ако се знае дека двајцата Папи од единаесеттиот век, Григориј VII и Урбан II, кои со реформите ја реставрирале моќта но католичката црква и ѝ го вратиле приматот на лидер и обединувач на Европа, во еден период од својот монашки живот биле духовници токму во Клини.

Dictatus Papae

Создавањето на нова функционална и организирана католичка црква претставувало врвен приоритет за Римскиот Папа, кој бил носител на промените во процесот на духовно, а подоцна и административно-политичко обединување на Европа. Во овој процес се истакнува настојувањето на Папите за независност на духовната од световната власт, чиј императив бил исполнување на зацртаните *libertas ecclesiae,* односно духовни слободи. Реформата не можела да биде успешна без трајно ослободување од влијанието на секуларните владетели (особено на императорот на светото римско кралство) во инвеститурата, односно изборот на Папата и останатите епископи на католичката црква. Затоа, суштинската промена во градењето на нова и независна црква, која прераснува во долготрајна битка меѓу Папите реформатори од 11 век и императорот била ограничување на улогата на секуларните лидери при назначување на црковните великодостојници, повеќе познат како контроверза со инвеститурите. Во средината на единаесеттиот век, Папата Лав IX бил решен да ги положи темелите на Папство кое ќе биде независно од контролата на императорот . „Негов идеал било создавање на нова и прочистена претстава за католичката црква која ќе го зголеми нејзиниот углед, по примерот на калуѓерите од манастирот во Клини. Другата визија која ја делел со неговите наследници било предоминација на

[7] Mitterauer, Michael „*Why Europe?: the medieval origins of its special path*“ Chicago: Chicago University Press, 2010, стр. 188–191

Папството освен како духовна и како темпорална, односно секуларна сила во Италија и подоцна во Европа.“[8]

Инвеститурата претставува церемонија при која темпоралниот владетел му ги пренесува на новиот епископ земјата и правата на црковниот посед кои со изборот треба да бидат во негова надлежност. Римската црква сметала дека тоа не смее да се толерира повеќе, бидејќи доколку световниот владетел му ги предава овие права на свештеникот, тогаш неговата лојалност кон секуларниот владетел ќе му биде позначајна дури и од заклетвата да му служи на бога, односно на Црквата. Тоа придонесува авторитетот на владетелот секогаш да има приоритет пред оној на Папата, како што и било случај дотогаш. Во насока на заложбите за промена на традицијата според која феудалниот господар го има последниот збор во свештеничките именувања, Папата Грегориј VII во една прилика изјавува „Зар постои некој кој се сомнева дека всушност служителите на Исус (свештениците) се родители и господари на сите верници вклучително и кралевите и принцовите?“[9]

За да се надминат недостатоците во црковните правила за избор на Папа, црквата решила да се создаде колегиумот на кардинали како единствено надлежен за избор на новиот римски епископ. Оваа одлука ја донел Папата Никола II, советуван од Хилдебранд кој подоцна станува Папа како Григориј VII. Со цел да се зголеми ефикасноста на црквата и да се зајакне угледот на свештените лица, донесени се уште две суштински правила, односно востановен е целибатот за сите католички свештеници и предвидена е најстрога казна за практикување на корутивни дејствија за да се добие духовна позиција што во тоа време било широко распространето. Финалната одлука со која католичката црква станала целосно автономна и исклучително моќна институција ја донел токму Григориј VII со неговиот *Dictatus Papae* во 1075 година. Тој објавил „дека е грев доколку идниот духовник го прими благословот за определена црковна позиција од мирјанин, односно од световно лице. Со тоа го осудил целиот дотогашен систем на инвеститури каде изборот на свештениците го правеле феудалните господари и со тоа го оспорил целокупниот авторитет на секуларните лидери врз црквата. Со оглед дека половина од земјата и богатството на Европа биле во рацете на епископите и опатите, со оваа одлука правото на сувереност преминала од рацете на императорот и владетелите во рацете на Папата. На овој начин позицијата на секуларната власт била видно ослабена и без приходите од црковните имоти, самото владеење станало невозможно.“[10]

[8] Plunket, Irene L. *“Europe in the Middle Ages”* Oxford: Oxford University Press, 1926, стр. 136

[9] Whalen, Brett Edward “*Dominion of God: Christendom and apocalypse in the Middle Ages*” Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, стр. 11

[10] Bryce, James *“Holy Roman Empire”* London : Macmillan, 1907 стр. 158–159

Грегориј VII верувал дека црквата не може да се реформира доколку свештениците не се ослободат од зависноста на секуларните лидери. Од друга страна, преку предавање на инвеститурите во исклучива надлежност на црквата, владетелот кој ќе го изгуби правото да го назначува епископот во неговата држава или да го одбие тоа доколку смета дека тој е неподобен за таа функција, ризикува да ја загуби контролата врз голем дел од земјите и богатството во своето кралство кои биле дел од имотот на црквата и да ризикува за нов епископ да се назначи странец или човек кој не му е лојален.[11] Дискрепанцата во ставовите било причина за почеток на воени дејствија меѓу империјата и Црквата кое завршило половина век подоцна со Конкордатот од Вормс од 1122 каде конечно биле уредени односите меѓу секуларната власт и Папата. Решенијата кои биле договорени со конкордатот, подоцна биле потврдени и ратификувани на првиот латерански совет. „Иако со конкордатот се постигнал компромис, сепак Папата излегол како победник, со оглед дека за најголемиот дел од инвеститурите за свештените лица и официјално надлежни станале исклучиво католичките легати со благослов на Папата.“[12] Во овој контекст треба да се напомене дека иако конкордатот бил успех за реформираното Папство на што наведува и фактот дека Папата Каликст II кој бил иницијатор на конкордатот бил избран за Папа токму во манастирот Клини кој претставувал центар на црковните реформи, „тој претставува компромис кој произлегол не како причина, туку како последица од внатрешните политички битки за превласт во црквата“[13], кои подоцна ќе резултираат со нарушување на единството во црквата и оспорување на нејзината доминација во Европа.

Сепак, преку договорот од Вормс, зависноста на Папството од Империјата воспоставена во времето на Карло Велики престанала да постои, со што значително се намалила моќта на Светото римско кралство и бил отворен патот за предоминација на католичката црква како врвен авторитет и унификатор на Европа. Контроверзата со инвеститурите била конфликт меѓу императорот и Папата. Авторитетот на црквата во средниот век не е стекнат поради долготрајноста на институцијата и континуитетот кој го имала од античко време, туку тој произлегол директно од борбата меѓу империјалните и црковните традиции. „Не би можело да се говори за Црквата како предоминантен фактор или креатор на европскиот идентитет при анализа на генезата на европското обединување, доколку не успеала да излезе како победник во битката со инвеститурите и со тоа да се здобие со својата уникатна позиција во Европа.“[14]

[11] Hanawalt, Barbara A. *“The Middle Ages: an illustrated history”*Oxford: Oxford University Press, 1998, стр. 73–76 и Plunket, Irene L. 1926, стр. 138

[12] Bryce, James, 1907 стр. 163–164

[13] http://www.jstor.org/stable/2856323 Chodorow, Stanley A. „Ecclesiastical Politics and the Ending of the Investiture Contest “ Speculum, Vol. 46, No.4, 1971 стр. 614

[14] Mitterauer, Michael, 2010, стр. 143

***

Контроверзата со инвеститурите, од нејзиниот почеток преку едиктот *Dictatus Papae* од 1075, па сѐ до финалниот компромис во Вормс во 1122 била пред сѐ правна битка, преку која легитимитетот на црквата се докажувал со легалистички инструменти. Самото користење на правните нормативи го предусловувале победникот во оваа битка со покажување на поголема вештина во толкување на законските провизии, што подразбирало високо познавање и интерперетирање на римското право како единствен легален концепт во средниот век и негово прилагодување на актуелниот случај. Користењето на правните инструменти се покажало како доста ефикасно оружје во конфликтот на црквата со секуларните лидери од кои повеќето биле необразовани и целосно инфериорни во однос на висококвалификуваното свештенство. Самото Папство ја согледало и искористило оваа предност и многу често најуспешните папи повеќе не биле едноставни монаси, туку правници со детално познавање и користење на законските прерогативи кои произлегувале од Римското право, како што е случајот со Инокентиј III. Но, во време на битката со инвеститурите кон крајот на единаесеттиот век, нивото на познавање на правото не било доволно и затоа токму овој случај го поттикнал создавањете на специјализирани правни училишта, како тоа во Болоња во 1088, кое подоцна прераснува во првиот европски универзитет. „Развојот на образованието и универзитетите било директно предусловено преку контроверзата со инвеститурите, односно со потребата темелно и професионално да се студира римското право. Научната интерпретација на римското право станала првата академска дисциплина во историјата на Европа.“[15]

БИБЛИОГРАФИЈА

Книги

Bryce, James *“Holy Roman Empire”* London : Macmillan, 1907

Dawson, Christopher *“Razumijevanje Europe”* Split: Verbum, 2002

Durant, Will *“The story of civilisation” volume IV- “The age of faith”* New York: Simon and Schuster, 1950

Hanawalt, Barbara A. *“The Middle Ages: an illustrated history”*Oxford: Oxford University Press, 1998

[15] Ullmann, Walter „Law and Politics in the Middle Ages“Cambridge: Cambridge University Press, 1975, стр. 78–79

Le Goff Jacques , *“The birth of Europe”,* Oxford: Blackwell publishing ltd., 2005
Mitterauer, Michael „*Why Europe?: the medieval origins of its special path“* Chicago: Chicago University Press, 2010,
Pagden Anthony, *“The idea of Europe”,* Cambridge: Cambridge University Press, 2002,
Plunket, Irene L. *“Europe in the Middle Ages”* Oxford: Oxford University Press, 1926,
Ullmann, Walter „Law and Politics in the Middle Ages“Cambridge: Cambridge University Press, 1975,
Whalen, Brett Edward “*Dominion of God: Christendom and apocalypse in the Middle Ages*” Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2009

Есеи

http://www.jstor.org/stable/2856323 Chodorow, Stanley A. „Ecclesiastical Politics and the Ending of the Investiture Contest “ Speculum, Vol. 46, No.4, 1971

Prof. Dr.sc Vladimir Bozinovski[16]

MEDIEVAL COSMOPOLITANISM – THE RISE OF THE CATHOLIC CHURCH IN MEDIEVAL EUROPE

Summary

The idea of the medieval cosmopolitism was developed and promoted by the Catholic Church as the main instrument to strengthen its influence and establish itself as the only universal authority with undisputed power in Europe during the High Middle Ages. The rise of the Church began during the first half of 10th century with the establishment and development of the Ecclesia Cluniacensis, finishing in the second half of the 11th century with the Dictatus Papae of Gregorius VII. The Dictates of the Pope Gregorius promoted the Church autonomy from the secular leaders, but also provoked a series of disputes resulting in armed and legal battles during which, the Church become aware of the advantage which could be secured with the strong legal experts in different procedures. Therefore, it starts to promote the education of the clergy with the establishment of the first European universities.

Key words: *Christianitas, Ecclesia Cluniacensis, Dictatus Papae, Investiture Controversy.*

[16] Professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

доц. д-р Драги Рашковски[1]

ТЕОРИИ ЗА НАДЛЕЖНОСТ НА СУДОТ И ИЗБОР НА ПРАВОТО КАКО АЛАТКИ ЗА РЕШАВАЊЕ НА СПОРОВИТЕ КАЈ CLOUD ТЕХНОЛОГИЈАТА

УДК: 347.98:347.91/.95]:004
340.14:347.91/.95]:004
1.01 Изворна научна статија

Резиме

И прашањето за надлежност на судот, како и прашањето за избор на законот, уживаат богата историска позадина. Принципите на уставниот федерализам им овозможија на земјите да се насочат кон различни пристапи при уредувањето на овие прашања. Оттука, во одредени држави преовладуваат теориите кои ги развил Рид и истите претставуваат солидна основа во законската регулација, посебно во уредувањето на прашањата за избор на правото и надлежноста на судот. Истражувањето на различните филозофии кои се наоѓаат позади завесата на законот е од суштинско значење, имајќи го предвид фактот дека регулацијата на Cloud средината сѐ уште се наоѓа на самиот почеток.

Клучни зборови: *Cloud технологија, надлежност на судови, судир на интереси, ИТ технологии, теории за надлежност.*

1. Надлежност на судот: чувар на граѓанските судски постапки

Надлежност (јурисдикцијата) е, едноставно кажано, можност судот да поседува моќ за водење на конкретниот судски процес. Надлежноста навидум претставува едноставно прашање. Таа дава одговор на прашањето дали одреден суд може да донесе пресуда во конкретниот случај. За разлика од изборот на правото, кое прашање е отворено во смисла на тоа дека секоја страна може да бара примена на различен сет правни правила и прописи, додека судот може да се одлучи за примена на сосема различен сет правила, кои воопшто не биле

[1] Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

споменати, ниту предложени од било која од страните. Надлежноста по својата природа е еднострана во споредба со изборот на правото.

Текстот што следи, дава краток приказ на историјата на прашањето на јурисдикцијата на судот, започнувајќи од своите корени во обичајното право на Англија, па сè до пресудата на Врховниот суд во случајот *International Shoe Co. v. Washington*, па сè до крајот на предмрежната ера.[2] Иако секој од овие периоди е различен од периодот пред или по него, сите тие делат заедничка тема, а тоа е токму поимот на надлежноста. Со други зборови, обвинетиот, мораше да биде физички присутен во судот каде тужбата е поднесена, со цел надлежноста да биде правилна. Како што ќе се забележи во текстот подолу, сепак со доаѓањето на интернетот, ова долгогодишно правило е променето и за случаите поврзани со употребата на интернет, важат поинакви правила.

Идејата за месна надлежност датира уште од петнаесеттиот век во Англија. Уште во 1482 година, идејата дека судот дека немал надлежност за пресудување на обвинетиот е неважечка, станала принцип цврсто зацементиран во англиското обичајно право. Во тоа време, надлежноста се одредувала првенствено врз основа на согласност на обвинетиот, што е спротивно на судската власт врз страните. Можеби не е изненадувачки, но ова правило се претвори во пракса на судовите, бараната согласност на обвинетите да ја добиваат со уцени и употреба на сила, и така околу крајот на деветнаесеттиот век, се појавија одредби за надлежноста на судовите во Англија кои се базираа повеќе на судската власт, отколку на доброволна основа (читај, согласност на обвинетиот).

Се разбира, овие концепти се преселија од Англија и биднаа инкорпорирани во американското обичајно право во неговиот почеток, а се применуваа и кај неколку случаи од првата половина на деветнаесеттиот век, каде посебно значајно е да се спомене принципот „Пред лице, а не судија“. Истиот не беше воспоставен до 1878-та година, бидејќи Врховниот суд на САД со случајот *Pennoyer v. Neff101*, воспоставено правило дека услугата на форумот на државата е и неопходна и доволна за судот да воспостави месна надлежност. Во овој случај, судот во Орегон утврди дека обвинетиот, кој не бил ниту жител на Орегон, ниту физички присутен во Орегон, се истакнуваше дека конструктивно учествувал со издавање на весникот во Орегон. Врховниот суд не се соглсил со оваа одлука.

При утврдувањето за тоа дали услугата е соодветна или не, Врховниот суд го објавил она што е познато како „преодна власт на личната надлежност“: „За да [судската] постапка биде валидна ...[Обвинетиот] мора да се доведе пред судот во точно пропишан законски рок од страна [на државата], или пак

[2] Види Frederic M. Bloom, *Jurisdiction's Noble Lie*, 61 STAN. L. REV. 971, 979 (2009), стр. 567.

доброволно да се јави пред истиот.“[3] Веднаш по Pennoyer, се чинише дека физичкото присуство на обвинетиот беше истовремено и неопходно и доволно, за да се додели надлежност на судот во текот на конкретната судска постапка. Фразата „доволно“ важи и денес и беше потврдена од страна на Врховниот суд на САД повторно, по повеќе од еден век по *Pennoyer* во случајот *Burnham v. Supreme Court*.[4]

Спротивно на тоа, сепак, идејата за физичко присуство како задолжителен предуслов за утврдување на надлежноста, полека исчезнуваше кон крајот на деветнаесеттиот век и почетокот на дваесеттиот век (иако можеби очекувано). На пример, после *Pennoyer*, некои држави започнаа да бараат нерезидентите – корпорации да назначат државни агенти за учество во процесот, додека други држави дозволија учество на служба во случаите кога нерезиденти – возачи кои предизвикале повреди во една држава, но си заминале.[5] Овие и други исклучоци од барањето обвинетите да се всушност физички присутни во процесот започнаа да стануваат правило, и во 1945 година Врховниот суд го потврди ова однесување како прифатливо.

2. Големината на случајот International Shoe Co. v. Washington

„Правилата за територијалните граници кај прашањето на надлежноста на судот утврдени во *Pennoyer*“ беа конечно испратени на одмор со доаѓањето на случајот *International Shoe Co. v. Washington.* Имено, овој случај е познат како „пресвртница во правилата за месна надлежност“ и е почитуван како „принципот“, кој го „уби злото – змеј“ воспоставен со Pennoyer. *International Shoe Co. v. Washington* утврди нов начин за дефинирање на надворешните граници за утврдување на месната надлежност на судот, кој што сѐ уште служи како темел на денешните доктрини. *International Shoe Co. v. Washington* била корпорација основана во Делавер, со вистинско седиште на бизнисот во Сент Луис, Мисури. Оваа корпорација произведувала чевли, и дистрибуирале чевли од неколку држави, освен Вашингтон, и немале ниту една канцеларија или претставништво, ниту пак имале склучено договори за продажба или купување на стока во Вашингтон. *International Shoe Co*, сепак, вработувале трговци под директен надзор и контрола на менаџери во Сент Луис и имале трговци со примероци чевли кои ги даваа на продавачите понекогаш да ги изложат истите, во изнајмени простории во Вашингтон. Трговците престојувале во Вашингтон

[3] Види Albert A. Ehrenzweig, The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The “Power” Myth and Forum Conveniens, 65 YALE L.J. 289, 296 (1956), стр.439.

[4] Види 495 U.S. 604 (1990).

[5] Види Joel H. Spitz, Comment, The “Transient Rule” of Personal Jurisdiction: A Well-Intentioned Concept That Has Overstayed Its Welcome, 73 MARQ. L. REV. 181, 192 n.83 (1989), стр. 43.

и биле платени врз основа на продажбата направена таму. По наредба трговците ги праќале чевлите назад во канцелариите во Сент Луис, каде што документите се пополнувале и чевлите биле испраќани во Вашингтон од други земји.

Прашањето во дадениот случај, беше дали *International Shoe Co*, врз основа на горенаведените контакти со Вашингтон, подлежи на регулација со Актот за надомест на невработеност, кој важел во Вашингтон. Доколку одговорот е позитивен, тогаш корпорацијата било потребно да плаќа одреден процент на придонеси за годишните плати на своите вработени во Вашингтон, во Државниот фонд за надомест за невработеност. Државата Вашингтон ја тужеше *International Shoe Co* за изминатите придонеси кои корпорацијата требала да ги подмири за своите вработени кои продавале чевли на територијата на Вашингтон. Иако *International Shoe Co,* ја оспоруваше надлежноста на судот во Вашингтон, и покрај неколкуте жалби, Врховниот суд пресуди дека судот во Вашингтон е надлежен за водење на конкретниот случај.

Притоа, Судот објави стандарди за месна надлежност, на кои судовите се повикуваа многу често во текот на последните шест декади: „Водењето на судскиот процес бара со цел да донесе пресуда насочена кон обвинетиот, негово лично присуство, а во случај истиот да не е присутен на територијата на судот, потребно е тој да има одредени минимални контакти со државата на судот, така што одржувањето на судската постапка не би ги навредила традиционалните поими за фер игра и задоволена правда“.[6] Судот одби, сепак, да донесе било каков вид стандард кој е „механички или квантитативен“ по својата природа. Во *Pennoyer* наместо тоа, Судот утврди дека дали стандардите на процесот се задоволени зависеше од „квалитетот и карактерот на дејноста во однос на фер и уредна примена на предметните законите со кои требаше да биде исполнета клаузулата за сигурност на судскиот процес.“[7] Оваа норма бараше истражување, меѓу другото, „и за степенот до кој корпорацијата ужива привилегија за вршење на дејност во државата“, така што „таа истовремено би ги уживала придобивките и заштитата на законите на таа држава.“[8]

Вреди да се напомене дека Судот во погоре опишаниот случај, основата за надлежност на Судот во Вашингтон произлезе од одредени контакти кои *International Shoe Co* ги имаше воспоставено при вршење на својот бизнис со државата на судот. Во таков случај, надлежност е соодветна, бидејќи корпорацијата која е тужена, а не е резидент во државата на судот, се вели дека е „присутна“ во рамки на државата на судот преку „систематски и континуирани“ контакти.

---

[6] Види Frank B. Cross & James F. Spriggs II, *The Most Important (and Best) Supreme Court Opinions and Justices*, 60 EMORY L.J. 407, 437 tbl.3 (2010), стр.76.

[7] Види Logan Everett Sawyer III, *Jurisdiction, Jurisprudence, and Legal Change: Sociological Jurisprudence and the Road to* International Shoe, 10 GEO.MASON L. REV. 59, 59 (2001, стр.68.

[8] Види Todd David Peterson, *The Timing of Minimum Contacts After* Goodyear *and* McIntyre, 80 GEO.WASH. L. REV. 202, 207–08 (2011), стр. 234.

3. Теорија за текот на трговија и теорија за далекусежни ефекти

Усвојување на стандардот на Врховниот суд на САД за „минимални контакти" во случајот *International Shoe Co. v. Washington* беше реакција на методите кои се развиваа од страна на бизнисите кои се спроведуваа во дваесеттиот век. Како што крос-кантри и меѓудржавниот транспорт стануваа поприсутни, компаниите ја ширеа понудата на нивните услуги и производи на потрошувачите во сите делови на земјата. Иако, стандардот пропишани со овој слуачај навидум, се однесуваше на поединци, сѐ повеќе се развиваше мислење дека истиот е насочен и кон деловните субјекти. *International Shoe Co. v. Washington* е единствен случај, кој е од огромна важност во оваа насока.[9] Но, постојат и многу други случаи кои поставуваат стандарди, чие потомство е токму овој случај, чиј стандард ги дефинираше правните контури кои следеа. Имено воспоставениот и опишан стандард претставува сеопфатен преглед на сите наредни случаи во класата на граѓанската постапка. Така, во оваа насока избрав да ги изнесам само водечките случаи на сцената со цел да развијам дискусија за Законот на интернет.

Ќе започнам со случајот Illinois Supreme Court, *Gray v. American Radiator and Standard Sanitary Corp.* Во овој случај, жител на Илиноис ја тужи компанијата од Охајо, наведувајќи дека компанијата се однесувала несовесно при изградбата, на начин што одреден сигурносен вентил за бојлер експлодирал, а помеѓу повредените бил и тој. Компанијата се бранеше со аргументите дека тие не развиваат никаков бизнис во Илиноис, ниту пак, дека имаат физички присутен застапник во Илиноис, додека вентилите се продавале надвор од Илиноис. Судот истакна дека „единствениот контакт на компанијата, која е тужена во конкретниот случај со Илиноис, е во делот дека еден производ кој е произведен во Охајо, а кој е вметнат во бољерот, во текот на трговија бил продаден на потрошувачите во Илионис."[10] Судот утврди дека „не е неразумно, онаму каде што причината за акција произлегува од наводните дефекти на производот, да се каже дека употребата на тој производ во текот на редовната трговија е доволна индикација за постоење на контакти со предметната држава. Имено, ова стопанство се базира на зголемување на специјализацијата на комерцијалните активности и поголема меѓусебна зависност на бизнис-претпријатијата. Образложението на Судот во случајот *Grey* стана познато како „теорија за тек на трговија" во доменот на месната надлежност.

---

[9] Види Symeon C. Symeonides, *Choice-of-Law in the American Courts in 2011: Twenty- Fifth Annual Survey*, 60 AM. J. COMP. L. 291, 309 tbl.1 (2012), стр.96.

[10] Види Gary J. Simson, Choice-of-Law After the Currie Revolution: What Role for the Needsof the Interstate and International Systems?, 63 MERCER L. REV. 715, 716 (2012), стр.342.

Врховниот суд на САД, сепак, не да ја прифати оваа теорија. Во случајот *World-Wide Volkswagen Corp. v. Woodson*, Судот ја отфрли идејата дека една компанија без други контакти со државата на форумот може да биде предмет на надлежност само поради тоа што потрошувачот ги транспортираал своите производи во други држави, освен во државата во која производот бил купен. Судот забележа дека во суштината на оваа теорија се наведува поимот „предвидливост", кој самиот по себе никогаш не бил доволен показател за утврдување на месна јурисдикција, и потврди дека прифаќањето на оваа теорија во својата најчиста форма ќе има ефект на „назначување на посебни лица како агенти за учество и водење на процесот."[11]

Подоцна, во *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, Судот едногласно одби да се утврди постоење на месна јурисдикција, каде една јапонска фирма која произведувала вентили за гуми и ги продавала на тајванска корпорација, која подоцна ги вградувала вентилите во гуми на моторцикли кои се продавале во Калифорнија. Судот одлучи дека „утврдувањето на минимални контакти мора да се оствари преку тужба во која се наведени докази за постоење на намера кај тужениот за дејствија насочени кон државата на судот", и дека „пласирањето на производот во тек на трговијата, без повеќе наврати, не претставува дејствие на тужениот кое е намерно насочено кон државата на судот."[12]

Како што завршува овој поддел, потребно е целината да се заокружи со случајот *Burger KingCorp. v. Rudzewicz* – кој бара посебно внимание и кој служи како отскочна даска во оваа кратка дискусија за месната надлежност. *Burger KingCorp* е значаен случај, бидејќи станува збор за случај каде договорните односи се засновани врз основа на договор и, како што е наведено погоре, правната структура на интеракциите во Cloud средината почива првенствено врз основа на теоријата за договор. Покрај тоа, оваа корпорација е поврзана со бројни судски спорови поврзани со правото на интелектуалната сопственост, поради што претставува и заеднички извор на судските спорови кои извираат од Cloud средината. Burger King поднел тужба против двајца вработени во некои од своите ресторани за брза храна за прекршување на договорот за франшиза и повреда на нивниот заштитен знак. Тужбата ова правно лица ја поднело во Флорида, каде што се наоѓа седиштето на оваа корпорација и каде што првенствено се одржани преговорите за договорот за франшиза, иако ресторанот во случајот се наоѓал во Мичиген. Врховниот суд на САД, утврди дека Судот во Флорида има надлежност за водење на конкретниот случај, и покрај тоа што тужените немале физичка поврзаност во оваа држава. Судот се потпира на бројните врски на тужените одржувани со комуникација преку

[11] Види https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law review/online/cloudcontracts.pdf

[12] Види https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1303/1303.4814.pdf.

пошта, како и врз договорот за франшиза кој е поврзан со државата на судот.[13]

Во прилог на идните судски постапки кои произлегуваат од употребата на технологиите за комуникација, се наведува: Иако физичкото присуство често ќе го подобри потенцијалот за припадност на тужениот со државата на судот и ќе ја зголеми предвидливоста за тоа каде тужбата може да биде поднесена, не смее да се затворат очи пред фактот дека современиот комерцијален живот води кон вршење на бизнисот исклучиво по пошта и мрежните комуникации, со што се создава врска со државата во која бизнисот се спроведува на таков начин, и покрај отсуството на територијална припадност. Со прифаќањето на оваа теорија навек се отрфли идејата дека во отсуство на физички контакти и територијална припадност in concreto, не може да се утврди месна надлежност.

4. Избор на правото: Творец на правилата на граѓанските судски постапки

Прашањето на избор на правото следува логично веднаш по утврдувањето на јурисдикцијата на судот. Општо земено, пред судот да навлезе во прочување на суштинските прашања презентирани во поднесената тужба, истиот прво мора да одлучи дали има овластување да го разгледува и да се произнесе по случајот презентиран во конкретната тужба. Доколку надлежноста е соодветна, поточно доколку судот има право да расправа по случајот, следното прашање кое се поставува е – кој точно закон или избори на правни прописи треба да се применуваат во конкретниот случај – прашање познато како избор на правото.

Еволуцијата на прашањето за избор на правото во Соединетите Американски Држави се движеше по една патека полна нерамнини. Како почетна забелешка, „изборот на правото" е малку загадочна област во рамките на правната експертиза на САД. Во зависност од околностите во случајот кој се разгледува, може да бидат опфатени различни концепти од признавање и извршување на пресуди, преку екстратериторијално важење на законите на САД, па сè до „вертикалните" конфликти кои се јавуваат помеѓу федералните и државните закони.[14] Каква што е и намерата на овој труд, сепак, поимот „избор на правото", тука се однесува на ситуации каде што законите на две или повеќе судски надлежности регулираат збир на исти активности или настани. Со други зборови кажано, се јавува т.н. „хоризонтален конфликт помеѓу законите". Оттука, овој труд во деловите кои следат, се фокусира на краток приказ на историјата на САД во оваа насока, задржувајќи се на теориите за избор на правото и ги

[13] Види https://resilience.enisa.europa.eu/cloud-security-and-resilience/publications/cloud-computing-benefits risks-and-recommendations-for-information-security.

[14] Види William F. Baxter, *Choice of Law and the Federal System*, 16 STAN. L. REV. 1, 8–9 (1963), стр.112.

сумира основните начини за анализа кои се употребуваат во современоста.

5. Традиционални теории: Суверенитет, самостојност и „монополни права“

Избор на правото произлезе како дискретна област на судската пракса во САД по објавувањето на расправите за концептот на правдата како вредност и коментарите за судир на законите, во 1824-та година. Како што се зголемуваше трговијата помеѓу државите, правилата кои својот почеток го наоѓаат во англиското обичајно право, станувааа дел од минатото.

Како резулатат на тоа беа предложени два теоретски принципи кои во голема мера беа поставени под влијание на судовите и научата фела:[15]

(1) секоја држава има „суверенитет и ексклузивна надлежност во рамките на својата територија“, и оттука,

(2) Судот на една суверена надлежност, може да ги применува законите на друга суверена држава, без да посегне по загрозување на нејзиниот јавен поредок, со што ќе се негува чувството на добри и добрососедски односи помеѓу државите.

Овие принципи, и покрај нивната идеалистичка нишка, се покажа дека е тешко да се спроведат во реалноста, додека во коментарите посветени на судирот на закони не дадоа вистински инструкции за тоа на кој начин или кога овие принципи треба да се применат. Требаше да помине речиси еден век пред некој да даде одговори на овие прашања.

Така во 1934-та година, како корекција на овие првични коментари за судир на законите, се беше огласил и професорот Џозеф Си кој се смета за примарен архитект на овој концепт. Во основата на неговиот концепт познат како „Прво повторување“ е теоријата дека правна основа за тужба е законско право на поединецот, кое се смета за негово лично право во одредена точка во времето.[16] Според логиката на професорот Си, дека државата во чии суверени граници е дадено тоа право, треба да биде државата чие материјалното право се однесува литигацијата. Оваа теорија која со себе ја носи идејата за територијален „суверенитет“ понатаму се смета за критична приказна од прашањето за избор на правото.

Поконкретно, овој концепт поставува три основни правила кои се регулирани со Delict, со Законот за сопственост, како и соодветни договори. Според Delict, дали постои причина за дејствување или не, зависи од lex lo-

[15] Види Simona Grossi, *Rethinking the Harmonization of Jurisdictional Rules*, 86 TUL. L.REV. 623, 646 (2012), стр.14.

[16] Види Harold P. Southerland, A Plea for the Proper Use of the Second Restatement of Conflict of Laws, 27 VT. L. REV. 1, 8–9 (2002), стр.76-98.

cus delicti или, „законот на местото на сторување на дејствието“. Прашањата поврзани со формирање на договорот се регулирани со законот на државата во која договорот е формиран; прашања кои се однесуваат на работењето, се регулирани со законот на местото на извршување.[17] Конфликтите кои вклучуваат недвижен имот се регулирани со законот на местото каде што имотот се наоѓа. Иако повеќе, но не сите конфликти, вклучуваат подвижен имот, Многу, иако не сите конфликти кои вклучуваат подвижен имот, исто така се опфатени со ова правило.

Во целина, Теоријата за лични права, беше дизајнирана за да обезбеди унифицирана рамка во која судовите лесно може да утврдат кој закон или кој механички збир на закони треба да се однесуваат на споровите со мултијурисдиционални елементи, а со тоа ќе се овозможи и остварување на принципите на единството и предвидливост на резултатите. Навистина, „генерално се верува дека целата област може да биде покриени од страна на релативно мал број едноставни правила.“ Ова ветување за ефикасност доведе до брзо усвојување на концептот ,,Прво повторување“ од страна на повеќе држави.

Сепак територијалните правила на Си, иако изгледаа речиси совршено во рамките на теоријата, не успеаја да произведат униформни резултати во пракса. Судиите се соочуваат со примена на нефлексибилни правила за комплексното прашање за избор на правото и речиси веднаш почнаа кон нивно заобиколување со употреба на препораки. Имено изборот на правото остава можност ова прашање да биде уредено освен во законски рамки, и во рамките на договорот, и истовремено означува крај на ерата на слепото поклонување на судиите кон нормативноста.

,,Прво повторување“ и покрај наведеното остави доволно слобода за судовите да се вклучат во „карактеризација“ на случајот и на крајот сепак да ја изберат примената на законот. Споменатите препораки се чинеа повеќе правични, соодветни и полесни за примена. Јасно е дека, многу судови не беа подготвени да се откажат од можноста да изберат кое право треба да се применува во конкретен случај, дури и кога нивното право подразбира примена на крути и механички правила.[18]

Овој концепт е верен на своите првични идеали, колку што е можно во денешните услови. Иако истиот не нуди некоја структурирана анализа, некои судии го сметаат за исклучително привлечен. Дури и денес, десетина земји сè уште го следат овој концепт, но не може да кажеме дека сè уште го држи истото ниво на доминација, како и порано.

[17] Види Gary J. Simson, Commentary, *Leave Bad Enough Alone*, 75 IND. L.J. 649, 651–52 (2000), стр.176.

[18] Види Robert A. Leflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 N.Y.U. L. REV. 267, 295–304 (1966), стр.108.

6. Модерен пристап: Анализа на владини интереси

Второто преформулирање познато како „Подобро право“, по само неколку децении, го обележа периодот кога теоријата на лични права започна да бледнее. Следната революција во анализата на прашањето за изборот на правото, беше водена преку статиите напишани од страна на професорот на Брејнерд Кјури. Според Кјури, примарниот проблем кај институтот – избор на правото и правилата кој на него се однесуваат, е дека тие не ги земаат предвид интересите на власта. На кратко, Кјури тврди дека судовите требаа да разгледаат каков интерес имаат во донесувањето на одлуки при изборот на правото.[19]

Примената на анализата на овој интерес, може да се олесни со расчистување на „лажните конфликти“ кај судиите – ситуации во кои само една јурисдикција има вистински интерес во примена на своите закони во конкретниот случај. Се разбира, сите конфликти не се надминуваат толку лесно.

Во рамките на научните кругови, во најмала рака, анализата за владин интерес (во сите нејзини форми), набрзо започна да доминира на теренот на изборот на правото. Денес, сепак, само две јурисдикции сѐ уште ги следат стапките на Кјури, а и двете ги применуваат само кај прекршочните случаи. Можеби поради тоа што, нивната примена означуваше радикално преформулирање на концептот „Прво повторување“, и се чинеше дека истите се во директна спротивност со принципите на единство и предвидливост на резултатите, кои придонесоа за широко прифаќање на првата анализа погоре елаборирана, за разлика од чистата форма на анализата за владин интерес која не беше миленичка помеѓу судовите.

Во поблага форма, сепак, анализата за владин интерес на Кјури е инкорпорирана во концептот на „Второ повторување“ кој секако се однесува на судирот на закони. Овој концепт е објавен во 1971-та година, и денес сѐ уште е во сила, а претставува мешавина од прописите на Кјури, сместени во рамките на една отворена, политички-ориентирана аналитичка рамка, која означува извесно оддалечување од територијалниот принцип, а воедно носи слична крутост како и правилата кои се однесуват на „Прво повторување“. Општо правило е дека, без оглед на материјалното право, се применува законодавството на државата со „најзначајна врска“ со релевантните настани и страни.[20]

Аналитичката структура на овој концепт се состои од три чекора. Прво, прашањето на кој начин да се категоризираат „договорните“ проблеми или „прекршочните“ проблеми. Вториот чекор, е да се помогне во одредувањето

[19] Види RESTATEMENT (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 6 (1971), стр.66-69.

[20] Види Cf. Carlos M. Vázquez, Customary International Law as U.S. Law: A Critique of the Revisionist and Intermediate Positions and a Defense of the Modern Position, 86 NOTRE DAME L. REV. 1495, 1582–83 (2011), стр.333.

која држава има најзначителна врска, во која насока овој концепт создава збир на претпоставки кои ги покриваат разните видови деликти или договорни прашања. Но, бидејќи овие правила се само претпоставки, анализата не завршува тука. Наместо тоа, судот мора да одлучи која држава навистина ги има најзначајните односи во светлина на наведените принципи за избор на правото.

„Второ повторување" е „нападнат" од страна на мнозинството на правните мислители. Сепак судовите со нетрпение го прифатија, најверојатно поради тоа што неговите правила најверојатно најмногу придонесуваат за флексибилноста како посакувана карактеристика. Делумно како резултат на оваа популарност помеѓу судиите, без силен притисок, направено е промовирање на концептот „Трето повторување". Треба да се напомене дека и покрај недостатоците на концептот „Второ повторување", не претставува изненадување дека сѐ уште останува најшироко прифатена методологија при избор на правото во рамките на САД. Сепак да се напомене, сѐ уште се остава простор за развивање на конкурентни теории во оваа насока.

Професорот Роберт Лефлар, пишувајќи во 1960та година, го предложи пристапот „Подобро право", во кои набројува кои „размислувања кои влијаат врз изборот" треба да земат предвид кога потребно е да се одлучи меѓу повеќе права кои се натпреваруваат.[21] Вклучено во овие размислувања е максимирањето на принципот на предвидливост на резултатите, со цел одржување на меѓудржавните и меѓународните цели, поедноставувањето на судските задачи, унапредување на законите во утврдувањето на надлежноста, земајќи ги предвид владините интереси, итн. Последната анализа подразбира еден вид квалитативна, нормативна истрага што означува единство меѓу правилата за избор на правото. Во САД, пет држави го имаат усвоено концептот „Подобро право" во случаите на прекршочни дејствија, а две во случајот на договорни дејствија.

ЗАКЛУЧОК

Општеството е на добар пат кон сеприсутно распоредување и усвојување на употребата на cloud технологијата. Правната област како што можеме да забележиме и од образложеното во овој труд, во моментов заостанува во споредба со развојот на настаните. Дури и употребата на најдобрите пристапи кај овие нови случаи честопати се покажува како нефункционална, од што следи заклучокот дека на постојните правни правила со кои се регулира надлежноста на судот и изборот на правото, има очајна потреба од ажурирање. Иако сѐ уште

[21] Види Ralph U. Whitten, U.S. Conflict-of-Laws Doctrine and Forum Shopping, International and Domestic (Revisited), 37 TEX. INT'L L.J. 559, 574 (2002), стр.477.

нема конкретен предлог со цел да се обезбеди унифицираност во пристапот на судот при решавање на овие прашања, внимателниот избор и примената на принципите, како и на нивните алтернативни предлози, елаборирани погоре може да помогнат за да голем број од можните грешки кои беа претставени, да бидат избегнати. Уште поважно избраните принципи мора да ги почитуваат начелата за промовирање на предвидливоста, довербата и меѓусебното почитување, кои се од суштинско значење за да се обезбеди понатамошен развој на ширењето на иновациите.

Она што започна како исклучок уште во случајот *International Shoe Co. v. Washington,* денес е општоприфатено правило, воспоставено пред сè со случајот Burger *KingCorp. v. Rudzewicz*. Од водење на бизнисот од страна на компаниите на локално ниво, неговото управување и извршување започна да е шири првенствено на национално ниво, а потоа и на меѓународно ниво, што отвораше нови предизвици за судовите при утврдувањето на прашањето на месна надлежност. Благодарение на тековниот пејзаж на трговија водена со употреба на интернет, како и на онаа во Cloud средината, можеме да заклучиме дека денес со соочуваме со т.н. „невидливи компании кои бизнисот го водат од секаде и насекаде".

Неопходна е што побрза нормативна регулираост и униформност на Cloud областа, како на национално ниво од страна на државите, така и на меѓународно ниво, како нивен заеднички напор. Кои иновации следат во иднина, можеби уште утре, не може да се претпостави, но правничката фела потребно е да ги впрегне своите сили заеднички и неуморно да се обидува да понуди соодветни правни решенија на сите барања на современоста.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Frederic M. Bloom, *Jurisdiction's Noble Lie*, 61 STAN. L. REV. 971, 979 (2009), стр. 567.

Albert A. Ehrenzweig, The Transient Rule of Personal Jurisdiction: The "Power" Myth and Forum Conveniens, 65 YALE L.J. 289, 296 (1956), стр.439.

Joel H. Spitz, Comment, The "Transient Rule" of Personal Jurisdiction: A Well-Intentioned Concept That Has Overstayed Its Welcome, 73 MARQ. L. REV. 181, 192 n.83 (1989).

Frank B. Cross & James F. Spriggs II, *The Most Important (and Best) Supreme Court Opinions and Justices*, 60 EMORY L.J. 407, 437 tbl.3 (2010).

Logan Everett Sawyer III, *Jurisdiction, Jurisprudence, and Legal Change: Sociological Jurisprudence and the Road to* International Shoe, 10 GEO.MASON

L. REV. 59, 59 (2001.
Todd David Peterson, *The Timing of Minimum Contacts After* Goodyear *and* McIntyre, 80 GEO.WASH. L. REV. 202, 207–08 (2011).
Symeon C. Symeonides, *Choice-of-Law in the American Courts in 2011: Twenty-Fifth Annual Survey*, 60 AM. J. COMP. L. 291, 309 tbl.1 (2012)
Gary J. Simson, Choice-of-Law After the Currie Revolution: What Role for the Needsof the Interstate and International Systems?, 63 MERCER L. REV. 715, 716 (2012),
https://journals.law.stanford.edu/sites/default/files/stanford-technology-law re-view/online/cloudcontracts.pdf
https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1303/1303.4814.pdf.
https://resilience.enisa.europa.eu/cloud-security-and-resilience/publications/ cloud-computing-benefits risks-and-recommendations-for-information-secu-rity.
William F. Baxter, Choice of Law and the Federal System, 16 STAN. L. REV. 1, 8–9 (1963)
Simona Grossi, *Rethinking the Harmonization of Jurisdictional Rules*, 86 TUL. L.REV. 623, 646 (2012),
Harold P. Southerland, A Plea for the Proper Use of the Second Restatement of Conflict of Laws, 27 VT. L. REV. 1, 8–9 (2002),
Gary J. Simson, Commentary, *Leave Bad Enough Alone*, 75 IND. L.J. 649, 651–52 (2000),
Robert A. Leflar, *Choice-Influencing Considerations in Conflicts Law*, 41 N.Y.U. L. REV. 267, 295–304 (1966)
Cf. Carlos M. Vázquez, Customary International Law as U.S. Law: A Critique of the Revisionist and Intermediate Positions and a Defense of the Modern Position, 86 NOTRE DAME L. REV. 1495, 1582–83 (2011).
Ralph U. Whitten, U.S. Conflict-of-Laws Doctrine and Forum Shopping, International and Domestic (Revisited), 37 TEX. INT'L L.J. 559, 574 (2002).

Ass. Prof. Dr.sc Dragi Rashkovski[22]

THEORIES OF COURT JURISDICTION AND SELECTING LAW AS TOOLS FOR DISPUTE SETTLEMENT IN CLOUD TECHNOLOGY

Summary

Both the issue regarding court jurisdiction and the one regarding choice of law enjoy a rich historical background. The principles of constitutional federalism have allowed countries to take different approaches to addressing these issues. Hence, the theories developed by Reid prevail in some countries and they represent a solid basis in legal regulation, particularly in the regulation of issues regarding choice of law and court jurisdiction. Research on the various philosophies behind the curtain of the law is essential, given the fact that the regulation of the Cloud environment is still in its infancy.

Key words: *Cloud technology, court jurisdiction, conflict of interests, IT technologies, jurisdiction theories.*

[22] Assistant professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Александар Спасеновски[1]

СТАТУСОТ НА ВЕРСКИТЕ ЗАЕДНИЦИ И ПРОМЕНАТА НА СОПСТВЕНИЧКИТЕ ОДНОСИ ВО СОЦИЈАЛИСТИЧКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 2-78:347.23(497.1)
2-78:349.412.28(497.7)
2-78:338.246.025.87(497.7)
1.04 Стручна статија

Резиме

Наспроти соодветните уставни и законски одредби, ***пристапот на Федеративна Југославија, односно на Социјалистичка Македонија како нејзин составен дел, кон верските организации, како и кон прашањето на слободата на вероисповед, може да се определи и со другите нормативни акти што беа усвојувани низ годините, а кои во потполна мера го скицираат карактерот на југословенскиот, односно македонскиот модел на социјалистички секуларизам****. Во овој труд, низ призма на истакнатото ќе се фрли светло врз карактерот на југословенскиот, односно македонскиот социјалистички модел на секуларизам низ призма на прашањето на промената на сопственичките односи.*

Клучни зборови: *Македонија, социјализам, верски заедници, национализација, експропријација.*

ВОВЕДНИ НАПОМЕНИ

Наспроти соодветните уставни и законски одредби, **пристапот на Федеративна Југославија, односно на Социјалистичка Македонија како нејзин составен дел, кон верските организации, како и кон прашањето на слободата на вероисповед, може да се определи и со другите нормативни акти што беа усвојувани низ годините, а кои во потполна мера го**

[1] Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први", Универзитет „Св. Кирил и Методиј" во Скопје.

скицираат карактерот на југословенскиот, односно македонскиот модел на социјалистички секуларизам. Поконкретно, станува збор за актите кои се однесуваа на прашањето на социјалното осигурување, даночната политика, правното регулирање на бракот, водењето на матичните книги, изучувањето на веронауката во државниот образовен систем, статусот на училиштата за подготовка на верски службеници, како и прашањето на носењето на зарот и фереџето од страна на жената-муслиманка.

Во овој труд, низ призма на истакнатото ќе се фрли светло врз карактерот на југословенскиот, односно македонскиот социјалистички модел на секуларизам низ призма на прашањето на промената на сопственичките односи.

1. ПРОМЕНА НА СОПСТВЕНИЧКИТЕ ОДНОСИ

Промената на сопственичките односи претставува една од главните задачи на владејачките комунисти по завршувањето на Втората светска војна. **На удар, заедно со останатите правни и физички лица, се најдоа и верските организации, на кои сериозно им беше разнишана материјалната основа.** На овој начин во голема мера беше доведено во прашање нивното остварување на мисијата, а со тоа и влијанието и моќта во општеството.

Првите одземања на имотите од страна на властите започнуваат уште за време на Втората светска војна на подрачјата што се под контрола на партизанските одреди[2]. **Овие одземања се извршуваат главно бесправно** без формална согласност од страна на верските организации, како и без соодветна одлука од страна на народно-ослободителните одбори. Сепак, набрзо по консолидирањето на власта, сојузните и републичките органи започнуваат со реализација на целта преку носење на серија законски и подзаконски правни акти[3].

Во конкретна смисла станува збор за:

- ❖ **Прво, аграрната реформа и колонизацијата;**
- ❖ **Второ, национализацијата на приватните стопански претпријатија;**
- ❖ **Трето, експропријацијата, како и**
- ❖ **Четврто, национализацијата на наемните згради и на градежното земјиште**.

Во продолжение, следува осврт на секој од посочените аспекти преку кои се одвиваше промената на сопственичките односи од аспект на статусот на верските оргнизации.

[2] Радмила Радић, *Држава и верске заједнице 1945–1970 први део: 1945–1953*, Белград, 2002.
[3] Радмила Радић, *Држава и верске заједнице 1945–1970 први део: 1945–1953*, op.cit.

1.1. АГРАРНА РЕФОРМА И КОЛОНИЗАЦИЈА

Првите правни акти со кои се отпочна со реализација на идејата на Сојузот на комунистите на Југославија (СКЈ) за промена на сопственичките односи во Федеративна Југославија беа сојузниот Закон за аграрна реформа и колонизација[4], кој е донесен во август 1945 година; Законот за аграрна реформа и колонизација на територијата на Федерална Македонија[5] кој е донесен во декември 1945 година, како и Правилникот на Владата на Народна Република Македонија (НРМ) за извршување на Законот за аграрна реформа и внатрешна колонизација на територијата на Федерална Македонија во февруари 1946 година[6].

Сојузниот закон ги утврдуваше генералните рамки на овој процес, федералните закони, во чии рамки влегува и македонскиот, попрецизно го операционализираа процесот на аграрната реформа и колонизацијата, додека Правилниците, пак, во конкретна мера го утврдуваа спроведувањето на овој процес.

Аграрната реформа започнува организирано да се спроведува во 1946 година, кога се формира Министерството за аграрна реформа и колонизација од страна на привременото сојузно собрание, кое има надлежност да ја толкува и спроведува аграрната политика и колонизацијата преку аграрните тела во републиките и во автономните области (член 29[7]). Ова министерство функционира сè до 1948 година по што неговите надлежности преоѓаат во Министерството за земјоделство на Федеративна Југославија.

Сојузниот закон за аграрна реформа и колонизација е составен од 36 члена. Во членот 1, кој е дел од првата глава, која се однесува на општите одредби е дефинирана целта на Законот:

> „Во цел за доелуење земјата на земљоделците који немајат земја или ја имајат недоволно, ке се изврши на целата територија на Демократска Федеративна Југославија аграрна реформа и колонизација остваруејки го начелото: Земјата припагја на онија који ја работат[8].“

Имајќи го предвид истакнатото, според Законот, ќе се создаде државен земјишен државен фонд за да се остварат целите предвидени со членот 1.

[4] *Закон за аīрарна реформа и колонизација,* Службен лист на Демократска Федеративна Југославија, год.: I, бр.: 64, Белград, 28.8.1945, стр.: 621–624.

[5] *Закон за аīрарна реформа и колонизација на ѿериѿоријаѿа на Федерална Македонија,* Службен весник на Федерална Македонија, год.: I, бр.: 25, Скопје, 5.12.1945, стр.: 181–185.

[6] *Правилник за извршување на Законоѿ за аīрарна реформа и внаѿрешна колонизација на ѿериѿоријаѿа на Федерална Македонија,* Службен весник на Народна Република Македонија, год.: II, бр.: 3, Скопје, 9.2.1946, стр.: 17–21.

[7] *Закон за аīрарна реформа и колонизација,* Службен лист на Демократска Федеративна Југославија, год.: I, бр.: 64, Белград, 28.8.1945, op.cit.

[8] Ibid.

Земјишниот државен фонд, пак, согласно членот 3 точка (а), ќе се формира преку одземање на земјоделските имоти и шумите од сите правни и физички лица кои имаат повеќе од 35 хектари сопственост. Одземената земја, дел од овој фонд, согласно членот 12 од Законот, ќе им се додели на земјоделците без земја или на оние земјоделци кои немаат доволно земја.

Меѓу другите субјекти на кои ќе им се одземат земјиштата и шумите, согласно членот 3 точка (в) **се и црквите, манастирите, како и другите верските институции, при што, согласно следниот член 4 став 1, земјата се зема во целост со сите згради и објекти што се наоѓаат на неа и таа станува сопственост на државата, а притоа не се исплаќа никаква надокнада**. На верските организации, наспроти предвидениот максимум од 35 хектари, кој може да го поседуваат правните и физичките лица, според член 8 став 1, им се утврдува намалена граница од максимум 10 хектари земја, односно шуми. Меѓутоа, во следниот став 2 на истиот член, се предвидува одреден исклучок. Имено, на оние цркви, манастири и други верски институции, кои според властите, имаат поголемо значење или поголема историска вредност, ќе им се допушти да имаат работна земја до 30 хектари и шума, исто така, до 30 хектари, што е повторно под предвидениот максимум од 35 хектари. Во оваа смисла, согласно точката 3 на членот 9 од Законот за аграрна реформа и колонизација на територијата на Македонија, кој подетално го операционализираше овој проект, дали и конкретно кои верски организации ќе се сметат дека се со поголемо значење или со поголема историска вредност, ќе определува Народната влада на Македонија на предлог на Верската комисија при Претседателството на Народната влада[9]. Во однос на одземената земја и шуми од верските организации, пак, согласно членот 37 од Правилникот за извршување на Законот за аграрна реформа и внатрешна колонизација на територијата на Федерална Македонија[10], истата првенствено ќе им се доделува на оние лица, кои се од иста вероисповед како и верската организација, чиј имот се одзема.

Во насока на целосно спроведување на аграрната реформа и колонизацијата предвидени со Законот за аграрна реформа и колонизација, свое место заземаат уште два закона, кои ја следат неговата логика или, пак произлегуваат од него. Тоа се:

- **Основниот закон на ФНРЈ за постапување со експроприираните и конфискуените шумски поседи**[11] **од 1946 година**. Предмет на овој

[9] *Закон за аграрна реформа и колонизација на територијата на Федерална Македонија*, Службен весник на Федерална Македонија, год.: I, бр.: 25, Скопје, 5.12.1945, op.cit.

[10] *Правилник за извршување на Законот за аграрна реформа и внатрешна колонизација на територијата на Федерална Македонија*, Службен весник на Народна Република Македонија, год.: II, бр.: 3, Скопје, 9.2.1946, op.cit.

[11] *Основен закон за постапување со експроприираните и конфискуените шуумски поседи,* Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год.: II, бр.: 61, Белград, 30.7.1946,

закон, согласно членот 1 став 1 се шумските поседи, кои согласно Законот за аграрна реформа и колонизација им се земаат на дотогашните сопственици. Според членот 5 од Законот, сите одземени шумски посеви, вклучително и оние на верските организации, стануваат општонароден имот. Одземањето, пак, согласно ставот 1 на членот 7 се врши без никаква надокнада.

- **Законот на ФНРЈ за селско-стопански земјишен фонд на општонародниот имот и за доделување земја на селско-стопанските организации**[12]. Овој закон, кој е донесен во 1953 година е вовед во следната фаза од процесот на аграрната реформа. Со него, согласно членот 1, се формира селско-стопански земјишен фонд врз основа на одземената земја со овој и со претходниот закон за аграрна реформа и колонизација. Потоа, согласно членот 7 став 1, земјата им се доделува на селско-стопанските организации на трајно користење. А, селско-стопанска организација, согласно ставот 2 на членот 7 е земјоделската задруга.

1.2. НАЦИОНАЛИЗАЦИЈА НА ПРИВАТНИТЕ СТОПАНСКИ ПРЕТПРИЈАТИЈА

Во рамките на процесот за промена на сопственичките односи во Федеративна Југославија, следниот удар доаѓа со донесувањето на Законот за национализација на приватните стопански претпријатија од 1946 година[13]. Законот е составен од преамбула и 24 члена. Во преамбулата на Законот се определени 5 главни начела заради кои истиот се донесува:

„Во цел да се даде полн размаз на остваруењето на општествено-економските начела на Уставот на ФНРЈ:

начелото на правилното искористуење на сите постоеки стопански сили на земјата

начелото на давање правец на стопанскиот живот и развиток од страна на државата преку општиот стопански план

начелото за општо-народната сопственост на средствата за производството како главен потпирач на државата во развитокот на народното стопанство

начелото за одбрана на народот од експлоатација,

А за да би се заштитиле животните интереси на народот и подигнала благосостојбата на работниот народ."

стр.: 709–711.

12 *Закон за селско-стопански земјишен фонд на општонародниот имот и за доделување земја на селскостопанските организации*, Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год.: IX, бр.: 22, Белград, 27.5.1953, стр.: 205–208.

13 *Закон за национализација на приватните стопански претпријатија*, Службен весник на Федеративна Народна Република Југославија, год.: II, бр.: 98, Белград, 6.12.2011, стр.: 1245–1247.

Врз основа на истакнатите начела во членот 1 од Законот е предвидено дека се национализираат сите приватни стопански претпријатија од општо-државно значење распоредени во 42 стопански гранки, почнувајќи од рударството (точка 1) и металургијата (точка 2), преку бродоградителството (точка 8) и индустријата за легури и метал (точка 17) сè до прехранбената индустрија (точка 32), шумската индустрија (точка 37), банкарството и осигурувањето (точка 38), искористувањето на бањите и лековитите води (точка 39) и транспортот (точка 42). Во оваа смисла, кои претпријатија имаат општо-државно значење, што претставува главен основ за нивна национализација, согласно членот 2, одлучува Президиумот на Народното собрание на ФНРЈ, односно президиумите на народните собранија на републиките. Согласно членот 8, пак, државата на стопанствениците на претпријатието им дава соодветна надокнада за национализираниот имот во вредност на чистата актива на претпријатието (член 9 став 1), во обврзници (член 10 став 1).

Посебно внимание во однос на темата на трудот, освен споменатиот член 1 каде е наведен широк спектар на стопански гранки, во чии рамки влегуваат и правни лица формирани од верските организации, значаен е и членот 14 од Законот, кој претставува исклучок од процесот на национализација. Имено, согласно одредбите од овој член, државата го задржува правото да не даде соодветна надокнада за национализиран имот, кој претходно служел за социјални, хуманитарни, културни и слични цели. Имајќи ја предвид мисијата на верските организации во споменатите области (но и на останатите правни и и физички лица, н.з.), како и широката поставеност на овој член, останува непознато колкав имот е одземен согласно одредбите на овој член, односно без никаков паричен надоместок. Врз основа на законот за национализација на приватните стопански претпријатија се одземаат уште еден дел од имотите на верските организации, главно приватни претпријатија, хотели, санаториуми, болници, бањи и слични установи, кои не се одземени со сојузниот и федералните закони за аграрна реформа и колонизација од 1945 година, бидејќи, како што видовме, согласно истите, со одземањето на шумите и земјиштата, се одземаат и сите објекти кои се наоѓаат на тие подрачја.

1.3. **ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА**

Основниот закон за експропријација од април 1947 година[14] е следниот акт во рамките на вкупните процеси за промена на сопственоста во ФНРЈ.

Законот е составен од 39 члена.

Во членот 1 од Законот се определува дека постапката на експропријација се врши во случаи кога тоа го бара општиот интерес на изведување на корисни

[14] *Основни закон за експропријацију*, Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год.: III, бр.: 28, Белград, 4.4.1947, стр.: 313–316.

работи за цели на општествено-економскиот и културниот развој на ФНРЈ при што истата може да се однесува на земјишта и други површини (член 1 став 1), како и на предмети од особена културна, уметничка и историска вредност (член 1 став 2). Во оваа смисла, според Законот, експропријацијата се врши во корист на државата (член 2) единствено врз основа на акт за експропријација донесен од надлежниот државен орган (член 3) при што на сопственикот му се определува соодветен надомест во висина од средната стопанска вредност на експроприраниот имот (член 11 став 1 и 2). Надоместот, пак, може да се состои во пари, обврзници или во друго земјиште (член 15 став 1). Во вака определената рамка на експропријацијата, според Законот, истата доколку се извршува во корист на државата, актот го донесува Владата на ФНРЈ или на НРМ, односно соодветниот министер (член 4 став 1), а доколку таа се врши во корист на кооперативни или други задруги, актот на предлог на овие задруги го донесува извршната власт на соодветната локална самоуправа (член 5). Сопственикот на имотот кој подлежи на експропријација, пак, има право на жалба до соодветен суд во рок од 8 дена, кој донесува и конечно решение (член 30).

1.4. НАЦИОНАЛИЗАЦИЈА НА НАЕМНИТЕ ЗГРАДИ И НА ГРАДЕЖНОТО ЗЕМЈИШТЕ

Законот за национализација на наемните згради и градежното земјиште од 1958 година[15] е последниот во серијата правни акти што ги усвојува комунистичката власт, а кои имаат за цел да извршат редефинирање на сопственоста во ФНРЈ.

Законот е составен од 8 члена и како што кажува и самиот назив, неговата цел определена со членот 1, е да се изврши национализација на:

- ❖ **Прво**, станбените згради и
- ❖ **Второ**, градежното земјиште

кои, потоа, согласно членот 4, стануваат општествена сопственост на денот на влегувањето во сила на овој закон (член 8). Согласно членот 3 од Законот, пак, меѓу другото, правните лица, што значи и верските организации, имаат право на сопственост само на недвижен имот, кој служи за остварување на нивната основна дејност. Во оваа смисла, за верските организации, според членот 11, таквиот недвижен имот се: верските храмови, манастирите, капелите, верските училишта, како и административните седишта. Целиот друг имот на верските организации, согласно членот 12 од Законот, кој не е потребен за остварување на нивната основна дејност, се одзема и станува општествена

[15] *Закон за национализација на наемните згради и на градежното земјиште*, Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год: XIV, бр.: 52, Белград, 31.12.1958, стр.: 1221–1227.

сопственост. Во оваа смисла, согласно членот 25, и оној недвижен имот што верските организации би го добиле како подарок или по друг основ, доколку не е се оцени дека служи за извршување на нивната основна дејност, станува општествена сопственост, при што, државата за тоа нема да исплати никаква надокнада. Согласно членовите 42 и 43, пак, верските организации, како и другите правни и физички лица за одземениот имот добиваат надомест, кој изнесува 10 % од станарината или вредноста за изнајмување на земјиштето за време од 50 години, а кој се исплаќа на „поранешните сопственици" на еднакви месечни рати за време, исто така, од 50 години.

Согласно членовите 54 и 55 од Законот, спроведување на одредбите од истиот е во надлежност на комисиите за национализација при општините, односно комисиите за национализација при околиите. Освен овие две тела, се формираат и Комисии за национализација при републиките и автономните покраини, како и Сојузна комисија за национализација.

ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА

Со промената на сопственичките односи во Федеративна Југославија се одзеде капиталот од приватните правни и физички лица и истиот да стана општествена сопственост. **Верските организации, како што видовме, беа едни од најпогодените институции од реализацијата на овој проект на владејачките комунисти**.

Ситуацијата во која се доведоа верските заедници, во основа, е резултат на две причини:

- **Прво**, програмата на СКЈ, која беше единствената носечка политичка сила во оваа држава, како и
- **Второ**, неповолните односи помеѓу верските организации за време на Втората светска војна.

За сите начини на одземањето на имотот во ФНРЈ карактеристична е **идеолошката мотивираност која е толку силно изразена, што резултира со водење на одредени ригидни постапки од страна на властите кои најчесто завршуваат со подржавување на целокупниот приватен имот без никаква надокнада и со остро противење на сопствениците на тој имот**[16]. Дури и експропријацијата, која претставува институт со кој се одзема приватен имот за јавни цели со давање на надомест согласно пазрната цена на сопственикот, често пати подлегнувала на таквата мотивираност. Имено, се одземаат имоти, за кои не е јасно утврдено дали постои јавен интерес за тоа и, во таа насока,

[16] Радмила Радић, *Држава и верске заједнице 1945 – 1970 први део: 1945 – 1953*, op.cit.

надоместокот кој бил доделуван, најчесто бил сосема симболичен[17].

Верските организации, соочени со овој проект на југословенските комунистички власти, преку своите највисоки управни тела, уште на самиот почеток од неговото вообличување (во периодот на составувањето на првите законски акти, н.з.), остро се спротивставуваат на промената на сопственичките односи. Во оваа смисла, за Српската православна црква (СПЦ), единствената признаена православна деноминација во Југославија по завршувањето на Втората светска војна, ваквите постапки се „**неправедни, нехумани и антисоцијални, бидејќи имотот, кој е предмет на одземање од страна на државата, не е насилно стекнат**[18]" при што се заклучува и дека „**црквата се доведува во позиција на бездомник со што се угушува нејзиното делување**[19]". На исти позиции, како и Православната црква, стои Католичката црква. Според нејзини највисоки претставници во тоа време, „**промената на имотните односи има за цел да се уништи нејзината материјалната основа со цел да се оневозможи извршување на нејзините основни духовни функции**[20]". Југословенската власт, пак, во периодот на спроведувањето на овие проекти, свесна за отпорот на верските организации создава клима која има за цел да го промени јавното мислење. Во оваа смисла, за претседателот на ФНРЈ, Јосип Броз Тито[21], „**овие проекти мора да се однесуваат и на црковните имоти**", бидејќи, според него, „**тоа е став на селските народни маси, а не на волјата на власта**[22]".

Резултатот по верските организации во Федеративна Југославија само од аграрната реформа е подржавување на 2827 црквени и манастирски поседи со вкупна површина од 172 илјади хектари со што, истите се на трето место во листата на организации и компании, според големината на уделот што им бил земен при образувањето на земјишниот фонд во Федеративна Југославија[23]. За ситуацијата дополнително да се влоши, на верските организации, по

[17] Ibid.

[18] Н.Гаћеша: „*Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1945-1948*", Матица Српска, 1984, стр.: 111.

[19] Н.Гаћеша: „*Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1945-1948*", op.cit.

[20] M. Akmadža, A. Vlašič, *Oduzimanje crkvene imovine u našičkom dekanatu 1945 – 1966*, Scrinia Slavonica, 24.1.2006, стр.: 537

[21] Јосип Броз Тито е роден во Кумровец на 7 мај 1892, а умира во Љубљана на 4 мај 1980. Тито бил југословенски комунист и доживотен претседател на СФРЈ, генерален секретар, а подоцна и претседател на СКЈ од 1939 до 1980. На чело на партизанското ослободително движење бил од 1941 до 1945 година. По војната, пак, бил премиер на Федеративна Југославија, а подоцна и претседател на оваа држава. Од 1943 до неговата смрт тој бил одликуван за единствен Маршал на Југославија, а бил и врховен командант на Југословенската народна армија. Наспроти државничките обврски и лидерски должности во Федеративна Југославија и СКЈ, Тито бил и еден од основачите на Движењето на неврзаните и негов прв генерален секретар (Види Milovan Gjilas, *Tito: The Story from Inside*, Phoenix Press, Лондон, 2001).

[22] A.Benigar, *Alojze Stepinac – hrvatski kardinal*, Загреб, 1993, стр.: 493.

[23] Н.Гаћеша: „*Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1945-1948*", op.cit., стр.: 362 и 364.

спроведувањето на аграрната реформа, им се наметнуваат и сериозни даночни оптоварувања заради што се принудени дел од имотот кој е останат во нивна сопственост, дополнително да го отуѓуваат[24].

БИБЛИОГРАФИЈА

- Радмила Радић, *Држава и верске заједнице 1945–1970 прв дел: 1945–1953*, Белград, 2002.
- *Закон за аграрна реформа и колонизација,* Службен лист на Демократска Федеративна Југославија, год.: I, бр.: 64, Белград, 28.8.1945.
- *Закон за аграрна реформа и колонизација на територијата на Федерална Македонија*, Службен весник на Федерална Македонија, год.: I, бр.: 25, Скопје, 5.12.1945.
- *Правилник за извршување на Законот за аграрна реформа и внатрешна колонизација на територијата на Федерална Македонија*, Службен весник на Народна Република Македонија, год.: II, бр.: 3, Скопје, 9.2.1946.
- *Основен закон за постапување со експроприираните и конфискуваните шуумски поседи,* Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год.: II, бр.: 61, Белград, 30.7.1946.
- *Закон за селско-стопански земјишен фонд на општонародниот имот и за доделување земја на селскостопанските организации*, Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год.: IX, бр.: 22, Белград, 27.5.1953.
- *Закон за национализација на приватните стопански претпријатија*, Службен весник на Федеративна Народна Република Југославија, год.: II, бр.: 98, Белград, 6.12.2011.
- *Основни закон за експропријација*, Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год.: III, бр.: 28, Белград, 4.4.1947.
- *Закон за национализација на наемните згради и на градежното земјиште*, Службен лист на Федеративна Народна Република Југославија, год: XIV, бр.: 52, Белград, 31.12.1958.
- Н.Гаќеша: „*Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1945-1948*", Матица Српска, 1984.
- M. Akmadža, A. Vlašič, *Oduzimanje crkvene imovine u našičkom dekanatu 1945 – 1966*, Scrinia Slavonica, 24.1.2006.
- Milovan Gjilas, *Tito: The Story from Inside*, Phoenix Press, Лондон, 2001.
- A.Benigar, *Alojze Stepinac – hrvatski kardinal*, Загреб, 1993.

[24] Ibid.

Assoc. Prof. Dr.sc Aleksandar Spasenovski[25]

THE STATUS OF THE RELIGIOUS COMMUNITIES AND THE TRANSFORMATION OF OWNERSHIP RELATIONS IN SOCIALIST MACEDONIA

Summary

Contrary to the relevant constitutional and legal provisions, the approach by the Federal Yugoslavia, i.e. of Socialist Macedonia as its integral part, towards the religious organizations, as well as towards the issue of freedom of religion, can be determent by other normative acts that ware adopted trough out the years, which in total extent outline the character of the Yugoslavian i.e. Macedonian model of Socialist Secularism. In the following work, through the lenses of the before mentioned, a light will be shed on the character of the Yugoslavian, i.e. Macedonian Socialist model of secularism through the prism of the issue of the change of in proprietor relations.

Key words: *Macedonia, socialism, religious communities, nationalization, expropriation*.

[25] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф д-р Јелена Трајковска-Христовска[1]

СИСТЕМОТ НА КОНТРОЛА НА УСТАВНОСТА НА ПРАВНИТЕ АКТИ ВО КРАЛСТВОТО ШПАНИЈА

УДК: 342.565.2(460)
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Трудот „Системот на контрола на уставноста на Кралството Шпанија" го анализира моделот на уставно судска контрола на уставноста во оваа земја. Во трудот детално се разработени прашањата кои се однесуваат на предметот на контрола на уставноста пред Уставниот суд, предлагачите на постапката за контрола на уставноста на нормативните акти, начинот на покренување на постапката за оценка на уставноста, како и дејството на одлуките кои ги донесува овој орган. Моделот на контрола на уставноста во Шпанија ги обединува решенијата кои предвидуваат не само апстрактна, туку и конкретна контрола на уставноста, како и решенијата кои овозможуваат остварување и на превентивната и репресивната контрола на уставноста.

Моделот на контрола на уставноста во Кралството Шпанија истовремено се одликува и со практикување на инструменти како recourso de amparo и стимулирањето на судовите од редовниот судски систем да ја покренуваат постапката за контрола на уставноста пред Уставниот суд. Овие и низа други инструменти го прават Уставниот суд на Шпанија вистински чувар на уставот и човековите права.

Конечно, со воспоставувањето на Уставниот суд на Шпанија и негувањето на неговата пракса преку која се остваруваат инструментите за контрола на уставноста на правните акти како и заштитата на човековите права и слободи, овозможено е вградувањето и негувањето на уставните вредности во системот.

Клучни зборови: *Уставен суд, контрола на уставноста на актите, превентивна контрола, репресивна контрола, cuestion de inconsttitutionalidad, recurso de inconsttitutionalidad, recourso de amparo constitutional*.

---

[1] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први", Универзитет „Св. Кирил и Методиј" во Скопје.

Вовед

Уставно-судската контрола на уставноста во Шпанија, согласно Уставот од 1978 година, му е доверена на Уставниот суд. *Francesco Biagi*, истакнува дека „иако од економски, социолошки и политички аспект, периодот по усвојување на Уставот во Шпанија бил исклучително тежок, постоел општ консензус во поглед на потребата од востановување на Уставен суд (*Trubunal Constitutional*) [2]. Причината за општата согласност за воспоставување на уставно-судска контрола реализирана од страна на уставен суд треба да се бара во: 1) претходното искуство на земјата во остварување на оценката на уставноста на актите, реализирана од страна *Судот на уставни гаранции* (*Tribunal de garantias Constitutionales*);[3] 2) силното влијание на европските земји Германија, Италија и Франција чие искуство било земено предвид при креирање на Уставот на Шпанија од 1978 година;[4] и 3) фактот дека судиите од редовното судство биле именувани за време на фашистичкиот режим и согласно историските услови, нелогично било решението тие да се поставаат како „чувари на новиот устав".

Уставната теорија во Шпанија истакнува дека конечно потребата од децентрализирана држава, воспоставувањето на автономни заедници во определени региони и посветеноста во почитувањето на човековите права, за последица ја имаат креацијата на Уставниот суд на Шпанија воспоставен во 1980 година.

---

[2] *The Constiutional Court as the Guardians of „ Substantive " Transitions: The cases of Italy, Spain and Czech Republic.*Biagi Francesco.*www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/16/281.pdf.* p.8

[3] Историски прецедент на Уставниот суд на Шпанија е *Судот за уставни гаранции* (*Tribunal de garantias Constitutionales)* кој бил воспоставен за време на Втората република (1931 – 1936 година). Во овој период Шпанија е една од неколкуте земји заедно со Лихтенштајн и Чехословачка која го презема австриското „келзенов" модел на контрола на уставноста. Недостатокот на политичка волја да го поддржи системот на уставно-судска контрола на уставноста и оценките дека овој орган претставува „опасност за консолидацијата на Втората република", резултираат со укинување на Судот за уставни гаранции за време на режимот на Франко (1936 – 1975 година). Во овој период единствен заштитник на правата на граѓаните е Врховниот суд кого го оценуваат како крајно конзервативен орган почитувач на идеологијата на Франко. Подетално The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms. Ferreres Cormella Victor. Journal of Comparative LawVol.3 issue 2 www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/JCL3-**2**-final_.pdfp.23

[4] Моделите на централизирана контрола на уставноста, остварувана од страна на еден орган, кои ги воспоставиле европските држави Франција, Германија и Италија, биле компатибилни со искуството кое Шпанија го имала за време на Втората република. Имено централизираниот модел на контрола на уставноста се чинел дека обезбедува поголема правна сигурност во однос на дифузниот модел на уставна контрола реализиран од страна на редовното судство од една страна, а од друга се чинело соодветно и оправдано посебен орган да биде надлежен за оценка на уставноста на законите донесени од демократски избраните претставници во шпанската Кортеса (дводомниот парламент), отколку тоа да го чинат судиите од редовното судство кои често се врзувале со претходниот режим.

Слично на искуството на земјите од Европа (Германија и Италија) кои ги воспоставуваат уставните судови по промената на политичките режими, и во Шпанија првите одлуки на Уставниот суд се однесуваат на оценка на уставноста на законите кои биле донесени пред усвојувањето на Уставот до 1978 година. Така, слично на првите одлуки на Уставниот суд на Италија, одлуките No 4/1981 и No 11/1981 на Tribunal Constitutional на Шпанија ја констатираат потребата судовите од редовниот судски систем да го разгледаат прашањето за уставноста на законот кој треба да го применат и во случај на сомнеж на неговата уставност да покренат постапка за негова оценка пред Уставниот суд. Извесна сличност во постапувањето на Уставниот суд на Шпанија со оној во Италија се согледува и при: 1) фактот дека во годините на „младешка несигурност" на судовите, непосредно по нивното воспоставување, тие се поставуваат повеќе во својство на чувар на вредностите кои уставите ги промовираат, отколку на самите уставни одредби, особено од причина што по воспоставување на новите устави, дел од одредбите не можеле веднаш да бидат применети и наметнувале потреба од нивно подетално законско уредување, и 2) обата суда остануваат доследни на функцијата врзана со заштитата на правата на граѓаните и тоа оној во Италија преку т.н. инцидентна контрола на уставноста, а овој во Шпанија преку инструментот на уставна жалба (*recurso de amparo constitutional*).

Конечно, како една од основните причини за воспоставување на Уставниот суд во Шпанија, слично на искуството на останатите европски држави, секако е интерпретацијата на уставните одредби кои се однесуваат на државното уредување, а со тоа и гаранцијата на „рационалното функционирање на држава на автономни заедници"[5]. Затоа како што потенцира *Francesco Biagi* „во Шпанија покрај потребата од заштита на правата на граѓаните, невозможна била замислата за демократија без опстојување на автономните заедници, па улогата на Уставниот суд е гаранција на државната организација"[6].

Уставниот суд на Кралството Шпанија е *materia constitutionis* и *materia legis*. Така IX дел од Уставот од 1978 година низ одредбите од членовите 159–165 го регулира Уставниот суд првично како орган со задача да ги разрешува прашањата кои се однесуваат на уставноста и законитоста. Организацијата и постапката пред Уставниот суд се регулирани со Органскиот закон од 1979 (2/1979) година и подоцнежните измени на овој закон од 1984, 1985, 1988, 1999, 2000, 2007 и 2010 година.

Денес судската контрола на уставноста во Шпанија е концентрирана во еден Уставен суд кој ја врши оваа функција за целата земја. Тоа е специјален суд

---

[5] Подетално за Шпанија како држава на автономните заедници види: *Велике савремене демократије.* Лово Филип. Нови Сад. 1999. p.504–514

[6] *The Constiutional Court as the Guardians of „ Substantive " Transitions: The cases of Italy, Spain and Czech Republic.*Biagi Francesco.*www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/16/281.pdf.* p.13

кој не е дел од системот на редовното судство и спрема кого останатите судови не се во хиерархиски однос. Органскиот закон за Уставен суд во чл. 1 утврдува дека „Уставниот суд е врховен толкувач на Уставот, орган независен од останатите органи во системот, и орган со надлежност на целата територија“[7]. *Enrique Guillem Lopez* констатира дека „издвојувањето на одредбите за Уставниот суд од одредбите кои се однесуваат на судскиот систем (дел VI) претставува важно обележје на Уставот, од причина што истото го демонстрира прифаќањето на концентрираниот (келзенов) модел на контрола на уставноста, сличен на италијанскиот и германски модел“[8].

Контрола на уставноста на нормативните акти

Основна надлежност на Уставниот суд на Шпанија е контролата на уставноста на правните акти. Оваа функција, која историски била причина за создавањето на уставните судови во Европа, е уредена во чл. 162 ст. 1 од Уставот на Шпанија. Контролата на уставноста на законите во Шпанија е концентрирана во Уставниот суд кој истата ја врши за територијата на целата земја. Така, основна карактеристика на уставното судство во Шпанија е функционирање на еден единствен суд. *Victor Comella* констатира дека „кога е во прашање контролата на уставноста, Уставниот суд на Шпанија има „монопол“ во нејзиното остварување и е единствен орган кој може да ги нулифицира неуставните правни акти“'[9]. Конечно, Органскиот закон за Уставен суд во одредбата од чл. 27 ст. 1 прецизира дека „низ постапката за утврдување на уставноста на правните акти, Уставниот суд ја гарантира супрематијата на Уставот и ја утврдува (не)уставноста на спорните закони или одредби[10].

1. Предмет на контрола на уставноста од страна на Уставниот суд

Уставот на Шпанија не ги прецизира актите кои подлежат на контрола на уставноста од страна на Уставниот суд. Членот од Уставот со кој е уредено прашањето за неговата надлежност, само начелно ги наведува законите и актите со сила на закон како акти чија уставноста може да се оспори, оставајќи ова

---

[7] Уставен закон за Уставен суд. чл.1 http://www.tribunalconstitucional.es/en/tribunal/normasreguladoras/Lists/NormasRegPDF/LOTC-en.pdf

[8] *Judicial review in Spain: The Constitutional Court*. Guillen Lopez Enrique. Loyola of Los Angeles Law Review. 2008. p. 530

[9] The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms. Ferreres Comella Victor. Journal of Comparative LawVol.3 issue 2 www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/JCL3-**2**-final_.pdfp.25

[10] Органски закон за уставен суд чл.27.ст1

прашање подетално да биде регулирано со Органскиот закон за Уставен суд. Во контекст на оваа уставна одредба, треба да се потенцира одредбата од чл. 95 ст. 2 од Уставот со која од Уставниот суд може да се побара превентивна контрола на уставноста на меѓународните договори. Органскиот закон за Уставен суд, од друга страна пак, прецизно утврдува дека „прашањето за оценка на уставноста може да биде покренато во врска со:[11]

- Статутите на автономните заедници[12] и органските закони[13];
- Законите на државата и сите други правни акти со сила на закон (подзаконски акти со сила на закон)[14];
- Меѓународните договори[15];
- Деловниците на двата дома на шпанскиот Кортес;
- Законите и актите со сила на закон донесени од страна на автономните заедници;
- Деловниците на законодавните органи на автономните заедници.

[11] Чл. 27 ст 2 Органски закон за Уставен суд

[12] Статутите на автономните заедници се смета дека претставуваат посебни остварувања на Уставот и исто како и самиот Устав, тие се акти на кои им се гарантира посебна постапка на ревизија и надреденост над органските и обичните закони. Во зависност од содржината и начинот на нивно усвојување се разликуваат обични статути на заедниците и специјални статути (во кои е наведена јасно надлежноста на автономната заедница издвоена од надлежностите на централно ниво) како оние за Баскија, Каталонија и Галиција кои пред усвојувањето на Уставот го имаат прифатено со референдум нацртот на статутот и се со статус на привремени автономни режими (предуставни автономии). Тие по усвојување на Уставот пристапуваат кон реализација на одредбите од чл.148 од Уставот.

[13] Согласно одредбата од чл. 81 од Уставот, органските закони се закони кои ја уредуваат материјата врзана на имплементацијата на основните слободи и права на граѓаните, законите од изборното законодавство, законите со кои се одобруваат статутите на автономните заеднци, законите со кои се регулираат прашањата за надлежностите и функционирањето на органите на централно ниво.

[14] Предмет на контрола на уставноста во системот на контрола на уставноста во Шпанија претставуваат сите закони кои ги донесува дводомното законодавно тело (законите на државата) како и законите кои ги донесуваат претставничките тела на автономните заедници. Тука се вбројуваат и оние акти со кои се остварува автентично толкување на закон или т.н. интерпретативни закони, со оглед на нивниот erga omnes ефект. Покрај законите во Шпанија, предмет на контрола на уставноста се нормативните акти кои ги донесува Владата кои имаат сила на закон. Овие акти се донесуваат врз основ на Уставот, за материја која е во надлежност на законодавниот орган. Делегирањето на законодавството на Владата се остварува согласно одредбите од чл. 82 од Уставот.

[15] Контролата на меѓународите договори во Шпанија е превентивна. Таа се остварува во онаа фаза кога волјата на законодавецот е изразена и во фаза на подготвување на актот за негова ратификација.

2. Предлагачи на постапката за контрола на уставноста на нормативните акти пред Уставниот суд

Елементи на постапката на уставно-судска контрола на уставноста се: субјектите-покренувачи на постапката и начините на нејзино покренување.

Прашањето за субјектите носители на правото да ја покренат постапката за контрола на уставноста пред Уставниот суд, е *materia constitutionis* и е уредено со чл. 162 ст. 1 од Уставот. Уставотворецот низ оваа уставна одредба прецизирал дека субјекти овластени да ја покренат постапката за оценка на уставноста пред Уставниот суд се премиерот, народниот правобранител, 50 пратеници на Конгресот, 50 сенатори, извршните органи на автономните заедници и нивните законодавни тела[16]. Сепак, сите прашања врзани за покренувањето на постапката за оценка на уставноста пред Уставниот суд од страна на овластените предлагачи детално се уредени со Органскиот закон за Уставен суд.

2.1. Органскиот закон за Уставен суд прецизира дека доколку предмет на апстрактна контрола на уставноста се статутите на автономните заедници, државните закони (органски или обични), меѓународните договори, законите и актите со сила на закон на автономните заедници, деловниците на законодавните домови на парламентот (Cortes generales), постапката за оценка на уставноста пред Уставниот суд се остварува на предлог на *премиерот, народниот правобранител, 50 пратеници на Конгресот или 50 сенатори*[17].

Од друга страна, доколку предмет на оценка на уставноста биде закон или акт со сила на закон кој може да влијае на статусот на автономните заедници, донесен од страна на националниот парламент, постапка за оценка на уставноста можат да покренат и *извршните органи на автономните заедници и нивните законодавни тела*[18].

Искуството покажало дека, вообичаено покренувачи на постапката за оценка на уставноста се 50 пратеници на Конгресот или 50 сенатори кои ѝ припаѓаат на парламентарната опозиција. *Comella* истакнува дека „причината за оваа појава треба да се бара во несогласувањето на опозиционите партии со усвоените политики преточени во закон и искористувањето на секоја можност, тогаш кога сметаат дека усвоените акти се спротивни на Уставот, да покренат постапка за нивна оценка пред Уставниот суд“[19]. Од друга страна, во услови кога регионалните извршни власти или законодавните органи на автономните

[16] Чл. 162 ст. 1 од Уставот на Шпанија

[17] Чл. 32 ст.1 од Органскиот закон за Уставен суд

[18] Чл. 32 ст.2 од Органскиот закон за Уставен суд

[19] The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms. Ferreres Comella Victor. Journal of Comparative LawVol.3 issue 2 www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/JCL3-**2**-final_.pdfp.26

заедници ќе поднесат предлог за оценка на уставноста, вообичаено прашањето на уставноста се однесува на државното уредување. Притоа, во услови Уставниот суд да утврди повреда на нивниот статус, независно од изворот на таа повреда, дејството на одлуката која судот ја носи е erga omnes и се однесува на сите гранки на државната власт. Во контекст на споменатото, треба да се потенцира одредбата од Законот за Уставен суд која утврдува дека во постапката за оценка на уставноста на спорните акти, Уставниот суд може да ги земе предвид не само Уставот и спорниот закон, туку сите релевантни акти кои се однесуваат на надлежностите на државата и автономните заедници и актите кои го регулираат и хармонизираат остварувањето на нивните надлежности. Од друга страна, во контролата на уставноста на овие акти Судот ја оценува не само материјалната уставност, туку и формалната уставност, па Органскиот закон за Уставен суд, предвидува дека Судот ќе ги прогласи за неуставни сите акти кои уредуваат материја која треба да биде регулирана со органски закон или кога со нив се остварува измена или дополнување на ваков закон[20]. Споменатата законска одредба претставува материјализција на Келзеновата *Stuffentheorie*.

2.2. Прашањето за оценка на уставноста на конкретен акт пред Уставниот суд можат да го иницираат и *судовите од судскиот систем.* Имено, системот на контрола на уставноста во Шпанија предвидува два основни начина на покренување на постапката пред Уставниот суд. Така, апстрактна контрола на уставноста може да се покрене на барање на некој од уставно утврдените овластени предлагачи, преку предлог за оценка на уставноста, (*recurso de inconsttitutionalidad*). Од друга страна, Уставниот суд може да оствари конкретна контрола на уставноста преку уставно прашање, односно т.н. прашање за неуставност (*cuestion* de *inconsttitutionalidad)* кое можат да го покренат судовите од судскиот систем. Имено, во услови кога при примената на конкретен закон во конкретен судски спор, судовите од редовното судство ќе се соочат со одредби чија уставност е спорна, тие мораат да покренат прашање за уставноста на овој закон пред Уставниот суд. Ако се земе предвид дека Уставниот суд го има монополот во оценката на уставноста на законите, не постои можност судовите од судскиот систем, дури и во случај кога за идентични законски норми Уставниот суд веќе донел одлука, да ги сметаат спорните одредби за неуставни, сè додека Уставниот суд не одлучи по тоа прашање. Судот ќе може да одлучува во конкретниот спор само по донесувањето на одлуката на Уставниот суд за уставноста на спорните законски одредби. Инспирација за споменатото решение во системот на контрола на уставноста во Шпанија е т.н. инцидентна контрола на уставноста на италијанскиот модел. Основната разлика сепак, се состои во правното дејство на одлуките на уставните судови, бидејќи одлуката на Уставниот суд на Шпанија има дејство erga omnes.

[20] Чл.28 ст. 2 Органски закон за Уставен суд

2.3. Уставот на Шпанија не ги препознава *граѓаните* како овластени субјекти кои можат да ја покренат постапката за оценка на уставноста на правните акти пред Уставниот суд. Одредбите во Уставот и Органскиот закон ги врзуваат претходно споменатите покренувачи со апстрактната и конкретната контрола на уставноста преку инструментите: предлог за оценка на уставноста (*recurso de inconsttitutionalidad*) и прашање за неуставност (*cuestion* de *inconsttitutionalidad).* Сепак, уставната тужба, односно инструментот на (*recurso de amparoconstitutional*) кого можат да го покренат и граѓаните како физички лица кои имаат т.н. легитимен интерес, може да ја иницира постапката за оценка на уставноста на закон. Имено, уставната тужба во Шпанија може да биде појдовна основа за декларирање на неуставноста на законот. Така, одредбите кои се однесуваат на постапката пред Уставниот суд во Органскиот закон, предвидуваат дека во услови кога домовите на Судот ќе је прифатат уставната тужба, законот кој е применет при донесување на актот кој ја сторил повредата, може да биде предмет на оценка на уставноста на пленум, па Судот во понатамошна постапка може да донесе одлука за негова неуставност со erga omnes ефект. Тоа значи дека граѓаните преку recurso de amparo можат да ја иницираат постапката, но не и дека можат да се јават како овластени предлагачи. За покренувањето на постапката одлучува Уставниот суд на пленум, по иницијатива од страна на оној дом на Уставниот суд кој одлучувал во конкретната постапка за заштита на правата на граѓанинот.

Покрај во споменатиот случај, граѓаните можат да се јават индиректно како иницијатори на постапката за оценка на уставноста во услови кога се јавуваат како страни во конкретен судски спор. Имено, на нивна иницијатива судот може да одлучи да покрене постапка на конкретна контрола на уставноста пред Уставниот суд, преку прашањето за неуставност.

2.4. Конечно, одредбата од чл. 95. ст. 2 од Уставот на Шпанија предвидува дека доколку предмет на контрола на уставноста пред Уставниот суд биде меѓународен договор, *двата законодавни дома и Владата* можат да покренат предлог за контрола на уставноста. Имено, уставната одредба предвидува дека по потпишувањето на меѓународниот договор, а пред неговата ратификација, споменатите овластени предлагачи можат да покренат прашање за оценка на уставноста. На овој начин уставното решение ја воведува превентивната a priori контрола на уставноста во Шпанија, која воедно претставува единствен облик на превентивна контрола која шпанскиот модел ја препознава.

Одлуката на Уставниот суд во врска со реализирањето на превентивната контрола на уставноста е обврзувачка и во случај да се утврди неусогласеност на меѓународниот договор со Уставот, потребно е да се реализира постапка на

ревизија на Уставот за да се ратификува договорот[21]. Сепак, битно е да се потенцира дека превентивната контрола на уставноста не го заменува „конвенционалниот“ облик на репресивна контрола на уставноста кога предмет на оценка претставуваат меѓународните договори. Имено, превентивниот механизам е комплементарен и не ја супституира контролата на уставноста која се остварува на предлог на некој од овластените предлагачи.

Конечно, решенијата прифатени во шпанскиот модел на контрола на уставноста, прашањето за оценка на уставноста на актите го уредуваат доволно широко за да обезбедат систем на ефикасна уставно-судска контрола. Се чини дека пропустите кои италијанскиот уставотворец ги сторил оневозможувајќи ја активната легитимација на граѓаните, „татковците основачи“ на шпанскиот Устав навремено ги увиделе. Останува импресијата дека системот е креиран на начин да обезбеди пристап на релативно широк круг на овластени предлагачи во услови на апстрактна контрола на уставноста. Од друга страна, заштитата на уставноста се чини е дополнително загарантирана преку: 1) можноста од конкретна контрола на уставноста реализирана по прашање за неуставност од страна на редовните судови, и 2) преку инструментот на уставна тужба (*recurso de amparo constitutional*) кој конечно може да доведе до покренување на постапка за контрола на уставноста од страна на самиот Уставен суд.

3. Начини на покренување на постапката за оценка на уставноста пред Уставниот суд

Втор елемент на постапката за оценка на уставноста пред Уставниот суд е начинот на нејзино покренување. Уставниот систем на Шпанија предвидува дека постапка пред Уставниот суд може да покрене:

3.1. Некој од овластените предлагачи определени во уставната одредба од чл. 162. ст 1 од Уставот преку т.н. *recurso de inconsttitutionalidad*. Предлогот за оценка на уставноста на спорниот акт може да се поднесе најдоцна во рок од

[21] Постапката од уставниот член 95 за прв пат е реализирана во 1992 година (Декларација за уставност 1/1992) при остварена превентивна контрола на уставноста на Договорот од Мастрихт. Во 2004 година (Декларација за уставност 1/2004) реализирана е првентивна контрола на уставноста на Европскиот устав (Treaty establishing a constitution for Europe). Во првиот случај Уставниот суд утврдил потреба од измена на Уставот на Шпанија, доколку согласно одредбите од договорот од Мастрихт треба да им се обезбеди избирачкото право и на странските државјани. Согласно на ова Уставот е изменет, па членот 13 политичките права ги проширува и на странците. Во вториот случај Уставниот суд утврдил дека нема несогласност помеѓу идејата за Уставот на Шпанија како врховно право на земјата и одредбата од ТСЕ која предвидува дека правото на Европската Унија има првенство во примената.

3 месеци од денот на објавувањето на актот во официјалното службено гласило. Во поднесениот предлог мора да бидат наведени субјектите кои истиот го поднесуваат, одредбите или деловите од конкретниот акт кој треба да биде предмет на контрола и уставната одредба која е повредена со донесување на спорниот правен акт. Предлогот за покренување на постапката за оценка на уставноста на акт со кој се задира во статусот на автономните заедници може да биде поднесен најдоцна во рок од 9 месеци од денот на објавување на спорниот акт. Причината за тоа треба да се бара во неопходноста пред да се поднесе предлогот, да се реализираат низа дејствија како, средба на претставниците на Билатералната државна комисија за соработка и претставниците на автономната заедница, иницирање на постапка да се постигне согласност во врска со спорните одредби на актот која може да резултира и со согласност правниот акт да стапи во сила по извесен период и обврска Уставниот суд да се извести најдоцна во рок од 3 месеци од денот на објавувањето на актот предмет на контрола, за (не) постигнатата согласност[22].

3.2. Покрај субјектите активно легитимирани да покренат постапката за оценка на уставноста во апстрактен спор, постапка на конкретна контрола на уставноста пред Уставниот суд, може да покрене било кој суд од системот на редовното судство. Одредбите од Органскиот закон за Уставен суд во делот III, ја уредуваат оваа материја и предвидуваат дека судијата или судот може да своја иницијатива или на барање на страните во спорот да покрене прашање за неуставност на актот кој треба да се примени во конкретната судска постапка. Пред поставувањето на прашањето за неуставност, судијата треба да побара мислење од страните во спорот, за можноста од поднесување на *cuestion de inconsttitutionalidad*, кое во писмена форма мора да биде поднесено до судот во рок од 10 дена. Доколку ваков поднесок не биде доставен до судот во предвидениот рок, судијата може да донесе решение (против кое не е дозволена жалба) за покренување на постапката пред Уставниот суд во рок од 3 дена по истекување на претходно утврдениот рок. Покренувањето на прашањето за уставноста, на законот кој во конкретната постапка треба да се примени, привремено ќе ја прекине истата до донесувањето на одлуката од страна на Уставниот суд[23]. Органскиот закон за Уставен суд предвидува дека со прашањето за неуставност на спорниот закон, судот треба да ги достави сите официјални списи на конкретниот предмет до Уставниот суд.

---

22 Чл. 33 од Органскиот закон за Уставен суд

23 Чл. 35 ст. 3 Органскиот закон за Уставен суд

3.3. Судот по службена должност (ex officio) може да покрене постапка за оценка на уставноста, по предлог на домот кој одлучувал за повреда на правата на граѓаните во постапка покрената по уставната (amparo) тужба[24].

[24] Заштитата на основните права преку уставна тужба (recurso de amparo constitutional) својата основа ја има во Уставот чл. 53, Органскиот закон за Уставен суд од 1979 година и измените што следуваат од 1984 и 1988 година.

1. Заштитени права – Уставот предвидува дека не сите права, туку само оние кои се предвидени во уставните членови 14–30 и принципот на еднаквост, можат да бидат заштитени со користење на уставната тужба (*recurso de amparo constitutional*) пред Уставниот суд. Уставната одредба од чл. 53 предвидува дека споменатите права можат да бидат заштитени и пред судовите на судскиот систем, но во постапката која се темели на принципот на итност. Сепак, мора да се потенцира дека постапката за заштита на правата пред Уставниот суд не мора секогаш да биде иницирана по покренувањето на постапката пред редовните судови. Тоа претставува посебна постапка која не може да биде заменета со постапката за заштита на правата пред судовите од судскиот систем. Ова обележје го прави шпанскиот систем за специјализирана заштита на основните права на граѓаните двостепен, зошто се води сметка од неопходност од реализирање на специјална претходна постапка пред покренувањето на уставно-судска постапка.

2. Право на активна легитимација – Субјекти кои можат да поднесат *recurso de amparo constitutional* пред Уставниот суд се сите физички и правни лица, народниот правобранител и државниот обвинител. Уставната одредба од чл 162. ст. 2 утврдува дека физичките и правните лица потребно е да имаат легитимен интерес за покренување на оваа постапка пред Уставниот суд, што упатува на неможноста да се напаѓа со amparo некоја идна повреда на правата. Оваа одредба е спротивна на првичната одредба од Органскиот закон за Уставен суд кој правото на активна легитимација го врзувал со правото на државјанство. Сепак, критичката мисла на научната јавност за рестриктивното уставно толкување на оваа уставна одредба конечно резултирала со измена на Органскиот закон и можноста сите физички лица (не само државјаните, туку и странците) да можат преку овој инструмент да остварат заштита на повредените права.

3. *Recurso de amparo constitutional* може да се поднесе за заштита на права кои се повредени со одлуките, правните акти или дејствијата на органите на јавните власти. Тука се вбројуваат одлуките, другите правни акти и дејствијата на државните органи и органите на автономните заедници и сите други органи и организации кои остваруваат јавни овластувања. Тоа се: 1) одлуките и актите на шпанската Кортеса, одлуките и актите на законодавните органи на автономните заедници кои немаат статус на закон; 2) правните акти и дејствија на извршните органи на државата и извршните органи на автономните заедници; 3) правните акти или пропуштањата на правосудните органи доколку со нив е сторена повреда на правата. Можноста од поднесување на ампаро тужба против закон не е дозволена, па потребен е конкретен акт (донесен врз основ на закон) со кој е сторена повредата на правата, за да се оствари постапка пред Уставниот суд во врска со recusro de amparo.

4. Услови за допуштеност – Органскиот закон за Уставен суд предвидува дека услови за допуштеност на recurso de amparo се директна повреда на некое од предвидените права за кои се предвидува заштита со овој уставен механизам и супсидијарноста. Првиот услов се однесува кога повредата на правата е сторена со некоја одлука или друг акт кој го донесува законодавниот орган. Супсидијарноста како услов се бара кога повредата на правата е сторена со акт на органите на егзекутивата, управните органи или судовите од судскиот систем. Во овој случај *recurso de amparo* се јавува како дополнителен механизам за заштита на правата на граѓаните зашто истиот може да се поднесе пред Уставниот суд само доколку претходно се исцрпени сите механизми на заштита на правата пред редовните судови. Така amparo може да се поднесе како облик на заштита на права повредени со актите на управата или извршните органи, само доколку претходно била

реализирана постапка за заштита на повредените права пред редовните судови. Со споменатиот инструмент ќе се побива само актот со кој повредата била сторена, а не и одлуката која судовите ја донеле во постапката која се водела пред нив.

На овој начин инструментот на уставна жалба претставува конечно, вонредно и дополнително средство за заштита на правата и слободите на граѓаните.

5. Одредби од Органскиот закон за Уставен суд – Споменатиот закон предвидува дека во поднесокот за заштита на правата мора да бидат наведени точните факти кои упатуваат на повреда на некое право, конкретните уставни одредби кои се повредуваат со донесениот акт и пречките кои го оневозможуваат остварувањето на уставното право за кое е предвидена заштита со recourse de amparo (чл.49). Постапката се води пред некој од двата дома на Уставниот суд, односно некој од неговите оддели кој го разгледува прашањето за допуштеноста (дозволеноста) на инструментот. Единствено по исклучок прашањето на заштита на правата ќе се разгледа и постапката ќе се реализира пред Уставниот суд на пленум во услови кога: а) тоа ќе го побараат претседателот на Судот и 3 судии; б) одделот нема да ги примени востановените принципи на работа на Судот.

Уставниот суд ќе ја отфрли тужбата доколку:

- Судот не е надлежен да одлучува во конкретната работа;
- Доколку повредата не се однесува на некој од уставно предвидените права за кои е предвидена заштита со инструментот amparo de constitutional;
- Доколку поднесокот е неоснован;
- Доколку се работи за res judicata во конкретна контрола на уставноста;
- Доколку поднесокот не ги исполнува условите од одредбите 41–46 на Органскиот закон за Уставен суд.

Recourso de amparo нема суспензивно дејство. Сепак доколку биде покренат како прејудициелно прашање во конкретен судски спор или доколку извршувањето на актот со кој е сторена повредата причини ненадоместливи последици, Уставниот суд може да одлучи да се одложи неговото извршување (чл. 56).

6. Правно дејство на одлуките на Уставниот суд во постапка за заштита на правата – чл. 53 од Органскиот закон за Уставен суд, во врска со одлуките на Уставниот суд донесени во постапка за заштита на правата, предвидува дека „судот може да ја прифати или одбие *amparo de constitutional.* Во случај да ја прифати поднесената тужба, судот може да ја укине одлуката или правниот акт со кој се оневозможува остварувањето на загарантираните права во полн обем или да наложи враќање во поранешна состојба, односно состојба пред да биде сторена повредата на правата.

Конечно, Органскиот закон за Уставен суд, постапката покрената по recusro de amparo ја уредува како посебна постапка која се води пред судот, од дел III. Сепак утврдено е дека по повод оваа постапка може да се иницира постапка за оценка на уставноста од страна на Судот ex officio, доколку за тоа биде поднесена иницијатива од страна на домот кој одлучувал по amparo тужбата пред Уставниот суд. Судот понатаму на пленарна седница одлучува дали ќе покрене постапка за оценка на оние одредби од законот кој бил основ за донесување на поединечниот правен акт со кој повредата на правата била сторена. Статистичките податоци покажуваат дека најголем дел од предметите по кои Судот одлучува се предмети во постапки за заштита на правата на граѓаните. Во контекст на споменатото треба да се потенцира воспоставената пракса на Уставниот суд со Одлуката No 155/2009 како резултат на измената на Органскиот закон за Уставен суд од 2007 година. Праксата на Уставниот суд упатува на тоа дека Судот ќе прифати да одлучува по жалба само доколку: а) ниту еден друг орган не е надлежен да одлучува по конкретниот предмет; б) потребно е да се измени воспоставената пракса во одлучувањето на судовите од судскиот систем;

4. Дејство на одлуките на Уставниот суд

Одлуките на Уставниот суд и издвоените мислења на судиите при одлучувањето, се објавуваат во официјалното службено гласило. Тие имаат сила на res judicata еден ден по нивното објавување. Жалба или друго правно средство не може да се вложува против одлуките на Уставниот суд. Одлуките на Судот кои се донесуваат во врска со предлог за оценка на уставноста на закон или акт со сила на закон имаат дејство erga omnes. Уставот предвидува дека делот на законот или спорниот акт кој бил предмет на оценка на уставноста, на кого донесената одлука на Судот не се однесува, останува на сила, освен ако тоа поинаку не е утврдено[25].

Уставната одредба од чл. 165 е подетално разработена низ 3 члена од делот IV од Органскиот закон за Уставен суд. Така, Органскиот закон предвидува дека одлуките на Уставниот суд со кои се отфрла предлогот за неуставност на законот или актот со сила на закон, го оневозможуваат повторното покренување на прашањето за неуставност по истиот правен пат како што е тоа првично сторено.

Во услови на реализирана конкретна контрола на уставноста, Органскиот закон предвидува дека Уставниот суд мора веднаш да го извести за својата одлука судот кој ја покренал постапката за оценка на уставноста, кој пак има обврска веднаш за одлуката на Уставниот суд да ги извести страните на судскиот спор[26].

Одлуката со која се утврдува неуставност има укинувачко дејство за конкретна одредба или дел од спорниот акт и сите други одредби од истиот закон на кои првата консеквентно се однесува.

Конечно, Органскиот закон низ одредбата од ст. 2 од членот 39 остава слободен маневарски простор за одлучување на Уставниот суд. Имено, иако наметнува потреба предлогот за покренување на прашањето за уставноста да

в) потребно е да се коригира толкувањето на конкретниот акт од страна на судскиот систем; г) одлучување доколку повредата е предизвикана директно од закон или друг акт и со општо правно дејство, и д) кога предметот е релевантен и има социолошко, политичко или економско значење. Во сите останати случаи Уставниот суд може да остави конечната одлука за заштитата на правата да биде донесена од судовите во судскиот систем. *Pablo Santolaya* истакнува податок дека како резултат на реализираната реформа бројот на amparo тужби (жалби) е намален за 22 % во периодот од 2006 до 2010 година. *The Role of Constitutional Court in Stenghtening Constitutional Values: The Spanish Experience*. Pablo Snatolaya. European Commision of Democracy through Law. Strasbourg.2011.p.2

[25] Чл. 164 Устав на Шпанија
[26] Чл. 38 ст. 3 Органски закон за Уставен суд

биде прецизно уреден со наведување на одредбите или деловите од спорниот закон кои се спротивни на конкретни уставни одредби, споменатата одредба остава можност при одлучувањето Судот да констатира неуставност при повреда на било која друга уставна одредба или принцип. Тоа наведува на заклучокот дека за разлика од решенијата на австрискиот модел на контрола на уставноста, каде Судот е врзан при одлучувањето со поднесениот предлог, со цел да се оневозможи примена на било какви активистички методи и инструменти, тоа не е решение имплементирано во шпанскиот модел на контрола на уставноста.

Заклучно за шпанскиот модел на контрола на уставноста

- Контролата на уставноста на законите во Шпанија е доверена на Уставниот суд. Уставниот суд на Кралството Шпанија е *materia constitutionis* и *materia legis*. Уставот од 1978 година низ одредбите од членовите 159–165 го регулира Уставниот суд првично како орган со задача да ги разрешува прашањата кои се однесуваат на уставноста и законитоста.
- Моделот на контрола на уставноста во Шпанија претставува модел на централизирана контрола на уставноста која се остварува од страна на Уставниот суд. Овој орган своите надлежности ги остварува на територијата на целата земја. Апстрактната контрола на уставноста на законите и актите со сила на закон, која ја остварува Уставниот суд, е дополнета и се остварува комплементарно со конкретната контрола на уставноста преку т.н. cuestion de constitutional. Споменатото прашање за уставност можат да го поднесат сите судови од судскиот систем во услови на сомнеж за уставноста на законските одредби кои треба да ги применат. Двата споменати облици на контрола на уставноста не се исклучуваат и нивното реализирање се смета дека овозможува посеопфатна усогласеност на правните акти во правниот систем. Моделот на контрола на уставноста во Шпанија се реализира преку остварување на репресивната (a posteriori) контрола на уставноста која ја врши Уставниот суд. Сепак, покрај споменатиот облик, системот предвидува само во еден случај, доколку предмет на оценка е меѓународен договор, реализирање на превентивна (a priori) контрола на уставноста.
- Контролата на уставноста ги опфаќа сите закони на државата и автономните заедници и актите кои имаат законска сила. Споменатото уставно решение кое произлегува од одредбата врзана за надлежностите на Уставниот суд, е решение креирано по моделот на италијанскиот систем на контрола на уставноста. Сепак, за разлика од споменатиот, Органскиот закон за Уставен суд на Шпанија, таксативно ги наведува сите акти

кои подлежат на оценка на уставноста. Така овој закон предвидува дека предмет на контрола се статутите на автономните заедници и органските закони, законите на државата и сите други правни акти со сила на закон (подзаконски акти со сила на закон), меѓународните договори, деловниците на двата дома на шпанскиот Кортес, законите и актите со сила на закон донесени од страна на автономните заедници и деловниците на законодавните органи на автономните заедници.

- Уставниот суд на Шпанија од неговото востановување до денес, имал значајна улога во вградување на уставните вредности во системот. Имено, улогата на стимулирање и охрабрување на судовите од судскиот систем да покренуваат прашања за неуставност и со тоа да овозможат конкретна контрола на уставноста, преку одлучувањето по recourse de amparo, се чини го обликуваат Уставниот суд на Шпанија во вистински чувар на уставот и човековите права. Во споредба со споменатото, шпанските автори го потенцираат недостатокот од ангажман на Уставниот суд да ја остварува апстрактната контрола на уставноста. Основната причина за тоа треба да се бара во преголемиот обем на работа и времето кое го консумира одлучувањето по *recourso de amparo constitutional.* Како резултат на споменатото, често одлуките на Судот се оценува дека се задоцнети или беспредметни, зошто измената на спорните закони веќе била реализирана. Иако остварените реформи, остварени повеќе преку праксата на Уставниот суд отколку со законска ревизија, за конечен резултат го имаат намалувањето на обемот на работа на Судот за 20 %, сепак проблемот и понатаму опстојува. Затоа науката упатува дека следните измени во материјата за Уставниот суд треба да се однесуваат на овие прашања.

Користена литература

Ferreres Cormella Victor. The Spanish Constitutional Court: Time for Reforms. Journal of Comparative LawVol.3 issue 2 www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/JCL3-**2**-final_.pdfp.23

Ferreres Victor . *The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court.Some toughts on Judicial Activism.* Yale Law School SELA papers. 2004. digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article... yls_sela

Francesco Biagi. *The Constituttional Courts as Guardians of „Substantive" Transitions: The case of Italy, Spain and Czech Republic*. 2010. p.5 www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/16/281.pdf

Gentili Gianluca. *A Comparison of European Systems of Direct Access to*

Constitutional Judges: Exploring Advantages for The Italian Constitutional Court. Italian journal of public law. Vol 4.2012 www.ijpl.eu/assets/files/pdf/2012_volume_1/7.Gentili.pdf

Groopi Tania. *The Relationship between Constitutional Courts, Legislators, and Judicial power in the European System of Judicial Review.- Towards a Decentralized System as an alternative to Judicial Activism.* Conference on Judicial Activism and restraint theory and practice of constitutional rights. (European Commission for democracy through law) Strasbourg. july.2010.

- Guillen Lopez Enrique. *Judicial review in Spain: The Constitutional Court*. Loyola of Los Angeles Law Review. 2008. p. 530
- Kulic Dimitrije. *Ustavo sudstvo u svetu*. 1969.
- Lamarque Elisabetta. *Interpreting Statutes in Conformity with the Constitution: The Role of the Constitutional Court and Ordinary Judges*. Italian Journal of Public Law. Vol 1.No1.2010.p. 96.http://www.ijpl.eu/archive/2010/issues-11/interpreting-statutes-in-conformity-with-the-constitution-the-role-of-the-constitutional-court-and-ordinary-judges
- Pablo Snatolaya. *The Role of Constitutional Court in Stenghtening Constitutional Values: The Spanish Experience*. European Commision of Democracy through Law. Strasbourg.2011.p.2
- Лово Филип. *Велике савремене демократије.* Нови Сад. 1999.
- Славнић Љиљана. *Од државе која одумире ка правној држави*. Службени гласник. Београд.1994.

Assoc. Prof. Dr.sc Jelena Trajkovska-Hristovska[27]

THE SYSTEM OF CONTROL OF CONSTITUTIONALITY OF LEGAL ACTS IN SPAIN

Summary

This paper analyzes the system of control of constitutionality in Spain. It provides a detailed review of the issues related to the subject of control of the constitutionality, the proposers of the procedure for control of the constitutionality of normative acts, the manner of initiating the procedure for control of constitutionality, as well as the effect of decisions made by the Constitutional Court. The model of control of constitutionality in Spain unites not only specific (concrete) and abstract control of constitutionality, but also preventive and repressive control of constitutionality.

The model of control of constitutionality in Spain is also characterized by the practice of instruments such as recourso de amparo and stimulating the courts of the regular judicial system to initiate the procedure for control of constitutionality. These and a number of other instruments make the Spanish Constitutional Court a true guardian of the constitution and human rights.

Finally the author concludes that Constitutional Court of Spain since its beginnings, played a significant role in the incorporation of constitutional values in the system.

Key words: *Constitutional court, control of constitutionality of acts, preventive control, represive control, cuestion de inconsttitutionalidad, recurso de inconsttitutionalidad, recourso de amparo constitutional.*

[27] Associate professor at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

проф. д-р Елена Давитковска[1]
проф. д-р Ивана Шумановска-Спасовска[2]

ПОСТАПКАТА ЗА ОСТВАРУВАЊЕ НА ПРАВОТО НА СЛОБОДЕН ПРИСТАП ДО ИНФОРМАЦИИ ОД ЈАВЕН КАРАКТЕР - СОСТОЈБА И ПРЕДИЗВИЦИ -

УДК: 342.727:340.13(497.7)
35.077.3:342.727(497.7)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Во трудот се елаборираат прашањата кои се однесуваат на позитивно-правното уредување на постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер, значењето на оваа постапка, како и предизвиците со кои се соочува Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер (Агенцијата) при примената на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер.

Трудот има за цел да ја анализира правната рамка со која се уредува постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер во Република Северна Македонија, да изврши емпириска анализа на податоци од работењето на Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер и да ја оцени ефикасноста на надлежните институции во однос на остварување на ова право на физичките и правни лица.

Во трудот се тргнува од тоа дека доследното применување на принципот на транспарентност во работењето на јавните органи може да придонесе кон јакнење на довербата на физичките и правните лица во институциите, како и јакнење на интегритетот на институциите, а воедно иголемена одговорност и отчетност на институциите кои се дел од јавниот сектор.

Сепак авторите сметаат дека и покрај тоа што се преземени мерки и активности кои придонесуваат кон остварување на принципот на транспарентност, сè уште треба да се преземат дополнителни мерки, поконкретно мерки со кои ќе се зајакнат капацитетите на институциите со кои ќе обезбедат доследна примена на оваа начело во пракса.

[1] Редовна професорка на Економскиот институт, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје;
[2] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Клучни зборови: *управна постапка, транспарентност, жалба, информации од јавен карактер.*

Вовед

Постапката за остварување на право на слободен пристап до информации од јавен карактер, се води во ситуации кога одредено физичко или правно лице има потреба од добивање на одредена информација која се однесува на работењето на еден јавен орган. Притоа, информацијата која се бара, треба да е информација од јавен карактер, а таква согласно Законот за слободен пристап од информации од јавен карактер, е информација во која било форма што ја создал или со која располага имателот на информацијата согласно со неговите надлежности.[3] Откако е поднесено барањето до имателот на информацијата, органот е должен во со закон предвидениот рок, да му ја достави бараната информацијата на лицето во форма во која лицето ја навело во барањето. Оваа информација од физички лица најчесто се бара за научно-истражувачки цели, за да се запознае со одреден акт на органот, додека од невладините организации најчесто за добивање податоци за спроведување на истражување за проектни цели, но исто така согласно податоците од Годишните извештаи на Агенцијата (претходно Комисијата) се воочува дека дел од барањата се однесуваат и на добивање на информации во врска со постапките за јавни набавки, постапките за вработувања и сл.[4] Сепак, лицата кои се баратели на информации, не се должни во барањето да ја наведат целта заради која ја бараат одредената информација. Оттука може да ја изведеме и целта на водењето на оваа постапка, а тоа е од една страна запознавање на јавноста со работењето на одредена институција, а од друга страна остварување на принципот на транспарентност на јавните институции. Целата постапка е регулирана со прецизни законски одредби кои се однесуваат на начинот на поднесување на барање и покренување на постапка, роковите во постапката, како и начинот на остварување на правната заштита во случај бараната информација да не му биде доставена на барателот од страна на имателот на информацијата.

За значењето на оваа право говори и фактот што ова не претставува само законски загарантирано право на физичките и правни лица, туку претставува и уставно загарантирано право. Па така, Уставот го гарантира слободниот пристап кон информациите, слободата на примање и на пренесување на информациите“ како едно од основните права на граѓаните. [5]

[3] Член 3 алинеја 2 од Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, Сл. весник на РСМ бр. 101 од 22.5.2019 година

[4] Повеќе за барањата види во Годишните извештаи за работењето на Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер

5 Член 16 од Уставот на РМ, https://www.sobranie.mk/content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf

1. Основни карактеристики на постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер

Оваа постапка за првпат со посебен закон е регулирана во 2006 година.[6] „Со Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, РМ прави чекор напред кон демократизација на општеството, отворање на институциите кон граѓаните, зголемување на контролата на јавноста врз работата на државните органи и сите носители на јавни овластувања, што во крајна линија би требало да води кон зголемување на довербата на граѓаните во носителите на јавни функции и во јавната администрација. Исто така, донесувањето на овој закон го приближува македонскиот правен систем до европските и до светските стандарди во областа на слободното информирање“.[7]

Согласно овој закон, како надлежен второстепен орган за остварување на правната заштита на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер беше Комисија за слободен пристап до информации од јавен карактер, која беше формирана со статус на самостоен, независен, колегијален орган чиј претседател и членови се избираа од страна на Собранието на Република Македонија. Но, од мај 2019 година на сила стапи нов Закон[8], во кој една од новините се однесуваше и на надлежниот орган, односно Комисијата се трансформираше во Агенција за слободен пристап до информации од јавен карактер. Агенцијата според својот статус претставува посебен самостоен и независен орган. Агенцијата претставува и централен и инокосен орган, со која раководи Директор на Агенцијата, а директорот и заменик-директорот се именуваат и разрешуваат од страна на Собранието на Република Северна Македонија. Предметот на уредување на законот[9] се условите, начинот и постапката за остварување на правото на слободен пристап до информациите од јавен карактер со кои располагаат органите на државната власт и други органи и организации утврдени со закон, органите на општините, градот Скопје и општините во градот Скопје, установите и јавните служби, јавните претпријатија, правни и физички лица што вршат јавни овластувања утврдени со закон и дејности од јавен интерес и политичките партии во делот на приходите и расходите. Сите овие органи кои располагаат со

---

[6] Закон за слободен пристап до информации од јавен карактер, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 13/2006) 86/2008, 6/2010, 42/2014, 148/2015, 55/2016 и 64/2018)

[7] Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Коментарот на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, Фондација „Отворено општество“ – Македонија, Скопје, ноември 2011, стр. 12,
https://fosm.mk/wp-content/uploads/publications/FOOM-ZSP-komentari.pdf

[8] Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер („Службен весник на Република Северна Македонија“) бр. 101 од 22.5.2019 година

[9] Член 1 став 1 од Закон за слободен пристап до информации од јавен карактер („Службен весник на РСМ“ бр. 101/2019)

информации од јавен карактер, се нарекуваат иматели на информации.

Агенцијата, како второстепен орган во рамки на своите надлежности ги врши следниве работи:[10]

- води управна постапка и одлучува по жалби против решението со кое имателот на информацијата го одбил или отфрлил барањето за пристап до информации на барателите,
- се грижи за спроведување на одредбите од овој закон,
- подготвува и објавува листа на иматели на информации,
- дава мислења по предлози на закони со кои се уредува слободен пристап до информации,
- - развива политики и дава насоки во врска со остварување на правото на слободен пристап до информациите,
- води прекршочна постапка преку Прекршочна комисија која одлучува по прекршок во согласност со закон,
- презема активности на планот на едукацијата на имателите на информации за правото на слободен пристап до информациите со кои тие располагаат,
- соработува со имателите на информации во однос на остварувањето на правото на пристап до информации,
- подготвува годишен извештај за својата работа и го доставува до Собранието на Република Македонија,
- извршува работи на меѓународна соработка поврзани со извршувањето на меѓународните обврски на Република Македонија, учество во спроведувањето на проекти на меѓународните организации и соработува со органите на другите земји и институции од областа на слободниот пристап до информации од јавен карактер,
- врши промоција на правото на слободен пристап на информации од јавен карактер,
- врши и други работи утврдени со Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер и друг закон.

Во законот таксативно се наведени информациите/документите кои јавните органи (иматели на информации) треба да ги имаат објавено на своите веб-страници. Што значи дека овие информации треба да бидат обезбедени и физичките и правните лица да бидат информирани за истите и без да водат формална постапка за добивање на одредена информација. [11]

---

[10] Надлежноста на Агенцијата е утврдена во член 30 од Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер од 2019 година

[11] Види чл. 10, Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер („Службен весник на Република Северна Македонија“) бр. 101 од 22.5.2019 година

Во првостепената постапка за остварување на правото за слободен пристап до информации од јавен карактер како странки се појавуваат од една страна имателот на информацијата, а од друга страна барателот на информацијата. Во второстепената постапка како странки се појавуваат жалителот, односно лицето кое го поднело барањето, но истото не е задоволно од одлуката која ја добил од страна на имателот на информацијата (односно решение со кое му се одбива барањето) или пак, воопшто не му е одговорено на барањето (молчење на администрација) и Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер како орган надлежен да постапува по жалба.

Постапката за остварување на правото за слободен пристап до информации од јавен карактер започнува со поднесување на барање до имателот на информацијата. Постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер не може да се покрене по службена должност. Постапката се смета за покрената во моментот кога барањето е пристигнато кај имателот на информацијата. Од тој момент започнува рокот од 20 дена за добивање на пристап до информацијата.

Во текот на испитната постапка имателот на информацијата врши проверка дали информацијата која се бара, претставува информација од јавен карактер, или пак, станува збор за информација од доверлив карактер, во кој случај треба да направи и тест на штетност.

По барањето за добивање на информацијата се одлучува со решение. Доколку се уважува барањето, информацијата се добива во прилог на решението.

Постапката за остварување на право до слободен пристап до информации од јавен карактер претставува двостепена управна постапка, од причина што жалбата е предвидена како редовен правен лек, со кој лицето кое не ја добило бараната информација, може да го оспори решението на имателот на информацијата. Притоа, како надлежен второстепен орган кој одлучува по жалба е Агенција за слободен пристап до информации од јавен карактер (согласно законот од 2019 година). Решението на Агенцијата се смета за конечен управен акт и против оваа решение е предвидена можност за судска заштита, со поднесување на тужба за покренување на управен спор пред Управниот суд. Тужбата се поднесува во рок од 30 дена од добивање на конечното решение.

2. Надлежни органи за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер

Надлежни органи за постапување во првостепената управна постапка се јавните органи кои се иматели на информации од јавен карактер, односно првостепените органи. Додека пак, во второстепената управна постапка, надлежен орган за постапување по предмети од оваа област е Агенцијата за слободен

пристап до информации која како второстепен орган е надлежна да одлучува по жалба во постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер.

2.1. *Јавните органи кои се иматели на информации од јавен карактер како првостепен орган за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер*

Согласно Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, како иматели на информации се сметаат органите на државната власт и други органи и организации утврдени со закон, органите на општините, градот Скопје и општините во градот Скопје, установите и јавните служби, јавните претпријатија, правни и физички лица што вршат јавни овластувања, утврдени со закон и дејности од јавен интерес и политичките партии во делот на приходите и расходите, а за барател се смета секое правно и физичко лице без дискриминација по која било основа, на начин и под услови утврдени со овој и друг закон, при што право на слободен пристап до информации имаат и странски правни и физички лица во согласност со овој и друг закон. Во однос на имателите на информации, Агенцијата за заштита на правото за слободен пристап до информациите од јавен карактер на својата интернет-страница објавува листа на иматели на информации и на службените лица на имателите на информации. Бројот на имателите на информации се менува речиси секоја година што е видно од извештаите на Агенцијата (претходно Комисијата), како и бројот на извештаи кои треба да ги доставуваат првостепените органи до Комисијата. Подолу во графикон 1, овие бројки се прикажани за периодот од 2018 до 2020 година[12].

[12] Годишен извештај за работењето на Комисијата за 2018, https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%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%B7%D0%B0-%D1%80%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%BD%D0%B0-%D0%9A%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D0%B8%D1%98%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-201

Годишен извештај за работењето на Агенцијата за 2019 година, https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2019-PDF.pdf

Годишен извештај за работењето на Агенцијата за 2020 година, https://aspi.mk/wp-content/uploads/2021/04/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2020.pdf

Графикон 1.

Може да констатираме дека бројот на иматели на информации од година во година е во пораст, а воедно и дека речиси 20 % од институциите не доставуваат годишни извештаи до Агенцијата. За ваквата состојба Агенцијата планира во иднина да ја искористи својата законска можност за покренување на прекршочна постапка против имателите на информации, која и е предвидена со новите законски измени од 2019 година.

Со законот за имателите на информации од јавен карактер се предвидени неколку обврски меѓу кои би ги навеле обврската на секој имател на информации за посредување да определи едно или повеќе службени лица при остварувањето на правото на слободен пристап до информации и за тоа да ја известат јавноста. Оваа службеното лице ги дава потребните информации и му помага на барателот на информации за што води посебна евиденција за примањето на барања за информации, чувањето и давање на информациите.[13] Имателот на ин-

[13] Види член 6 од Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер („Службен весник на Република Северна Македонија“) бр. 101 од 22.5.2019 година, (1) Имателите на информации можат да одбијат барање за пристап до: 1) информација која врз основа на закон претставува класифицирана информација со соодветен степен на класификација; 2) личен податок чие откривање би значело повреда на заштитата на личните податоци; 3) информација чие давање би значело повреда на доверливоста на даночната постапка; 4) информација стекната или составена за истрага, кривична или прекршочна постапка, за спроведување на управна и на граѓанска постапка, а чие давање би имало штетни последици за текот на постапката; 5)

формации е должен да ја информира јавноста преку својата интернет-страница со објавување на сите информации и документи наведени во законот.

При одлучување по барањето за слободен пристап до информации од јавен карактер имателот има овластување позитивно да одговори на барањето, барањето делумно или целосно го одбие, и за тоа да донесе решение. По поднесеното барање имателот на информации одлучува во рок од 20 дена. Доколку во овој рок имателот на информацијата не му овозможи на барателот пристап до информацијата и ако не донесе и не му достави на барателот решение, се смета дека барањето е одбиено по што барателот може да поднесе жалба до Агенцијата во рок од 15 дена. Агенцијата е должна да одлучи по жалбата во рок од 15 дена од денот на приемот на жалбата.

2.2. *Агенцијата за слободен пристап до информации како второстепен орган надлежен да одлучува по жалба во постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер*

Жалбата како редовно правно средство со кое може да се оспорува одлуката на првостепениот орган (имателот на информацијата) е предвидена со Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер. За да може да се поднесе жалба, треба да се исполнети следниве услови:

- жалбата да е доставена од овластено лице, барателот на информацијата, барателот да примил решение со кое имателот на информацијата позитивно му одговорил на барањето,
- барателот да примил решение со кое му е отфрлено барањето,
- барателот да примил решение со кое му е одбиено барањето (во целост или делумно),
- во случај на молчење на администрација, односно непостапување на првостепениот орган по барањето,
- барателот да примил решение со кое жалбата му е отфрлена од страна на имателот на информацијата како недопуштена, ненавремена или поднесена од неовластено лице.

Институтот молчење на администрација настанува кога првостепениот орган (имателот на информацијата) не постапил по барањето во со закон предвидениот рок. Согласно законот, имателот на информацијата е должен веднаш да одговори по барањето на барателот, а најдоцна во рок од 20 дена од денот на приемот на барањето. Притоа, информацијата се дава во бараната форма, освен ако бараната информација веќе постои во однапред пропишана форма и е достапна за јавноста и ако е поповолно за барателот информацијата да се достави

информација која ги загрозува правата од индустриска или интелектуална сопственост (патент, модел, мостра, стоковен и услужен жиг, ознака на потеклото на производот)

во поинаква форма од бараната, за што имателот на информацијата ја образложува причината за ваквиот начин на доставување.[14] Во случај кога имателот на информацијата треба да овозможи делумен пристап до информацијата или поради обемноста на бараната информација му е потребно подолго време од 20 дена, рокот може да се продолжи најмногу до 30 дена од денот на приемот на барањето. За ова продолжување на рокот имателот на информацијата е должен во електронска форма да го извести барателот веднаш, а најдоцна седум дена од денот на приемот на барањето. Доколку имателот не постапи и во продолжениот рок, се смета дека барањето е одбиено и е исполнет условот за поднесување на жалба до Агенцијата.

Како што беше погоре наведено, Агенцијата е второстепен орган надлежен да одлучува по жалба. Во текот на спроведувањето на второстепената постапка Агенција одлучува на основа на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, Законот за општата управна постапка[15] и Упатството за спроведување на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер.[16] Консеквентно на тоа, Агенцијата кога постапува по жалба, ги има следниве овластувања:[17]

- жалбата електронски да ја препрати до првостепениот орган (имателот на информацијата), со барање во рок од седум дена да добие произнесување по жалбата и прилог од комплет списи, кои ги доставува до Агенцијата со цел веднаш да постапи во законски предвидениот рок од 15 дена.
- донесување на решение со кое му се наложува на првостепениот орган да донесе решение или да обезбеди пристап до бараната информација и за тоа да ја известат Агенцијата. Во овој случај диспозитивот на второстепеното решение (конечниот управен акт) ќе гласи:
    - жалбата се уважува и се наложува првостепениот орган да постапи по Барањето на барателот;
    - жалбата се уважува и се задолжува имателот да ја даде бараната информација;
- Решенија со кои жалбата се уважува и предметот се враќа на повторно постапување пред првостепениот орган;

[14] Чл. 21 од Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер („Службен весник на Република Северна Македонија") бр. 101 од 22.5.2019 година

[15] Закон за општата управна постапка, („Службен весник на Република Македонија" бр. 124/2015)

[16] Упатството за спроведување на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, („Службен весник на РСМ" бр.60/20)

[17] Годишен извештај за работењето на Агенција за слободен пристап до информации од јавен карактер за 2020 година,
https://aspi.mk/wp-content/uploads/2021/04/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2020.pdf

- Донесување на мериторни решенија, кои во најголем број претставуваат задолжувања за имателите да ја достават бараната информација до барателот;
- Решение со кое жалбата се отфрла како ненавремена/недопуштена/предвремена или изјавена од неовластено лице;
- Решение со кое жалбата се одбива како неоснована;
- Решенија со кои се запира постапката по жалба поради повлекување на истата, или поради добиен одговор во меѓувреме.

3. Емпириска анализа на податоци од Годишни извештаи на Агенцијата со цел да се утврди ефикасноста на оваа постапка

Во овој дел од трудот акцент е ставен на анализа на емпириските податоци содржани во годишните извештаи за работењето на Комисијата/Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер. Притоа целта на оваа анализа е да се укажат предностите и слабостите, односно предизвиците со кои се соочува второстепениот орган при остварување на правната заштита во постапката за остварување на право на слободен пристап до информации од јавен карактер.

За да воочиме како барателот ја добива информацијата од јавен карактер, во кој рок и дали постапката за остварување на оваа право е ефикасна, анализиравме неколку решенија кои се донесени од страна на Агенцијата и кои се објавени на нејзината веб-страница (Решение бр. 08-785 од 17.1.2022, Решение бр. 08-798 од 22.2.2022 и Решение бр. 08-768 од 11/01/22)[18]. Она што е видно од содржината на решенијата, дека барателот на информација во овие три случаи не само што не ја добил бараната информација, туку и дека постапката трае многу долго.

Согласно содржината на Решение бр. 08-798 од 22.2.2022 кое го донела Агенцијата, може да се види дека барателот поднел барање за остврување на право на слободен пристап до информации од јавен карактер на 6.12.2021 година, а до 22.2.2022 година, кога е донесено решението на Агенцијата за задолжување сè уште ја нема добиено информацијата. Во овој период од 77 дена било поднесено барање за слободен пристап (6.12.2021), добиено известување од имател на информација (22.12.2021), поднесена е жалба од барателот поради незадоволителен одговор (29.12.2021), препратена е жалба од Агенцијата до

[18] https://aspi.mk/%D1%80%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%98%D0%B0/%d1%80%d0%b5%d1%88%d0%b5%d0%bd%d0%b8%d1%98%d0%b0-%d0%b7%d0%b0-%d0%b7%d0%b0%d0%b4%d0%be%d0%bb%d0%b6%d1%83%d0%b2%d0%b0%d1%9a%d0%b5-mk/

имателот (30.12.2021), во определениот рок од 7 дена не е добиен одговор, ниту се доставен списи од страна на имателот на информација, потоа Агенцијата носи решение со кое жалбата ја уважува, и предметот го враќа на повторно постапување пред првостепениот орган (12.1.2022), на основа на тоа решение имателот на информацијата донесува решение и доставува допис до Агенцијата насловен како „Достава на информации од јавен карактер“ (25.1.2022), барателот поднесува втора жалба (4.2.2022), жалбата е препратена од Агенцијата до имателот (4.2.2022), имателот дава одговор на жалба (10.2.2022) и на крај агенцијата носи решение со кое се уважува жалбата и се задолжува имателот да ја достави информацијата (22.2.2022).

Согласно содржината на Решение бр. 08-768 од 11.1.2022 кое го донела Агенцијата, може да се види дека барателот поднел барање за остварување на право на слободен пристап до информации од јавен карактер на 18.10.2021 година, а до 11.1.2022 година, кога е донесено решението на Агенцијата за задолжување сѐ уште ја нема добиено информацијата. Во овој период од 84 дена било поднесено барање за слободен пристап (18.10.2021), поднесена е жалба од барателот поради недобиен одговор од имателот во со закон предвидениот рок (16.11.2021), препратена е жалба од Агенцијата до имателот (16.11.2021), во определениот рок од 7 дена не е добиен одговор, ниту се доставени списи од страна на имателот на информација, потоа Агенцијата носи решение со кое жалбата ја уважува, и му наложува на органот да постапи по Барањето (1.12.2021), барателот поднесува втора жалба, повторно заради неодговарање на имателот во со закон предвидениот рок (28.12.2021), жалбата е препратена од Агенцијата до имателот (28.12.2021), имателот не одговорил на дописот на Агенцијата, по што на 11.1.2022 година Агенцијата носи решение со кое се уважува жалбата и се задолжува имателот да ја достави информацијата.

Како главни недостатоци и предизвици со кои се соочуваат странките во постапката во однос на овие решенија, би ги навеле недоставување на информацијата, молчење на администрација, непостапувања по барања на Агенцијата, односно недоставување на одговор на жалба и списи. Имено, она што е видно од прикажаните податоци, е дека постапката за остварување на правото на слободен пристап може да трае многу подолго од 20 дена. Односно, за добивање на информација од јавен карактер во некои случаи или од некои органи таа информација може да ја добиеме многу подоцна или воопшто да не ја добиеме. На пример, барањето е поднесено на 6.12.2021 година, а решението на Агенцијата на 22.2.2022, што е всушност 77 дена. И она што е позначајно, е што и по истекот на тие 77 дена барателот сѐ уште ја нема информацијата, а истата може да ја добие најрано по истекот на 15 дена откако е задолжен да постапи по решението на Агенцијата или многу подоцна доколку не постапи и барателот се одлучи да покрене управен спор. Друг предизвик со кој се соочува Агенцијата

е молчењето на администрација од страна на имателите на информацијата. Во ваков случај Агенцијата, или претходно Комисијата, се појавуваат како немоќни да го обезбедат остварувањето на правото на барателот, од причина што информацијата ја поседува имателот, но исто така, Агенцијата до донесување на новиот закон немаше прекршочни овластувања, односно можност да покрене прекршочната постапка против имателите на информациите од јавен карактер, заради непочитување на одредбите од Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер.

За разлика од решение за задолжување Агенцијата има овластување да донесе и решение со кое се наложува органот, имателот на информации, да постапи по Барањето на Барателот, согласно одредбите од Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер. Ваква одлука Агенцијата вообичаено носи во случај кога основот за поднесување на жалба е молчење на администрација.[19]

Во табела 1 се прикажани податоци од работењето на Комисијата/Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер со цел да се утврди ефикасноста на второстепената постапка по жалба по однос на остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер, како и да се увидат најчестите причини за незадоволството на барателите, односно поради кои причини се поднесува жалбата. Исто, така, дел од анализата ќе бидат и видот на одлуките кои се носат во второстепената постапка.

Табела 1. Постапувања на Комисијата/Агенцијата во период од 2017 до 2021 година

	2017	2018	2019	2020
Примени жалби	758	622	755	752
Решени предмети	744	142	471	1493
Нерешени предмети	14	480	741	/
Мериторни одлуки	/	/	/	19
Уважени жалби	324	114	367	320
Уважени жалби со кои се наложува на имателот	54	75	237	229
Уважени жалби со кои предметот се враќа на повторно одлучување	39	6	23	81
Уважени жалби со кои се задолжува имателот	231	33	107	10
Одбиени жалби	55	10	18	46

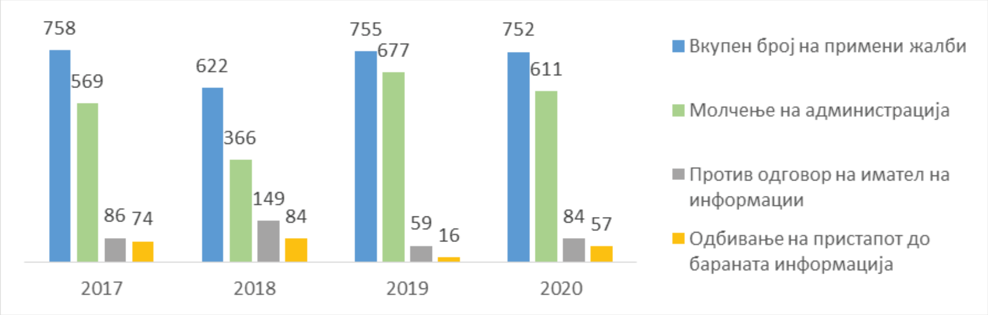
19 Види пример решение Решение 08-29 од 25/02/22, Решение 08-27 од 25/02/22, Решение 08-26 од 25/02/22 и др.,https://aspi.mk/%D1%80%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D1%98%D0%B0/%d1%80%d0%b5%d1%88%d0%b5%d0%bd%d0%b8%d1%98%d0%b0-%d0%b7%d0%b0-%d0%bd%d0%b0%d0%bb%d0%be%d0%b6%d1%83%d0%b2%d0%b0%d1%9a%d0%b5-mk/

Забелешки:

- **За примени жалби во 2020 година: со оглед на фактот дека Комисијата работеше и донесуваше одлуки во согласност со надлежностите утврдени во Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер со мнозинство од гласовите на нејзините членови, а поради повеќе од едногодишна правна неможност да одлучува поради немање кворум (Собранието не именуваше нови членови), 741 предмети по кои не беше постапено во текот на 2019 година беа оставени во „наследство“ на Агенцијата. Агенцијата, по изборот на нејзин директор и заменик-директор, постапи во првите месеци од годината по сите пренесени предмети од Комисијата, како и по уште 752 новопристигнати жалби во текот на 2020 година, односно по вкупно 1.493 предмети**
- **Нерешени предмети во 2017 година биле вкупно 14 поради тоа што биле поднесени кон крајот на декември 2017 година**

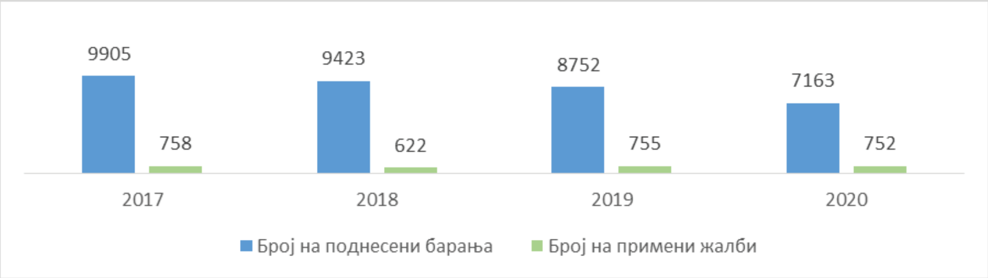
Исто така, тука сакаме да ги издвоиме и податоците за периодот од 2017 до 2020 година кои што се однесуваат на основот на жалбата по кои постапувала Комисијата/Агенцијата. Овие податоци се прикажани подолу во графикон број 2.

Графикон број 2.



Во таа насока, од посебна важност е и бројот на поднесени барања кои можеме да ги анализираме само од првостепените органи кои доставиле извештај за својата работа до Комисијата/Агенцијата и бројот на примени жалби. Така, периодот од 2017 до 2020 година е прикажан во графиконот број 3.

Графикон број 3



Анализирајќи ги податоците во табелата 1 и графиконите 1, 2 и 3, може да го констатираме следново:

А) Во поглед на остварувањето на ефикасноста, може да констатираме дека Агенцијата е 100 % ефикасна, односно дека во текот на 2020 година успеала да го совлада и приливот на предмети од 2020 година, но и пренесените предмети од 2019 година.

Во поглед на остварувањето на ефикасноста од страна на Комисијата за слободен пристап, може да констатираме дека таа е ефикасна во 2017 година, но 2018 и 2019 година се бележи пад на ефикасноста. Овој пад се должи на фактот што Комисијата не била во можност да свикува седници и да одлучува, од причина што по усвоената оставка на претседателот на Комисијата на 2 мај 2018 година, Комисијата како колективно тело кое одлучува со мнозинство гласови од вкупниот број членови на Комисијата, повеќе не можела да донесува важечки одлуки.[20] Кога станува збор за анализа на податоците од 2019 година, неминовно е да се наведе дека Извештајот во делот на жалбената постапка се однесува за единствената одржана седница во февруари 2019 година, на која е постапено по 457 жалби кои биле пренесени како нерешени во текот на 2018 година и по 14 предмети од 2019 година. Новодоставените 741 жалба, поднесени по 13–14 февруари 2019 година, се префрлени во надлежност на Агенцијата за нејзино постапување во текот на 2020 година.[21] Во текот на работењето на Комисијата се нотираат и некои слабости како што е, на пример, периодот од 2 мај 2018 година до 8.2.2019 година кога комисијата немала доволно членови избрани од Собранието за да може полноважно да одлучува.[22] Исто се случува и во периодот од 19.2.2019 до основањето на Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер. На 22.5.2019 година е објавен новиот Закон за слободен пристап до информации од јавен карактер.[23] Бидејќи во овој закон се наведува дека „Агенцијата отпочнува

[20] https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%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%B7%D0%B0-%D1%80%D0%B0%D0%B1%D0%BE%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%BD%D0%B0-%D0%9A%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D0%B8%D1%98%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-2018-1.pdf,

21 https://aspi.mk/wp-content/uploads/2021/04/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2020.pdf

[22] Комисијата одржа седница на 13 и 14.2.2019 година, на која се фокусира на одлучување по сите заостанати предмети, по кои веќе постапи Секретаријатот на Комисијата. На наведената седница Комисијата постапи по вкупно 457 предмети и донесе 399 решенија и 58 заклучоци.

[23] Во член 46 од наведениот Закон е утврдено дека овој закон влегува во сила осмиот ден од денот на објавувањето во „Службен весник на Република Северна Македонија“, а ќе отпочне да се применува шест месеци од денот на влегување во сила на овој закон. Во член 43 од истиот закон е прецизирано дека Собранието во рок од 15 дена од денот на влегување во сила на овој закон ќе распише јавен оглас за именување на директор и заменик на директорот на Агенцијата и дека Комисијата престанува со работа со денот на отпочнување со работа на Агенцијата.

со работа со денот на именувањето на директор на Агенцијата“, Комисијата не функционираше до 26.12.2019 година, кога беа именувани директор и заменик на директорот на Агенцијата, иако јавниот оглас беше распишан во јуни 2019 година. По своето основање на 26.12.2019 година и завршените формалности околу истото, Агенцијата од 10.1.2020 година стави акцент на постапување по заостанатите предмети од 2018 и 2019 година, кои беа над 750.

Нашата констатација е дека во иднина треба да се стави акцент на спречување на можноста одреден орган да не може да ја остварува својата надлежност. Односно да се предвидат законски решенија со кои доколку на одреден функционер му престанува функцијата, како на најбрз, а воедно и законски начин може да се надмине ваквата состојба и да се избере нов функционер. Во спротивно нефункционирањето на еден орган од една страна непосредно се одразува на ефикасноста, односно неефикасноста на институцијата, а од друга страна физичките и правните лица не можат да си ги остварат правата во со закон предвидениот рок.

Б) Во однос на сразмерот помеѓу бројот на поднесените барања за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер и бројот на поднесените жалби, може да констатираме дека имателите на информациите во речиси 90 % одговориле на барањата, а само во речиси 10 % на случаи се поднесени жалби.

В) Во однос на основот за поднесување на жалба, може да констатираме дека најчесто, односно во речиси 80 % од предмети жалбите се поднесени поради молчење на администрација, односно поради тоа што имателите на информациите не одговориле на барањата во со закон предвидениот рок.

Г) Во однос на видот на одлуките кои ги носи второстепениот орган, може да констатираме дека во повеќето предмети второстепениот орган ја уважува жалбата, што укажува на тоа дека навистина постои потреба од второстепена заштита на правата и интересите на странките, но и потреба од контрола во однос на почитување на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер од страна на имателите на информации.

Д) Тргнувајќи од анализа на податоците кои се однесуваат на бројот на поднесени тужби за оспорување на одлука на Агенцијата и видот на одлуките кои ги донеле Управниот суд и Вишиот управен суд кои ја спровеле управно судската контрола, може да констатираме дека бројот на поднесени тужби е многу мал, што укажува на фактот дека лицата кои поднеле жалба до Агенцијата, се задоволни од одлуката на Агенцијата, второ, според видот на одлуката, Управниот суд во повеќето предмети донел пресуди со кои се одбива тужбата, а се потврдува решението на Агенцијата, што укажува на квалитетот на одлуките кои ги носи Агенцијата.[24]

[24] Управниот суд во 2018 година, постапи по 19 тужби и донесе: 11 – Пресуди со кои тужбата се

Доколку тргнеме од тоа дека еден од факторите кои влијаат на ефикасноста е и бројот на вработените, може да констатираме дека во анализираниот период бројот на вработените постојано е ист, што сметаме дека е доволна бројка за да можат ефикасно да се совладаат примените предмети. Но, она што го забележуваме во 2020 година е дека бројот на систематизирани места е во пораст, што може и да се разбере со оглед на тоа дека треба дел од вработените да постапуваат и во прекршочна постапка што е ново овластување на Агенцијата од 2019 година, а поконкретно од 2020. Сепак, она што имало директно влијание на ефикасноста, е изборот на членовите во Комисијата, но и изборот на Директорот на Агенцијата. Затоа во иднина сметаме дека посебно внимание треба да се посвети на оваа прашање, односно да се спречат ситуации во кои органот нема да биде во можност да постапува и одлучува, а предметите да не се решаваат во законски предвидените рокови.

Резиме

Постапката за остварување на правото на слободен пристап до информации од јавен карактер е од исклучително значење за остварување на начелото на транспарентност и отчетност на јавната администрација. Најновиот Закон за слободен пристап до информации од јавен карактер претставува солидна правна рамка во кои се прецизирани правата и обврските како на имателите на информациите од јавен карактер, така и на Агенцијата за слободен пристап до информации од јавен карактер, но и начинот на остварување на правната заштита на физичките и правните лица кои се појавуваат како баратели на информации од јавен карактер.

По пат на доследната примена на одредбите од Законот за слободен

одбива како неоснована, 2 – Решенија со кои тужбата се одбива како неоснована, 3 – Решенија со кои тужбата се отфрла како недозволена, 3 – Решенија со кои тужбата се отфрла. Вишиот управен суд во 2018 година постапи по 6 жалби против одлуките на Управниот суд и донесе: 1 – Пресуда со која жалбата се одбива како неоснована и пресудата на Управниот суд се потврдува, 3 – Решенија со кои жалбата се одбива како неоснована и решението на Управниот суд се потврдува, 2 – Решенија со кои жалбата се отфрла како недозволена. Во 2020 година, според евиденцијата на Агенцијата, против нејзините претходно донесени одлуки, беа поднесени вкупно 9 тужби. Управни спорови се покренати од страна на 4 правни лица и 5 од страна на физички лица. Агенцијата постапи по сите поднесени тужби и достави одговор до Управниот суд. 13 Постапувајќи по наведените тужби во 2020 година, како и по тужби кои биле поднесени претходно против Комисијата, а потоа и против Агенцијата, Управниот суд донесе: – 7 пресуди со кои тужбата се одбива како неоснована, – 4 пресуди со кои тужбата се отфрла како недозволена, или неуредна и – 6 пресуди со кои тужбата се уважува.

пристап до информации од јавен карактер може да се очекува јакнење на довербата на граѓаните во институциите од јавен карактер, јакнење на интегритетот на институциите, но и зголемување на легитимитетот на одлуките кои се носат од страна на институциите. Преку остварување на оваа право барателите се стекнуваат со можноста секојдневно да се запознаваат со работењето на институциите, но и со одлуките кои ги носат.

Сепак, во текот на примената на законот се нотираат и одредени недоследности, како што се, на пример, недоследната примена на членот 10 од законот, односно објавување на таксативно наведени информации на веб-страницата на имателите на информациите. Имено, доколку секој имател на информација би ги објавил овие податоци, би можело да се очекува и намалување на бројот на поднесени барања. Како недоследност се појавува и тоа што дел од институциите не ја почитуваат законската одредба за задолжително доставување на Годишен извештај за спроведување на законот до Агенцијата.

Она што треба да се истакне, е дека најголемиот број поднесени жалби се по основ на молчење на администрација, што укажува не само на неефикасност на институциите, туку и на неможност барателите да ја добијат одредената информација. За да се надмине ваквата ситуација, до 2019 година Комисијата имаше овластување да носи мериторни одлуки, но видно од емпириската анализа се воочува дека ваков вид одлуки речиси и да не се носеле. Исто така, и доколку се одлучи Агенцијата да донесе мериторна одлука, тоа за барателот не може да значи дека ќе ја добие информацијата, затоа што Агенцијата не ја поседува истата. Оттука, со Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер на Агенцијата ѝ е доделено уште едно овластување, а тоа е можноста за покренување на прекршочна постапка против имателите на информациите.

Па оттука, во иднина Агенцијата треба да ги вложи сите напори и да преземе соодветни мерки за надминување на наведените недоследности во поглед на доследната примена на законот.

Библиографија

1. Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Коментарот на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, Фондација „Отворено општество“ – Македонија, Скопје, ноември 2011,
https://fosm.mk/wp-content/uploads/publications/FOOM-ZSP-komentari.pdf
2. Ана Павловска-Данева, Елена Давитковска, Право на слободен пристап до информации од јавен карактер, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2010
3. Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, Сл. весник

на РСМ бр. 101 од 22.5.2019 година
4. Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер („Службен весник на Република Македонија“ бр. 13/2006, 86/2008, 6/2010, 42/2014, 148/2015, 55/2016 и 64/2018)
5. Закон за општата управна постапка, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 124/2015)

Уставот на РМ, https://www.sobranie.mk/content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf

Упатството за спроведување на Законот за слободен пристап до информации од јавен карактер, („Службен весник на РСМ“ бр.60/20)

https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%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%B7%D0%B0-%D1%80%D0%B0%D0%B1%D0%BE-%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%BD%D0%B0-%D0%9A%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D0%B8%D1%98%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-2018-1.pdf

https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2019-PDF.pdf

Годишен извештај за работењето на Агенција за слободен пристап до информации од јавен карактер за 2020 година, https://aspi.mk/wp-content/uploads/2021/04/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2020.pdf

Годишен извештај за работењето на Агенција за слободен пристап до информации од јавен карактер за 2019 година, https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%95%D0%9D-%D0%98%D0%97%D0%92%D0%95%D0%A8%D0%A2%D0%90%D0%88-2019-PDF.pdf

Годишен извештај за работењето на Комисија за заштита на правото за слободен пристап до информациите од јавен карак”тер за 2018 година, https://aspi.mk/wp-content/uploads/2020/09/%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%B7%D0%B0-%D1%80%D0%B0%D0%B1%D0%BE-%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%BD%D0%B0-%D0%9A%D0%BE%D0%BC%D0%B8%D1%81%D0%B8%D1%98%D0%B0%D1%82%D0%B0-%D0%B7%D0%B0-2018-1.pdf

Prof. Dr.sc Elena Davitkovska[25]
Assoc. Prof. Dr.sc Ivana Shumanovska-Spasovska[26]

THE PROCEDURE FOR EXERCISING THE RIGHT TO ACCESS INFORMATION OF PUBLIC IMPORTANCE - SITUATION AND CHALLENGES –

Summary

The procedure for exercising the right to free access to public information is of exceptional importance for realization of the principle of transparency and accountability of the public administration. The latest Law on Free Access to Public Information is a solid legal framework that specifies the rights and obligations of both the holders of public information and the Agency for Free Access to Public Information, as well as the manner of exercising the legal protection of individuals and legal entities who appear as applicants of public information.

By consistently applying the provisions of the Law on Free Access to Public Information can facilitate strengthening of citizens' trust in public institutions, strengthening the integrity of institutions, but also increasing the legitimacy of decisions made by of institutions. By exercising this right, the applicants gain the opportunity to get acquainted daily with the work of the institutions, but also with the decisions they make.

However, during the application of the law, certain inconsistencies are noted, such as, for example, the inconsistent application of Article 10 of the law, i.e., publication of the listed information on the website of the holders of information. Namely, if every holder of information would publish this data, a reduction in the number of submitted requests could be expected. As another inconsistency that is noted is the fact that some of the institutions do not comply with the legal provision for mandatory submission of the Annual Report on Law Enforcement to the Agency.

It should be noted that most of the complaints are based on the silence of the administration, which indicates not only the inefficiency of the institutions, but also the inability of applicants to obtain certain information. In order to overcome this situation, until 2019, the Commission had the authority to make meritorious decisions, however empirical analysis shows that such decisions were almost never

[25] Professor at Institute of Economics – Skopje, "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.
[26] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

made. Also, if the Agency decides to make a meritorious decision, it cannot mean that the applicant will receive the information, because the Agency does not have it. Hence, with the Law on Free Access to Public Information, the Agency has the new authority, which is the possibility to initiate a misdemeanor procedure against holder of information..

Therefore, in the future, the Agency should make every effort and take appropriate measures to overcome these inconsistencies in terms of consistent application of the law.

Key words: *administrative procedure, transparency, appeal, free access, public information.*

доц. д-р Елена Игновска[1]

КРВНАТА ВРСКА И ЗАЕДНИЧКИОТ ЖИВОТ КАКО КРИТЕРИУМИ ЗА ПОСТОЕЊЕ НА ПРИВАТЕН И СЕМЕЕН ЖИВОТ

УДК: 316.362:347.61/.64(497.7)
316.362:341.231.14(094.2)(4)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Човечката историја бележи различни периоди на доминатност на крвната врска или заедничкиот живот како пресудни критериуми за конституирање на правно сродство. И праксата на Европскиот суд за човекови права покажува на двојство во однос на преференциите спрема едниот или другиот критериум во зависност од конкретните околности.[2] *Сепак, денес Судот балансира помеѓу генетската вистина и фактичката реалност на семејниот живот со помош на корективната мерка на принципот на најдобриот интерес на детето. Човековите права, во областа на семејното право се заштитени со членот 8 – како право на почитување на приватниот и семејниот живот; членот 12 – како право на склучување на брак и засновање семејство; членот 14 – како општ принцип на заштита од дискриминација; и членот 6 (1) како право на пристап до граѓанските судови за решавање на семејни спорови, меѓу другото, исто така и во постапки за утврдување на родителството од Европската конвенција за човекови права. И покрај ова, секоја држава – земја членка на Советот на Европа има сопствен систем за регулирање на семејниот живот, правото на брак, критериумите за (не)дискриминација, па дури и критериумите за утврдување на сродството, со што се промовира посебен национален морал. Така, почитувањето на разликите помеѓу земјите членки понекогаш е во судир со заштитените човекови права.* [3] *Имено, националното*

[1] Доцентка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

[2] Особено случаите: Кроон и другите против Холандија, Чавдаров против Бугарија, Шнајдер против Германија, Миѕи против Малта, Анајо против Германија, Камп и Бурими против Холандија, Јусуф против Холандија, Аренс против Германија и Куцор против Германија.

[3] Случајот Маркс против Белгија се однесува на вонбрачна ќерка со правен статус на малолетник во Белгија. Судот забележа дека разликата помеѓу „легитимни“ и „нелегитимни“ деца беше

семејно право на Република Македонија утврдува родителски однос со фактот на раѓање (за мајката, ако детето не е родено од сурогат жена), со брачна претпоставка (за сопругот на мајката) или со признавање и судска одлука кога детето е родено вонбрачно. Но, Законот за семејството забранува утврдување или оспорување на родителскиот однос доколку детето е зачнато со вештачка инсеминација или посвоено.[4] *Ваквиот став во Законот тргнува од претпоставката дека доказ за постоење на родителски однос е крвната врска и затоа забранува истата да се преиспитува кога е службена тајна или кога веќе постојат други правни родители.*[5] *Доколку судските постапки се дозволени подеднакво за сите деца, но судиите го ценат и фактичкиот семеен живот (а не само генетската врска) како основи за утврдување на правен родителски статус, ќе се надмине потенцијалниот дискриминирачки пристап на Законот. Дополнително, во ситуации кога детето не е зачнато со вештачка инсеминација или посвоено, а живеело со претпоставениот (не и генетски) татко подолго време, повикувањето на отсуство на крвна врска може да доведе до загрозување на правната сигурност на веќе воспоставените семејни односи врз основа на фактот на заеднички живот, спротивно на неговите најдобри интереси.*

Клучни зборови: *сродство, крвна врска, заеднички живот, приватен и семеен живот.*

1. Крвната врска како правно признато сродство

Континенталните правни системи го следат системот на римското право на крвна врска (*consanguinity*, од лат. “sanguis” – крв) за регулирање на сродството. Ова значи дека крвната врска е најрелевантниот фактор за определување на сродниците. Крвното сродство покажува дека лицата потекнуваат од ист генетски предок и затоа се во сродство. Парентеларниот систем може да биде линеарен (како директна, вертикална линија на сродство во која сродниците потекнуваат еден од друг: син, татко, дедо, итн.) и странична, определувајќи го сродството преку комбинација на двата генетски придонеси – татковиот и мајчиниот како предци спрема нивните потомци: брат и сестра, братучеди, итн., кои би можеле да имаат ист татко (*consanquinei*) или иста мајка

оценета како дозволена и нормална во многу европски земји, поддржувајќи го развојниот пат кон нивно целосно признавање како еднакви.

[4] Чл. 62, 63 и 75 од Законот за семејството (пречистен текст), Службен весник на Република Македонија, број 153, (20.10.2014).

[5] Чл. 123 (а) од Законот за семејството, *ibid.*

(*uterini*). Системот на крвното сродство е важен за семејното право, поради тоа што поединците може да стапат во брак само доколку се наоѓаат заклучно до четвртиот степен на (правно признато) сродство во колатерална крвна линија.[6] Бракот е речиси универзално забранет до и заклучно со колатералната крвна линија на првите братучеди најмногу поради здравствени причини, односно спречување на генетски нарушувања и оплодување помеѓу крвни сродници. Научно е докажано дека потомците од инцестна врска имаат голем ризик од генетски нарушувања предизвикани од мутациите на автосомно рецесивните гени што се двојно поголеми кај блиски крвно поврзани роднини кои носат две копии на истиот ген. Постои голема веројатност дека потомците ќе имаат абнормалности, ментална ретардација или пак, ќе имаат скратен животен век. Само кај околу половина од децата на инцестуозни односи се избегнуваат ваквите аномалии. Посвојувањата, како и анонимните донации на генетски материјал носат ризик од инцестуозни односи меѓу роднини кои генетски потекнуваат од ист предок. Овој ризик беше повисок на почетокот на примената на потпомогнатото оплодување и тоа поради недостатокот на регулатива и рестриктивни норми во однос на можниот број деца зачнати од еден донор. Дури и денес, некои експерти повикуваат на внимание околу можниста за случаен инцест помеѓу полусестри и полубраќа кои често живеат блиску еден до друг.[7] Тие предупредуваат дека браќата и сестрите, кои биле разделени и не живееле заедно, се изложени на поголема веројатност за развој на меѓусебен афинитет и симпатии доколку се сретнат отколку доколку би живееле во иста семејна заедница.[8] Ова се објаснува со т.н. Вестермарк (Westermarck) психолошки ефект кој се однесува на ретроградното сексуално втиснување (десензибилизирање), односно луѓето кои живеат во непосредна домашна близина во текот на првите (обично 6) години од својот живот стануваат десензитивизирани во однос на нивната подоцнежна взаемна сексуална привлечност. Недостатокот од овој вид психолошко „втиснување“ резултира со спротивното – браќата и сестрите, полу-браќата/сестрите или братучедите кои биле одгледани одвоено, можат да развијат силна меѓусебна привлечност како возрасни.[9]

---

6 На пример, во националното семејно право, ова е уредено во член 20 од Законот за семејството.

7 „Sperm Donation and Possible Inbreeding – Oops! “One Sperm Donor, 150 Offspring”, Human Biological Diversity (09/07/2011). Достапно на интернет: http://hbdchick.wordpress.com/2011/09/07/sperm-donation-and-possible-inbreeding-oops/; A. Krista, “Genetic Sexual Attraction”, The Guardian (17 May, 2003) достапна на интернет: http://www.theguardian.com/theguardian/2003/may/17/weekend7.weekend2.
Видете исто: T. J. Bouchard,, “Genetic Influence on Human Psychological Traits. A Survey”, Current Directions in Psychological Science, Vol. 13, No. 4 (2004) стр. 148–151.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.* Вестермарк ефектот беше за прв пат разработен од финскиот антрополог Едвард Вестермарк во 1921. E.A.Westermarck, „The History of Human Marriage“, 5th ed. (London, Macmillan, 1921). Тој беше критикуван поради тоа што близината во детството не може сама по себе да произведе

Системот на крвно (правно признато) сродство (*consanquinity*), исто така е многу битен и за наследувањето, не само на човечките гени *inter vivos*, но исто така и на имотот *mortis causa*, обезбедувајќи наследство на наследниците преку два система: (1) *ius accrescendi* (само најблиските живи потомци стануваат наследници, и на тој начин, се исклучуваат подалечните роднини) и неговата корекција – (2) системот *ius representationis* (потомците стануваат наследници од претходно починатите или оние наследници кои се прогласени за недостојни за наследување). Во наследното право, потомокот на претходно починатото лице станува наследник.

Изборот на фактори кои ги земаме како релевантни кога утврдуваме сродство, е важен за формирање на семејството. Посвојувањето на деца кои не се крвно сродни, и „легитимирањето“[10] на деца кои се крвно сродни (што значи дека некои крвно сродни деца ќе бидат „нелегитимни“) беа исклучоци кои римското право ги вклучи во системот на крвно сродство (*consanquinity*). Денес, примената на биомедицинско потпомогнатото оплодување (БПО) создава многу повеќе исклучоци. Дебатите за генетиката и нејзината онтолошка суштина наспроти социологијата и факторите кои влијаат врз одредување на сродството беа и сѐ уште се многу актуелни меѓу различни групи антрополози и социолози. Од една страна е првата група која го застапува гледиштето дека генолошкиот детерминизам е најрелевантен за определување на сродството. Од друга страна се претставниците кои сметаат дека социолошките фактори се клучни за градење на семејните односи, а со тоа и за определување на сродството, аргументирајќи дека генетските факти се само еден од условите на кои системите на сродство мора да се прилагодат.

Голем број социолошки студии се обидуваат да го дефинираат природниот копнеж кој е вроден во луѓето како поединци да создадат семејства.[11] Исто така голем број од почетните антрополошки студии го промовираа крвното сродство како онтолошка основа, а само во негово отсуство, предвид беше земен фактот на заедничкиот живот во одредувањето на сродството. Многу автори потоа ја критикуваа пристрасноста за тежнеење кон „природноста“, како инструментална политика на градење на општествените улоги на мажите како обезбедувачи (провајдери) и жените како одговорни за домашните работи, градејќи го потесното семејство во кое таткото треба да биде „поизвесен“.[12]

сексуално избегнување без постоењето на општествените притисоци и норми. Види повеќе: S. Eran, S. Dalit, “Incest Avoidance, the Incest Taboo, and Social Cohesion: Revisiting Westermarck and the Case of the Israeli Kibbutzim”, American Journal of Sociology*,* Vol. 114, No. 6 (2009) стр. 1803–1842.

[10] Како разлика помеѓу „легитимни“ деца родени во брак, и „нелегитимни“ деца родени надвор од брак (која постоеше порано), особено воочена во случајот Маркс против Белгија пред Европскиот суда за човекови права. .

[11] E. Westermark, „The History of Human Marriage“ (Macmillan, 1891).

[12] Видете повеќе во: M. Fortes, “Introduction”, во J. Goody (ed.) in The Developmental Cycle in

Морган како еден од најистакнатите американски етнолози, антрополози и социолози, кој ја разви теоријата на општествената еволуција и ја постави основата на современата антропологија, аргументира дека првобитната човекова домашна институција не беше патријархалното семејство, туку клановите на мајките. Централната улога на мајката во утврдувањето на сродството и паралелно, раните мрежи познати како матријархат или гинекоцентрично општество ја исклучија неопходноста за познавање на генетската поврзаност со таткото, бидејќи кланот беше дефиниран од аспект на сродството само од страна на мајката. Тој потоа се осврнува на подоцнежната еволуција на семејните форми, што доведе до доминација на патријархално-центрираното семејство во услови на технолошки напредок, што не само што ги промени имотно-правните односи, но и на поширок општествен план, исто така, ги промени системите на управување. Иако не постои јасен доказ за фактичкото постоење на матријархатот како рана фаза на развој на човечките заедници,[13] влијанието на теоријата на Морган беше огромно за подоцнежната интелектуална мисла.

Според Морган, човековата репродукција и генетската врска помеѓу родителите и децата претставуваат вистинско сродство, додека посвојувањето е правна фикција и претставува фиктивно сродство.[14] Тој покажа флексибилност за прифаќање на фактичката реалност кога крвното сродство отсуствува. Малиновски, исто така, ја застапува тезата дека сродството е првенствено психо-генетско по природа (крвна врска), која сепак може да биде моделирана од страна на културолошко-развиените односи, како на пример, во случај на посвојување.[15]

Контроверзните теории на *инклузивна подобност* (*inclusive fitness*) и *препознавање на сродството* (*kin recognition*) ја промовираат големата важност на гените како индивидуален и уникатен код за идентификација и алатка за потенцијално меѓусебно признавање на блиски генетски роднини кои заради тоа се вклучуваат во меѓусебни општествени односи. Овие теории имаат многу

Domestic Groups, Cambridge (Department of Archaeology and Anthropology at the University Press, 1959), [објавен за Институтот за археологија и антропологија во универзитетскиот печат]; и подоцна во: J. Yanagisako, S. Junko, J.F. Collier, "Towards a Unified Analysis, Gender and Kinship", во J. F. Collier, J. Yanagisako (eds.), Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis, (Stanford University Press, 1987).

13 Видете повеќе во: R.H. Lowie, „Primitive Society" (Bony and Liveright, New York, 1920). Заклучокот е дека нема докази за хипотетичкото постоење на матријархатот. Ова, исто така, е доминантен став и денес.

14 L.H. Morgan, "Systems of Consanguity and Affinity of the Human Family", Smithsonian Contributions to Knowledge. Vol. 17 (Washington Smithsonian Institution, 1870).
Достапен на интернет на: http://ia700407.us.archive.org/17/items/systemsofconsang00morgrich/systemsofconsang00morgrich.pdf

15 B. Malinowski, "Parenthood - the Basis of Social Structure", во V. Calverton, S.D. Schmalhausen (eds.), The New Generation (New York: Macaulay, 1930).

критичари во денешно време.[16] Холанд аргументира дека ако внимателно се анализираат биолошките и општествените теории за сродството, ќе се дојде до заклучок дека двете се сведуваат на еден доминантен фактор. Така, тој се обидува да ги усогласи двете шеми на сродството преку нивна контекстуализација.

2. Заедничкиот живот како правно признато сродство

Во 1960-тите и 1970-тите антрополозите ги преиспитаа биолошките и генетските концепти на сродството, особено имајќи го предвид културниот контекст во кој беа поставени. Најжестока е битката меѓу старите биолошки концепти и современите релациски концепти за утврдување на сродство кои кулминираа со работата на Шнајдер, кој ја означи пресвртницата во антрополошките студии.[17] Според него, она што е дадено со раѓањето преку крвта, е статична состојба на родителството, а она што е создадено и поддржано од интерактивниот процес на делување и грижење, е активна состојба на вршењето на родителството и токму тоа е вистинскиот однос родител – дете. Тој не ја негира генетската реалност како непостоечка, но ја доведува во прашање нејзината неопходност во фактичкото вршење на родителството.[18] Затоа тој го дефинира сродството како збир од взаемни односи за кои крвните врски се ирелевантни. Крвните врски се релевантни само во контекстот во којшто се општествено признати и конституирани. Така, вршењето на одредени улоги претставува основа за дефинирање на односот на сродство. Многу автори прават разлика помеѓу генетското сродство, дефинирано од страна на науката и културолошко развиените системи на сродството, сметајќи го родителството повеќе како политички, а помалку како природен концепт, што е предмет на договор од случај до случај, исто како и посвојувањето и старателството.[19] Технологиите на БПО воведоа „семејства по избор“,[20] каде што односите помеѓу членовите на семејството ја изменија конвенционалната дефиниција на

---

[16] M. P. Holland, „Social Bonding and Nurture Kinship: Compatibility Between Cultural and Biological Approaches“ (2004). Достапен на SSRN: http://ssrn.com/abstract=1791365 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791365

[17] Видете повеќе во: D. Schneider, „A Critique of the Study of Kinship“ (University of Michigan Press, 1984), стр. 165.

[18] *Ibid.* стр. 124–125.

[19] Видете повеќе во: J.A. Barnes, “African Models in the New Guinea Highlands”, Man, Vol. 62, (1962), стр. 5-9; A. Schrauwers, „Negotiating Parentage: the Political Economy of “Kinship” in Central Sulawesi Indonesia”, American Ethnologist, Vol. 26, No. 2, 1999, стр. 310 на стр. 311).

[20] Како термин кој се користи во контекст на меѓународната ЛГБТ заедница. Видете повеќе во: K. Weston., “Parenting in the Era of AIDS”, во A. Stein (ed), Sisters, Sexperts and Queers Beyond the Lesbian Nation (New York, Plume, 1993); J. Weeks, B. Heaphy, C. Donovan, „Same Sex Intimacies: Families of Choice and Other Life Experiments“ (London, Routledge, 2001).

„крвните врски“. Сега, тие сè повеќе ги акцентираат фактичките обврски кои се доделуваат со поединечните правни одлуки како предмет на преговори, а не како однапред прифатени и дадени.[21] Овие децентрализирани семејни релации почнаа да отстапуваат од нивната основа – сексуалниот однос[22] и воведоа нов поим – дефамилијаризација – „defamiliarizing“ на она што порано се сметаше за воспоставен концепт на сродство.[23] Оваа појава беше критикувана на истата основа. Имајќи предвид дека современите семејства се во голема мера договорни (во смисла на статусот кој се доделува на родителите), неприфаќањето на дилемите и преговарањето во однос на донорските улоги во детскиот живот според некои автори, е парадоксално..[24]

Современите антрополози ги вреднуваат биолошките врски, но го поврзуваат сродството со концепти надвор од природните (култура и односи базирани на емоции, афекција и приврзаност, заедничко живеалиште, делење храна, грижа, покрив и спиење). Карстен го концептуализира сродството како реален однос на споделени телесни и духовни елементи кои не мора да имаат генетска поврзаност.[25]Теоретичарите на приврзаноста аргументираат дека генетската поврзаност сама по себе не е фактор за развој на приврзаност. Напротив, и други фактори како што се близината, грижата, негата и одговорноста кон потребите на детето се релевантни за градење на односи меѓу него и таткото, мајката или било кој друг старател. Вајс наведува три аспекти на манифестација на приврзаност: (1) физички контакт, (2) комфор, (3) топлина и (4) безбедност како особено важни за градење на односот помеѓу детето и родителот.[26] Приврзаноста и ставовите во однесувањето изградени во детството се многу силни и продолжуваат исто така и во зрелоста.[27] За Болби, развојот на видовите однесувања кои се засновани во детството, ја создаваат суштината на родителството. За некои други теоретичари на приврзаноста, заедничкото споделување на оброци, не само како имитација на хранењето што се случува во матката на жената, но и како начин на развој на ставови во однесувањето е клучот

[21] D. Dempsey, “Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court”, International Journal of Law, Policy and Family, No.18, 2004, стр. 76 на стр. 78.

[22] M. Strathern, „Reproducing the Future: Anthropology, Kinship and the New Reproductive Technologies“ (New York, Routledge, 1992)

[23] S. Franklin, „Embodied Progress: A Cultural Account of Assisted Conception“ (London, Routledge, 1997).

[24] D. Dempsey, *op. cit.* (2004), стр. 95,

[25] J. Carsten, “The Substance of Kinship and the Heat of the Hearth: Feeding, Personhood and Relatedness among Malays in Pulau Langkawi”, American Ethnologist, Vol. 22, No. 2 (1995), стр. 236.

[26] R.S. Weiss, “The Attachment Bond in Childhood and Adulthood”, M.C. Paros, J. Stevenson-Hinde, P. Marris (eds.), The Attachment Across the Lifecycle (Routledge, 1991).

[27] J. Bowlby, „The Making and Breaking of Affectional Bonds“ (Tavistock, 1979) стр. 129. Тој аргументира дека природата на врзување го карактеризира човечкото битие од раѓањето до смртта.

за создавање на семејното сродство.[28]Ричардс дури го дефинира семејството во смисла на „регуларноста на јадење оброци заедно."[29] Состојбата „да се израсне дете" како општествен аспект, додава лични карактеристики во тој однос, па дури и повеќе од биолошкиот придонес.[30] Голем број студии, кои ги истражуваат семејните обичаи на домородните луѓе од различни делови на светот, потврдија дека покрај генетските, исто така постојат и други важни елементи за да се развие сродство, од кои најзначајната е фактичката врска воспоставена преку делење на заедничко домаќинство и разновидни аранжмани на живеење.[31] Многу културолошки антрополози од времето на Леви-Штраус (Levi – Strauss), па наваму се на стојалиште дека репродукцијата на човекот е и репродукција

[28] A.I. Richards, „Hunger and Work in a Savage Tribe: A Functional Study of Nutrition Among the Southern Bantu" (G. Routledge and Sons, 1932) стр. 28.

[29] *Ibid.*

[30] J. Edwards, „Born and Bred. „Idioms of Kinship and New Reproductive Technologies in England", Oxford Studies in Social and Cultural Anthropology (Oxford University Press, 2000).

[31] M. Weismantel, „Food, Gender and Poverty in the Ecuadorian Andes" (University of Pennsylvania Press, 1988) стр. 169. Овој автор спроведува социолошко истражување во Зимбабве. Таму, односите меѓу родотелите и децата се дефинираат според заедничкиот живот каде што срцето го дефинира домот, а заедничкиот живот (а не крвната врска) е клучен елемент за утврдувањето на татковството.

J. Carsten, S. Hugh-Jones, "Introduction", во J. Carsten., S. Hugh-Jones (eds.), About the House: Levi-Strauss and Beyond (Cambridge University Press, 1995);

J. Carsten, "Substantivism, Antisubstantivism, and Anti-antisubstantivism", во S. Franklin, S. McKinnon (eds.) Relative Values: Reconfiguring Kinship Studies (Duke University Press, 2001), стр. 227. Според нив, консумирањето на разновидна храна, престојот во една средина итн. го создава идентитетот на детето како променлива и отворена категорија, а не дадена;

C. L. Stafford, „Chinese Patriliny and the Cycles of *Yang* and *Laiwang"*, во J. Carsten (ed.), Cultures of Relatedness: New Approaches to the Study of Kinship (Cambridge University Press, 2000);

C.L Stafford, „Separation and Reunion in Modern China" (Cambridge University Press, 2000). Од истражувањата спроведени во североисточна Кина и во Анганг и Тајван, Стафорд ги опсервира семејните шеми – грижата дадена на децата создава трајно почитување што се манифестира преку грижа за родителите во нивната старост;

R. Storrie, „Personhood and Relationality: Processes of Relatedness Among the Hoti of Venezuelan Guiana", Journal of the Royal Anthropological Institute, Vol. 9, No. 3 (2003) стр. 407–428. Стори опсервира дека воспитувањето дете може да создаде сродство дури и во отсуство на природни (генетски) врски, водено од заедничкиот сентимент дека „подалечните роднини не се подобри од блиските соседи". Со истражувањата на животот на Хотите од Серанииа де Мајкалида, Венецуелска Гвајана, Стори утврдил дека моралноста на делењето ги трансформира несродните во сродни. Поради ова, заедничкиот живот е битен, а блиските крвни роднини (*consanquini*), кои не живеат заедно, се заборават, а нивниот имот се претвара од заеднички во посебен" (стр. 420–422).

A. Vilaca, "Making Kin out of Others in Amazonia", Journal of the Royal Anthropological Institute, Vol. 8, No. 2, стр. 347-365 (2002). Со истражувањето на семејните шеми на народот Уари кои живеат во Западен Амазон, Бразил, Вилака опсервира дека „блискоста и заедничкиот живот се до таа мерка одредувачки во утврдувањето на сродството, што генеалошкиот роднина којшто живее далеку од семејството може да биде исклучен од кругот на сродство".

на општествените односи.[32] Сите етнографи кои ја нагласуваат важноста на влијанијата на околината како битни во создавањето на односите на сродството, се против генеалошките претпоставки, кои ги сметаат за основни и дадени, а со тоа и имуни на влијанија од околината. Тие покажуваат дека фактичките и емотивните врски се релевантни и детерминирачки за создавање на сродството, а не генетското учество само по себе. Така, употребата на биологијата може да се смета за „стратешки фактор“ за натурализација на сродството кое произлегува од БПО[33] и покрај тоа што се смета за битна само кога сродството е доведено во прашање. Ако истото не е доведено во прашање, родителството обично ќе биде разгледано од аспект на емотивните врски кои родителите ги развиле со своите деца преку процесот на издржување и воспитување како главен столб во изградбата и утврдувањето на сродството.[34]

Применувајќи ја *теоријата на приврзаност* на правото на детето да воспостави контакт со донорот/генетскиот родител кој го дал детето на посвојување по достигнување на возраст од 18 години може да биде ирелевантно, бидејќи односите на приврзаност кои се базирани во воспитувањето на детето, биле веќе воспоставени.

Дел од современите студии промовират комбинација од двата пристапи: биолошкиот и културолошкиот пристап, не само во разбирањето на сродството, туку и на она што сродството го предизвикува како ефект.[35]

Фуко расправа дека во сите историски периоди биле развиени одредени верзии на вистината врз основа на она што во тие периоди било општествено прифатливо. Според него, современите сфаќања за сексуалниот диморфизам и репродуктивна физиологија се скорешни феномени и го следат развојот на модерната биологија и наука.[36] Во оваа смисла, сродството е општествена и културна димензија на градење на семејствата, наоѓање легитимност во крвните врски низ историјата, во зависност од преферираниот склоп на политички вредности. Разликата помеѓу генетскиот (“genitor” или “genetrix”) и фактичкиот родител отсекогаш постоела во случаите на старателство и посвојување. Но, само сега, новите репродуктивни технологии ги истакнаа начините на кои

---

[32] Видете на пр.: C. Smart, B. Neale, „Family Fragments?“ (Cambridge: Polity Press, 1999); L. Spaas, „Paternity and Fatherhood: Myths and Realities“ (London: Macmillan, 1998); M. Strathern, *op. cit* (1992).

[33] C. Thompson, “Strategic Naturalizing. Kinship in an Infertility Clinic”, во S. Franklin, McKinnon (eds.), Relative Values. Reconfiguring Kinship Studies (Duke University Press, 2001), стр. 175.

[34] E. Hirsch, „Negotiated Limits. Interviews in South-East England”, во J. Edwards et al (eds.), Technologies of Procreation.Kinship in the Age of Assisted Conception (Manchester University Press, 1993), стр. 69.

[35] Holland, *op.cit*. (2004); P.P. Schweitzer, „Dividends of Kinship: Meanings and Uses of Social Relatedness“, (Routledge, 2000).

[36] M. Foucault, „The Order of Things. An Archaeology of the Human Science“ (Vintage Books, 1994).

биогенетското сродство активно се конструира, потврдувајќи дека родителството во однос на децата зачнати со донација на генетски материјал е втемелено во законскиот концепт на волји (намери), а не во генетиката.[37]

Семејството по Платон е во основа природна категорија. Тој разви остра дистинкција помеѓу: 1) приватниот живот во семејството, што е воден од природните феномени на љубовта и репродукцијата; и 2) заедничкиот живот во државата кој е воден главно од логички премиси. За неговиот ученик, Аристотел, од друга страна, и семејството и државата се паралелно природни и општествени конструкции. За Аристотел, семејството зачнува од љубовта и вистинското пријателство меѓу мажот и жената кои се водечки столбови на семејната заедница. Во политиката, тој го дефинира семејството – „оикос“ (о□κος) како помала составна клетка на политичката заедница – „полис“ (πόλεις) која сама по себе е посебен ентитет како заедница или асоцијација – „кинонѝа“ (κοινωνία), која ги интегрира своите членови во заедничкиот живот.[38] Како природен дел од поголем мозаик што го конституира политичкиот систем, семејството транзитира помеѓу животинско постоење кон рационален живот што е можен само во организирана состојба (држава). Природната компонента на семејството што се должи на биолошките врски меѓу неговите членови е аргумент за натурализација како на политичкиот систем, така и на државата и како таков треба да ја приближи државата поблиску до поединецот, кој пак, треба да ја идентификува органската врска позната за неговото семејство. Со таквата идентификација, тој исто така ја нагласува општествената компонента на семејството, истакнувајќи го заедничкиот живот помеѓу своите рационални членови, кои по дефиниција мораат да бидат организирани како и самата држава.

Бракот како формална институција на заеднички живот беше солидна рамка за потврдување на сексуалните односи меѓу брачните партнери кои требаше да обезбедат извесност дека семејството е продолжение на нивните гени. За овие цели, сродството транзитира од времето на примитивен промискуитет, матријархат и неодредено татковство, конструктурирана рамка на моногамен брак, што води кон *нуклеарноѿо семејсѿво*.[39] Малиновски разликува меѓу фактичко и физичко сродство, кои се преклопуваат кај мајката, додека нужно не коинцидираат во таткото чија улога е суштински општествена и може, но не мора да биде физичка.[40] Според

[37] A. Shaw, “The Contingency of the Genetic Link in Constructions of Kinship and Inheritance – An Anthropological Perspective”, во J. P. Spencer, A. Bois-Pedain, (eds.) Freedom and Responsibility in Reproductive Choices (Hart Publishing 2006) стр. 75.

[38] L. V. Provencal, “The Family in Aristotle”, *Animus*, Vol. 6, 2001, достапно на интернет: http://www.mun.ca/animus/2001vol6/provencal6.htm#1.

[39] Видете повеќе во L.H. Morgan *op. cit*. (1870); L.H. Morgan, „Ancient Society“ (Macmillan, 1877); F. Engels, „The Origin of the Family, Private Property and the State“ (1884), Introduction by Brewer P., Resistance (2004). Достапно на интернет на: http://readingfromtheleft.com/PDF/EngelsOrigin.pdf.

[40] Malinowski, B., „The Family Among the Australian Aborigines: a Sociological Study“, (University

него, семејството е составено од жената и децата за кои таа се грижи – сама или заедно со човекот со кого е во стабилна врска. Во таа смисла, односот со детето е утврден од страна на односот помеѓу: 1) мажот; и 2) жената која го раѓа детето. Татковството на овој човек е изборно и несигурно во зависност од неговите фактички односи со мајката, а со тоа и со детето. Врските на сродство помеѓу генетскиот татко и детето во денешно време често се предмет на правно посредување во зависност од постоењето на интимна врска меѓу генетската мајка и детето.[41] Феминизмот го поддржува репродуктивното право на самите жени да се извршува засебно како средство за обезбедување на жените со поголем избор, вклучително и со можноста за бивање родители без партнер. Мери О'Брајан е на став дека постојат два клучни момента во историјата на репродукцијата. Првиот е диференцијацијата на улогите меѓу мажот (како оној кој придонесува за обезбедување на средства) и жената (како домаќинка). Ваквата диференцијација ја ограничуваше улогата на жената само во рамките на домот, со што неизвесноста во врска со прашањето „кој е татко на меѓусебните деца", до одреден степен се намали. Оваа поделба ја деградираше приватната сфера (репродукцијата, одгледувањето на деца, одржувањето на домаќинството) и ја актуализираше јавната сфера (производството). Вториот клучен момент беше откривањето на контрацепцијата која им даде шанса на жените да имаат контрола врз нивната плодност.[42] Претпоставката дека сопругот е татко на детето родено за време на бракот, сè уште е валиден правен аргумент во споровите за утврдување или оспорување на татковството, освен ако не се докаже спротивното. Жените кои вршеле прељуба биле сметани за криминалци од највисок ранг, меѓу другите причини и поради позицијата на доминантниот маж во семејството, а исто така и поради ризикот на попречување и манипулирање со генетското семејно стебло.

3. Критериуми за постоење на приватен и семеен живот според член 8 од Европската конвенција за човекови права

Денес, терминот семејство не е прецизен и затоа е погоден за алтернативни толкувања. Ако некогаш дебатите околу нуклеарното наспроти поширокото семејство се опсервираа низ призмата на биологијата и генетиката или фактот на заеднички живот во или надвор од брак,[43] во денешно време, терминот семејство е симбиоза на различност на формите. Веќе е прифатен ставот дека ако постои однос на грижа

of London Press, 1913).

[41] D. Dempsey, *op. cit.* (2004), стр. 97.

[42] M. O'Brien, „The Politics of Reproduction" (Routledge&Kegan Paul, 1981).

[43] Видете повеќе во: F. Mount., „The Subversive Family: an Alternative History of Love and Marriage", (Counterpoint, 1983).

и посветеност помеѓу возрасен и дете, тогаш отсуството на генетска врска не е пресудно за повикување на член 8 од ЕКЧП.[44] Семејството може да биде формирано од членови кои: 1) се или не се генетски поврзани (на пример, посвојување или хетерологна инсеминација од донор); 2) живеат или не живеат заедно и споделуваат или не споделуваат заедничко домаќинство (на пример, реконструирани семејства); 3) двајца членови (жена со починат/разведен/разделен сопруг/партнер и дете или доброволно сама жена и дете); 4) двајца (хетеро или истополови)[45] родители и едно дете/повеќе деца, повеќе од двајца родители кои имаат родителска одговорност и едно дете/деца (на пример, тројца родители во Велика Британија[46], и од неодамна, до четири родители во Британска Колумбија во Канада); 5) родители и нивните родители и деца и нивните деца (како проширени семејства) и т.н. нов тренд на „модерни семејства" како и „семејства по избор на ко-родителски партнери" (мајки и татковци кои имаат договорен однос за остварување на заедничка цел – раѓање, одгледување и воспитување на заедничко дете наместо взаемен однос на љубов, почитување и интимна врска).[47] Ова е еден чекор понатаму во развојот на трендот од сами мајки по избор кон ко-родителство по избор, како што едно од интервјуираните лица кои ги споделуваа своите лични искуства изјави: „зошто би одбрале да бидете сам родител кога може да бидете заеднички родител (ко-родител)?",[48] или „зошто само да имате дете кога исто така можете да обезбедите и татко?".[49]

[44] N. Lowe, „A Study into the Rights and Legal Status of Children being Brought Up in Various Forms of Marital or Non-Marital Partnerships and Cohabitation", (A Report for the Attention of the Committee of Experts on Family Law, 2009) стр. 8.

[45] Databases Двородителските семејства сè уште се доминантен концепт во светот, иако одредени законодавства ја разгледуваат можноста да го прошират опсегот на повеќе родители. Погледнете повеќе кај M. Antokolskaia, "Legal Embedding Planned Lesbian Parentage. Pouring New Wine into Old Wineskins" (Familie & Recht, 2014) стр. 2.

[46] Исто така, погледнете ги препораките за реформи во семејното право во насока на признавање на родителството на повеќе од две лица од: S. Brennan, "How Many Parents Can a Child Have? Philosophical Reflections on the Three Parent Case"(Western University, 2013), (достапен на интернет: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1451926 што се однесува на случај на Високиот суд на Онтарио што ја призна потребата од промени со цел воведување на повеќе лица во животот на детето во согласност со најдобрите интереси на детето (*AA v BB* 2007 ONCA 2, 83 OR (3d) 561).

[47] Видете повеќе во: L. Carpenter, "Meet the Co-parents", The Guardian (15.12.2013), http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/dec/15/meet-the-co-parents-modern-families; Daily Mail Reporter, "Meet the 40-something Childless Singles Turning to Co-parent partnerships where Raising a Family Doesn't Include Romance" Mailonline (11.02.2013), http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2277027/Meet-40-childless-singles-turning-parent-partnerships--raising-family-doesnt-include-romance.html; A. Ellin, "Making a Child Without the Couple", The New York Times (08.02.2013) - http://www.nytimes.com/2013/02/10/fashion/seeking-to-reproduce-without-a-romantic-partnership.html?pagewanted=all&_r=0; "Family on Your Terms", Aljazeera, (24.02.2014), - http://stream.aljazeera.com/story/201402242305-0023501.

[48] *Ibid*. L. Carpenter, "Meet the Co-parents" , The Guardian (15.12.2013).

[49] Al Jazeera English, "Family on Your Own Terms", The Stream (24.02.2014). Видете на интернет: http://stream.aljazeera.com/story/201402242305-0023501 (5–6 мин).

Некои автори го вреднуваат нуклеарното семејство какво што беше (од традиционален аспект) и сметаат дека секое отстапување од неговата основа е потенцијално опасно за развивање на односите и посветеноста, а потребни за правилно воспитување на децата.[50] Тие ја обвинуваат примената на БПО за нарушувањето на концептот на нуклеарното семејство кое е идеална основна општествена единица, со што се создаваат семејства со интрузивен донор и деца без родители.

За еминентниот професор Џон Харис семејството има исклучиво институционален карактер. За него, институционалните семејни основи зависат од политичката идеологија за доделување на централен фокус на една од следните три димензии: (1) општеството (семејството е основна клетка на општеството кое што има интерес да обезбеди следна генерација), (2), возрасните (правото на засновање семејство, како дел од човековите права и слободи на поединецот), и (3) детето (обезбедување на интересите на идните генерации).[51]

Во европски контекст, денес, широко е прифатено дека родителството е повеќе општествена од природна конструкција, иако многу импликации кои произлегуваат од примената на БПО, сè уште се дискутираат.[52] Признавањето не само на општествената, но исто така и на нормативната улога која ја игра семејството и прифаќањето на потребата за донесување на политички одлуки за обликување на семејните форми, можат да се потпрат на флексибилното дефинирање на семејство според дефинициите на Бромли,[53] со мали модификации базирани на прифаќање на дихотомијата помеѓу фактот на заедничкиот живот или со самото постоење на генетска врска. Паралелно со овие претпоставки, семејството ќе се третира како општествена единица чии односи може да спаѓаат во две категории: (1) заеднички живот: две лица кои живеат во брачна/вонбрачна врска, или живеат заедно, на сличен начин како да се брачни партнери, или еден родител кој живее со едно или повеќе деца; и (2) самото постоење на генетска врска: две или повеќе лица поврзани преку крвно сродство (на пример, браќа и сестри) или брак.

---

[50] P. Singer, D. Wells, „The Reproduction Revolution. New Ways of Making Babies" (Oxford University Press, 1984), стр. 53; R.F. Chadwick "Having Children: Introduction", Chadwick R.F. (ed.) Ethics, Reproduction and Genetic Control (Routledge, 1990).

[51] J. Harris , „The Right to Found a Family", во Scarre G., (ed.) Children, Parents and Politics (Cambridge University Press, 1989).

[52] „Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i.e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action?" (European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, 2010), стр 7 и 12.

[53] N.V. Lowe, G. Douglas (eds.) *Bromley's Family Law* 10th edition (Oxford University Press 2007) стр. 2.

Конвенцијата за правата на детето (КПД) нуди широка дефиниција на семејството, како одраз на широкиот спектар на сродство и аранжмани во заедници во кои децата се воспитуваат низ целиот свет.[54] Во Преамбулата се нагласува важноста која семејството ја има како основна единица на општеството и како природна средина за развој и благосостојба на нејзините членови, посебно на децата. Член 5 го признава и го цени поширокото семејство, особено неговото значење за децата и за нивните развојни капацитети. Комитетот за човекови права, исто така, потенцира флексибилно дефинирање фаворизирајќи поширока дефиниција во која се вклучуваат „сите лица што го сочинуваат општеството на односната држава членка“,[55] свесни за разликите од држава до држава, па дури и од регион до регион во рамките на една држава.[56] Тоа покажа поголем сензибилитет кон почитување на нуклеарните и проширените семејства, како и разни други форми на семејства, како што се вонбрачни партнери и нивните деца или сами родители и нивните деца.[57]

Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) и Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) вклучија неколку аспекти во концептот на „семеен живот“: брачните родители и нивното „легитимно“ малолетно дете, вонбрачните родители и нивното малолетно дете, мајката и нејзиното малолетно дете – во и надвор од брак, мажот и малолетно дете кое е признато, генетскиот татко и малолетно дете во одредени околности, блиски роднини како баби и дедовци и малолетно дете, родители на посвоено малолетно дете, и негенетски родители и малолетно дете. [58]

Библиографија

A.Ellin, “Making a Child Without the Couple”, The New York Times (08.02.2013): http://www.nytimes.com/2013/02/10/fashion/seeking-to-reproduce-without-a-romantic-partnership.html?pagewanted=all&_r=0.

A.I. Richards, „Hunger and Work in a Savage Tribe: A Functional Study of Nutrition Among the Southern Bantu“ (G. Routledge and Sons, 1932).

A.Schrauwers, „Negotiating Parentage: the Political Economy of “Kinship” in

[54] R. Hodgkin, P. Newell, „Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child“, (UNICEF, United Children’s Fund, 2007), стр. 105, што се однесува на CRC/C/2/Rev.8, стр. 76.

[55] *Ibid*. стр. 77, што се однесува на Human Rights Committee, General Comment No. 17, 1989, HRI/GEN/1/Rev.8, пара. 6, стр. 184.

[56] *Ibid.* што се однесува на General Comment бр. 19 на Human Rights Committee.

[57] *Ibid.* што се однесува на Human Rights Committee, General Comment бр. 19, 1990, HRI/GEN/1/Rev.8, пара. 2, стр. 188.

[58] K. Boele-Woelki et al., „Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities“ (Intersentia, 2007), стр. 16.

Central Sulawesi Indonesia", American Ethnologist, Vol. 26, No. 2, 1999).
Al Jazeera English, "Family on Your Own Terms", The Stream (24.02.2014): http://stream.aljazeera.com/story/201402242305-0023501 (5–6 мин).
A. Krista, "Genetic Sexual Attraction", The Guardian (17 May, 2003).
A. Shaw, "The Contingency of the Genetic Link in Constructions of Kinship and Inheritance – An Anthropological Perspective", J. P. Spencer, A. Bois-Pedain, (eds.) Freedom and Responsibility in Reproductive Choices (Hart Publishing 2006).
A. Vilaca, "Making Kin out of Others in Amazonia", Journal of the Royal Anthropological Institute, Vol. 8, No. 2: 347-365 (2002).
B. Malinowski, "Parenthood - the Basis of Social Structure", V. Calverton, S.D. Schmalhausen (eds.), The New Generation (New York: Macaulay, 1930).
C. L. Stafford, „Chinese Patriliny and the Cycles of *Yang* and *Laiwang"*, J. Carsten (ed.), Cultures of Relatedness: New Approaches to the Study of Kinship (Cambridge University Press, 2000).
C. Thompson, "Strategic Naturalizing. Kinship in an Infertility Clinic", S. Franklin, McKinnon (eds.), Relative Values. Reconfiguring Kinship Studies (Duke University Press, 2001).
C.L Stafford, „Separation and Reunion in Modern China" (Cambridge University Press, 2000).
Chadwick R. F., "Having Children: Introduction", Chadwick R.F. (ed.) Ethics, Reproduction and Genetic Control (Routledge, 1990).
Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i.e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action?" (European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C, 2010).
D. Dempsey, "Donor, Father or Parent? Conceiving Paternity in the Australian Family Court", International Journal of Law, Policy and Family, No.18, (2004).
D. Schneider, „A Critique of the Study of Kinship" (University of Michigan Press, 1984).
Daily Mail Reporter, "Meet the 40-something Childless Singles Turning to Co-parent partnerships where Raising a Family Doesn't Include Romance" Mailonline (11.02.2013): http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2277027/Meet-40-childless-singles-turning-parent-partnerships--raising-family-doesnt-include-romance.html.
E. Hirsch, „Negotiated Limits. Interviews in South-East England", J. Edwards et al (eds.), Technologies of Procreation.Kinship in the Age of Assisted Conception (Manchester University Press, 1993).
E. Westermark, „The History of Human Marriage" (Macmillan, 1891).

F. Engels, „The Origin of the Family, Private Property and the State" (1884). Introduction by Brewer P., Resistance (2004): http://readingfromtheleft.com/PDF/EngelsOrigin.pdf.

F. Mount., „The Subversive Family: an Alternative History of Love and Marriage", (Counterpoint, 1983).

J. Bowlby, „The Making and Breaking of Affectional Bonds" (Tavistock, 1979).

J. Carsten, "The Substance of Kinship and the Heat of the Hearth: Feeding, Personhood and Relatedness among Malays in Pulau Langkawi", American Ethnologist, Vol. 22, No. 2 (1995).

J. Harris , „The Right to Found a Family", Scarre G., (ed.) Children, Parents and Politics (Cambridge University Press, 1989).

J. Yanagisako, S. Junko, J.F. Collier, "Towards a Unified Analysis, Gender and Kinship", J. F. Collier, J. Yanagisako (eds.), Gender and Kinship: Essays Toward a Unified Analysis, (Stanford University Press, 1987).

J.A. Barnes, "African Models in the New Guinea Highlands", Man, Vol. 62, (1962).

L. Carpenter, "Meet the Co-parents", The Guardian (15.12.2013): http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2013/dec/15/meet-the-co-parents-modern-families.

L. Spaas, „Paternity and Fatherhood: Myths and Realities" (London: Macmillan, 1998).

L.H. Morgan, "Systems of Consanguity and Affinity of the Human Family", Smithsonian Contributions to Knowledge. Vol. 17 (Washington Smithsonian Institution, 1870).

L.H. Morgan, „Ancient Society" (Macmillan, 1877).

M. Antokolskaia, "Legal Embedding Planned Lesbian Parentage. Pouring New Wine into Old Wineskins" (Familie & Recht, 2014).

M. O'Brien, „The Politics of Reproduction" (Routledge&Kegan Paul, 1981).

M. P. Holland, „Social Bonding and Nurture Kinship: Compatibility Between Cultural and Biological Approaches" (2004). Достапен на SSRN: http://ssrn.com/abstract=1791365 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1791365.

Malinowski, B., „The Family Among the Australian Aborigines: a Sociological Study", (University of London Press, 1913).

N. Lowe, „A Study into the Rights and Legal Status of Children being Brought Up in Various Forms of Marital or Non-Marital Partnerships and Cohabitation", (A Report for the Attention of the Committee of Experts on Family Law, 2009).

N.V. Lowe, G. Douglas (eds.) *Bromley's Family Law* 10th edition (Oxford University Press 2007).

P. Singer, D. Wells, „The Reproduction Revolution. New Ways of Making Babies" (Oxford University Press, 1984).

P.P. Schweitzer, „Dividends of Kinship: Meanings and Uses of Social Relatedness“, (Routledge, 2000).

Provencal L.V., “The Family in Aristotle”, *Animus*, Vol. 6, 2001.

R. Hodgkin, P. Newell, „Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child“, (UNICEF, United Children’s Fund, 2007).

R. Storrie, „Personhood and Relationality: Processes of Relatedness Among the Hoti of Venezuelan Guiana”, Journal of the Royal Anthropological Institute, Vol. 9, No. 3 (2003).

R.H. Lowie, „Primitive Society“ (Bony and Liveright, New York, 1920).

R.S. Weiss, “The Attachment Bond in Childhood and Adulthood”, M.C. Paros, J. Stevenson-Hinde, P. Marris (eds.), The Attachment Across the Lifecycle (Routledge, 1991).

S. Brennan, ”How Many Parents Can a Child Have? Philosophical Reflections on the Three Parent Case”(Western University, 2013): http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1451926.

S. Eran, S. Dalit, “Incest Avoidance, the Incest Taboo, and Social Cohesion: Revisiting Westermarck and the Case of the Israeli Kibbutzim”, American Journal of Sociology, Vol. 114, No. 6 (2009): 1803–1842.

S. Franklin, „Embodied Progress: A Cultural Account of Assisted Conception“ (London, Routledge, 1997).

Smart, B. Neale, „Family Fragments?“ (Cambridge: Polity Press, 1999).

Sperm Donation and Possible Inbreeding – Oops! “One Sperm Donor, 150 Offspring”, Human Biological Diversity (09/07/2011): http://hbdchick.wordpress.com/2011/09/07/sperm-donation-and-possible-inbreeding-oops/.

T. J. Bouchard,, “Genetic Influence on Human Psychological Traits. A Survey”, Current Directions in Psychological Science, Vol. 13, No. 4 (2004).

E.A.Westermarck, „The History of Human Marriage“, 5th ed. (London, Macmillan 1921).

Закон за семејството, пречистен текст, Службен весник на Република Македонија, број 153, (20.10.2014).

J. Carsten, “Substantivism, Antisubstantivism, and Anti-antisubstantivism”, S. Franklin, S. McKinnon (eds.) Relative Values: Reconfiguring Kinship Studies (Duke University Press, 2001).

J. Carsten, S. Hugh-Jones, “Introduction”, во J. Carsten., S. Hugh-Jones (eds.), About the House: Levi-Strauss and Beyond (Cambridge University Press, 1995).

J. Edwards, „Born and Bred. „Idioms of Kinship and New Reproductive Technologies in England“, Oxford Studies in Social and Cultural Anthropology (Oxford University Press, 2000).

J. Weeks, B. Heaphy, C. Donovan, „Same Sex Intimacies: Families of Choice and

Other Life Experiments“ (London, Routledge, 2001).
K. Boele-Woelki et al., „Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities“ (Intersentia, 2007).
K. Weston., “Parenting in the Era of AIDS”, A. Stein (ed), Sisters, Sexperts and Queers Beyond the Lesbian Nation (New York, Plume, 1993).
M. Fortes, “Introduction”, во J. Goody (ed.) The Developmental Cycle in Domestic Groups, Cambridge (Department of Archaeology and Anthropology at the University Press, 1959).
M. Foucault, „The Order of Things. An Archaeology of the Human Science“ (Vintage Books, 1994).
M. Strathern, „Reproducing the Future: Anthropology, Kinship and the New Reproductive Technologies“ (New York, Routledge, 1992)
M. Weismantel, „Food, Gender and Poverty in the Ecuadorian Andes“ (University of Pennsylvania Press, 1988).

Ass. Prof. Dr.sc Elena Ignovska[59]

FILIATION BY BLOOD AND MUTUAL LIFE AS CRITERIA FOR RECOGNITION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE

Summary

The dominance of the criteria that constitute legal filiation: either by blood or by mutual life was different throughout human history. The European Court of Human Rights' jurisprudence too, manifests duality when it comes to the preferences regarding both criteria depending from the particular circumstances. Yet, nowadays, the Court balances between genetic and factual reality of the family life with an assistance of the child's best interest principle. Human rights, in the field of family law are safeguarded in article 8 (respect for private and family life), article 12 (right to marry and to found a family), article 14 (non-discrimination), and article 6 (1) (right to access to a fair trial regarding family disputes, including establishment of parenthood) of the European Convention on Human Rights. Nevertheless, each Member State of the Council of Europe has its own system of regulating family life, the right to marry, criteria for (non)discrimination and establishment of filiation. Therefore, the respect towards differences between Member States sometimes collides with the respect towards protected human rights. Namely, the national family law of the Republic of Macedonia establishes parental filiation through the fact of birth (for the mother, if the child is not born by surrogate woman), marital presumption (for the married husband of the mother), recognition and judicial decision if the child is born in an extra-marital relationship. Nevertheless, the Law on Family banns access to judicial proceedings if the child is conceived by artificial insemination or adopted. This provision results from the presumption that the sole proof of the parental bonds is related to the genes (gives precedence of the filiation by blood). Therefore it forbids DNA tests, especially when the results are considered to be a classified secret or when there are already other legal parents. If judicial proceedings were allowed and the judges were to assess the factual family life (not solely the filiation by blood) as foundations for establishing parental status, the Law would have been more in line with the provisions that prevent discrimination. Even more, such a Law would not compromise the legal certainty of families where children live with the presumed (but not genetic) father for longer period, in concordance with their best interests.

Key words: *filiation, blood ties, mutual life, private and family life.*

[59] Assistant professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Милка Ракочевиќ[1]

НАДОМЕСТ НА ШТЕТА КАКО РЕПРЕСИВЕН ИНСТРУМЕНТ ЗА САНКЦИОНИРАЊЕ НА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРОЦЕСНИТЕ ОВЛАСТУВАЊА ВО ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА

УДК:347.132.142:347.921.1]:347.513
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Во трудот се обработува прашањето за надомест на штета заради злоупотреба на процесните овластувања во парничната постапка, како еден од репресивните инструменти за санкционирање на процесната злоупотреба, кое прашање, за разлика од другите поврзани со идејата за забрана за злоупотреба на правата во системот на парничната постапка, е најмалку обработувано во процесната доктрина. Целта е од процесен аспект да се анализираат определени суштински прашања кои се сметаат за значајни од аспект на предметната проблематика. Во тој контекст, авторот обработува низа прашања, тргнувајќи од тоа како и на кој начин може да се оствари правото на надомест на штета заради злоупотреба на процесните овластувања, каква е природата на поставеното барање со оглед на содржината на правната заштита која се бара, каква може да биде процесната форма на предметното барање, кога може да се постави ова барање (дали во пендентната парница или со иницирање на посебна парнична постапка), итн.

Клучни зборови: *парнична постапка, злоупотреба на процесните овластувања, надомест на штета.*

1. ВОВЕДНИ НАПОМЕНИ

Процесните овластувања се предвидени со законот за да можат процесните субјекти да ја остварат правната заштита која ја бараат од судот, но, исто-

[1] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

времено, и за да се заштити правниот поредок. Поради општествената функција која парничната постапка ја остварува, сите учесници во постапката, а пред сѐ странките, се должни во текот на истата лојално и коректно да се однесуваат и совесно да ги користат своите процесни овластувања.

Во современиот систем на правна заштита, од секој учесник во парничната постапка се очекува да биде одговорен за своето процесно делување, односно да положи сметка за тоа на кој начин и од кои причини презема определено процесно дејствие, односно се користи со определено процесно овластување. Процесните средства кои им стојат на располагање на процесните субјекти не се цел сами за себе. Доколку целта кон која се тежнее со ползување на определено процесно средство се смета за општествено недопуштена, тогаш не е допуштено ниту користењето на инаку допуштеното процесно средство. За да ја сметаме за беспрекорна употребата на определено процесно средство, потребно е и самиот процесен субјект кој се користи со процесното средство, да биде убеден во објективната оправданост на неговиот интерес.[2]

Употребата на конкретно процесно средство за остварување на определена неприкладна и непримерна цел, во кое однесување го препознаваме обидот за изигрување на процесниот закон, не смее да се толерира.[3] Заради тоа, сите процесни дејствија со кои се попречува нормалниот и целисходниот тек на постапката и се изобличува нејзината смисла и цел, се недопуштени. Следствено на тоа, сите несовесни и абузивни активности во текот на постапката треба да бидат енергично сузбиени.

Во насока на сузбивање на процесната злоупотреба, навистина е невозможно да се создаде совршен систем на парничната постапка и истовремено да се овозможи системот на правна заштита да функционира така складно и беспрекорно што со своето дејствување ќе ја исклучи секоја, па дури и најмалата можност за злоупотреба на процесните права. Злоупотребата на теренот на цивилната процедура е појава што секогаш егзистирала и ќе егзистира во системот на правораздавање. Прашањето е колку се вешти законодавецот, како креатор, и судијата, како непосреден применувач на процесните норми, процесната злоупотреба да ја сведат во рамки кои се општествено прифатливи.

Мерките за спречување и мерките за санкционирање на процесната злоупотреба, како и мерките предвидени за зајакнување на процесната дисциплина на учесниците во постапката, претставуваат дел од единствен систем на инструменти кои се во служба на една единствена цел – да ја искоренат или да ја

2 М. Марковић, *Теорија грађанског парничног поступка, свеска прва*, Београд, 1948, стр. 112.

3 Законот на процесните субјекти им обезбедува можност за определено процесно однесување поради остварување на определена оправдана цел. Доколку однесувањето се коси, или оди против целта која законодавецот ја имал предвид при нормирање на конкретното процесно постапување, во тој случај таквото постапување треба да се оневозможи, односно санкционира бидејќи таквото постапување не ужива заштита.

сведат процесната злоупотреба на минимална разумно прифатлива мерка, која ќе гарантира дека евентуалните злоупотреби на процесните права, во текот на постапката нема да предизвикаат штета на законитото, правилното и ефикасното правораздавање.

За таа цел, принципот на совесно користење и забрана за злоупотреба на процесните права, како фундаментален процесен принцип, е конкретизиран и инструментализиран низ системот на процесните норми. Законот за парничната постапка[4] содржи разновидни и многубројни решенија преточени во конкретни процесни одредби кои на директен или индиректен начин ја тангираат предметната проблематика. Дел од нив се посветени на низа различни мерки предвидени во насока на спречување и сузбивање на евентуалната злоупотреба на процесните овластувања. Таквите конкретни законски решенија претставуваат дел од превентивниот инструментариум со помош на кој процесните субјекти се оневозможуваат во обидот да сторат определена процесна злоупотреба. Од друга страна, системот на процесните норми содржи и определени репресивни средства кои се активираат во случај на откривање на злоупотребата и кои според својата природа првенствено имаат казнувачки карактер.[5]

Би било наивно да се смета дека расположливиот превентивен инструментариум е доволен да се сузбие процесната злоупотреба. Точно е дека најголемиот товар во однос на сузбивањето на процесната злоупотреба треба да падне врз мерките кои треба превентивно да дејствуваат и да го спречат, односно да го оневозможат обидот за несовесно и абузивно постапување, но без постоење на ефикасен репресивен инструментариум, кој го сметаме за комплеменатрен на превентивниот инструментариум, обидот за анулирање на процесната злоупотреба би останал без успех.[6] Ова го велиме од причина што колку и да постои добро осмислен и солиден систем во однос на превенирање на процесната злоупотреба, секогаш ќе има ситуации во кои процесните субјекти ќе успеат во својата абузивна намера и ќе ја остварат непримерната, односно недопуштената

[4] „Службен весник на Република Македонија“ бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015, во понатамшниот текст скратено ЗПП.

[5] При нормирање на одделните средства за сузбивање на процесната злоупотреба, на мерките од превентивниот инструментариум треба да им се посвети далеку поголемо внимание отколку на репресивниот инструментариум имајќи предвид дека преку нив се оневозможува настанување на негативните последици со кои вообичаено резултираат различните видови злоупотреба на процесните права.

[6] Иако реформите во однос на заострување на процесната дисциплина и превентивната контрола играат значајна улога во однос на сузбивањето на злоупотребата, санкциите се потребни понекогаш да ги заменат останатите процесни механизми кои ја држат под контрола процесната злоупотреба. Превентивните мерки никогаш нема да бидат успешни во целост, без оглед на тоа колку судијата се вложува во набљудувањето на активностите на процесните субјекти, во насока на оневозможување на злоупотребата. Некои абузивни постапувања секогаш ќе останат неоткриени. Но, доколку истите бидат препознаени и докажани, мора да бидат санкционирани.

цел кон која се стремеле. Бидејќи ваквите постапувања, доколку бидат откриени, мора да бидат санкционирани, секој систем на правораздавање мора да располага со репресивен инструментариум кој ќе делува *post festum*, односно ќе ја казни секоја злоупотреба која не била навремено детектирана и спречена.[7]/ [8]

Листата на репресивни мерки за санкционирање на процесната злоупотреба не е многу долга. Во системот на нашата парнична процедура репресивниот инструментариум го сочинуваат три ефикасни средства: надоместот на парнични трошоци предизвикани како резултат на определена абузивна процесна активност; изрекувањето на парична казна како мерка за директно пенализирање на „сторителот" на процесната злоупотреба; и надоместот на штета како мерка за репарирање на губитокот што процесниот субјект го претрпел како последица на злоупотреба на процесните права.

2. НАДОМЕСТОТ НА ШТАТА КАКО РЕПРЕСИВЕН ИНСТРУМЕНТ ЗА САНКЦИОНИРАЊЕ НА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРОЦЕСНИТЕ ОВЛАСТУВАЊА ВО ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА

Абузивно преземените дејствија во текот на постапката можат да предизвикаат и штета за парничниот противник. Осудата на надомест на парничните трошоци, независно дали тоа се прави според принципот на *causae* или принципот на *culpae*, не е еднаква на евентуално претрпената штета. Должноста за надоместување на трошоците ги опфаќа само оние нужни издатоци направени по повод или во текот на постапката, но според природата на работите, не ги опфаќа сите настанати губитоци во имотната сфера на парничарот, ниту пак може да ги

[7] Како што наведува *Аранђеловић*, секоја парнична странка треба лојално да ја води постапката. Целта која сака да ја постигне со парничењето, треба да биде заштита на нејзиното право, а не нанесување штета на противникот или на системот на правораздавање воопшто. Странката која постапува спротивно на принципот на лојалност, треба да ги почувствува негативните последици од таквото постапување. Д. Аранђеловић, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије, прва књига*, Београд, 1932, стр. 166.

[8] Во практиката, како репресивна мерка за санкционирање на злоупотребата на процесните овластувања, судиите најчесто го користат овластувањето за изрекување на парична казна и осудата на надомест на трошоци предизвикани по вина на странката.

покрие сите губитоци кои парничарот како личност ги трпи.[9]/[10] Поради тоа, парничарот кој, како последица на абузивното однесување на својот противник во текот на постапката, претрпел штета, има право да бара нејзино надоместување.

Кога станува збор за предметната проблематика, надоместот на штета заради злоупотреба на процесните права, како мерка од репресивниот инструментариум, претставува средство кое е најмалку обработувано во процесната доктрина. Со оглед на значајноста на идејата за забрана за злоупотреба на правата на теренот на цивилната процедура, се чини дека прашањето за надомест на штета предизвикана како последица на процесната злоупотреба заслужува посебно внимание.

Веднаш на почетокот се поставува прашањето зошто надоместот на штета се вбројува во листата на репресивни мерки за санкционирање на злоупотребата на процесните права?

Абузивните процесни активности значат повреда на една когентна норма, повреда на едно правило кое во системот на процесните норми има третман на базичен процесен постулат – принципот на забрана за злоупотреба на правата што на субјектите им припаѓаат во постапката. Иако, на прв поглед тоа не е видливо, бидејќи преземените дејствија се коректни и допуштени од формалноправен аспект, огрешувањето од овој принцип означува негова повреда која во дадените околности ја сметаме за недопуштена. Злоупотребата на правото е забранета со закон, и кога странките постапуваат несовесно и абузивно тие всушност повредуваат еден императивен пропис, а тоа значи дека постапуваат недопуштено.

Во врска со ова, *Zuglia* наведува дека злоупотребата на правата во постапката несомнено претставува еден т.н. граѓанскоправен (цивилен) деликт, т.е. едно недопуштено дело кое редовно со себе ја повлекува обврската на сторителот на спротивната странка да ѝ ги надомести не само предизвиканите пар-

[9] Со досудување на предизвиканите парнични трошоци, речиси никогаш во целост не се репарира целата материјална штета којашто му е предизвикана на парничарот во текот на постапката. Со осудата за надомест на трошоците често не се покрива ниту целата позитивна или проста штета (*damnum emergens*) која е настаната со абузивното вршење на процесните права, а испуштената корист (*lucrum cessans*) никогаш не е опфатена со надоместувањето на парничните трошоци. И не само тоа, при одлучувањето за надомест на парничните трошоци, судот никогаш не ја зема предвид и нематеријалната или морална штета која едниот парничар ја претрпел поради несовесното, абузивно и шиканозно постапување на својот противник. Види повеќе кај А. Маркићевић, *Поштење и савесност у грађанској парници*, Нови Сад 1972, стр. 111–112.

[10] Неизвесноста во врска со исходот на спорот, несигурноста, губењето на време, грижата на парничарот, повредата на неговиот углед, шиканирањето од страна на неговиот противник не можат да се третираат како трошоци настанати по повод или во текот на парницата, ниту пак, можат да се сметаат за репарирани преку досудување на парничните трошоци. Така, Г. Станковић, *Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења*, Бранич, Часопис Адвокатске коморе Србије, број 3–4/2004, стр. 43.

нични трошоци, туку и другата имотна штета што е нанесена со таквото постапување.[11] Ако го земеме за правилно ваквото резонирање, тогаш би можеле да кажеме дека доколку во една конкретна ситуација, абузивното постапување резултира и со причинета штета за парничниот противник, очигледно е дека постои потреба таквата повреда да се санира, а штетникот да ја надомести штетата.[12] Ваквото стојалиште го прифаќаме за сосема издржано.[13]

Бидејќи парничната странка може да претрпи и значителна штета како резултат на абузивното постапување на својот противник, а која штета не може да се отстрани со осудата на спротивната странка за надомест на парничните трошоци, на парничарот не му останува ништо друго, освен правната заштита и остварувањето на правото на надомест на штета да го остварува со истакнување на посебно барање за надомест на штета.[14/15]

Нашиот позитивен процесен режим не го регулира прашањето за одговорност за штета предизвикана со злоупотреба на процесните права. ЗПП не содржи одредба со која се признава правото на надомест на штета заради сторена процесна злоупотреба. Тоа право, на изречен начин не го познаваа ниту

---

11 S. Zuglia, *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, str. 121.

12 Повредата на когентна законска забрана да се предизивка штета, автоматски со себе повлекува одговорност за причинетата штета. Така, Г. Становић, *Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења...*, op. cit., стр. 42.

13 Иако на маргините на интересот, речиси сите процесуалисти на југословенската и постјугословенската доктрина ја зафаќаат материјата за надомест на штета заради злоупотреба на процесните овластувања и даваат потврден одговор во однос на прашањето дали надоместот на штета се третира како една од мерките на репресивниот механизам за санкционирање и сузбивање на процесната злоупотреба. Види М. Марковић, *Теорија грађанског...*, op. cit., стр. 114, M. Marković, *Građansko procesno pravo*, knjiga prva, sveska 1, Beograd, 1957, str. 137, A. Lazarević, *O zloupotrebi prava i njenom pojmu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 1-2/1960, str. 49, J. Juhart, *Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije*, Ljubljana, 1961, str. 74, B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1999, str. 146, S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004, str. 205, Д. Палачковић, *Парнично процесно право*, Крагујевац, 2004, стр. 42, Г. Станковић, *Грађанско процесно право, прва свеска, грађанско парнично процесно право*, Ниш, 2007, стр. 248, А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2009, стр. 168, Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, Београд, 2010, стр. 140, А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право*, Скопје 2012, стр. 122.

14 Така, Г. Станковић, *Несавесно парничење и мере за спречавање злоупотребе процесних овлашћења*, Српско право – некад и сад, 2007, стр. 128.

15 Тука треба да се потенцира дека барањето за надомест на штета како посебна мерка за санкционирање на процесната злоупотреба во однос на другите мерки од репресивниот инструментариум, претставува средство кое обезбедува најсоодветна сатисфакција во однос на засегнатата странка. Ова го велиме од причина што изречената паричната казна, како репресивна мерка, не ѝ се плаќа на оштетената странка, туку оди во корист на државата како казна заради шиканирање на судот, а досудувањето на парничните трошоци не е идентично со досудувањето на надомест на штета, бидејќи сите издатоци направени поради водење на спорот понекогаш не можат да се намират и да се надоместат преку парничните трошоци.

неговите претходници, процесните закони од 1998[16], 1977[17] и 1956[18] година.

Со новелата на ЗПП од 2010 година во процесниот закон се внесе одредба која предвидува дека странката на која ѝ е причинета штета со несовесно вршење на доставувањето, има право да бара надоместок на штета од лицето кое го вршело доставувањето, на начин што е предвидено дека во пендентната парница странката може да бара од судот да ѝ ги надомести зголемените трошоци на постапката согласно општите правила за надоместок на штета. Тоа не го исклучува правото на странката во друга постапка со тужба да бара надоместок на штета причинета со несовесно вршење на доставувањето.[19] Имајќи ја предвид оваа одредба, може да се забележи дека нашиот законодавец само во еден сегмент на процесното делување на изречен начин ја нормираше можноста за надомест на штета, и тоа само кај несовесното доставување на писмена.

Идејата за репарирање на повредениот парничар по пат на досудување на определен износ на име материјална, односно нематеријална штета настаната како последица на абузивните маневри на неговиот опонент, е идеја која егзистирала и била изречно нормирана во нашето процесно законодавство. Во § 504 од Законот за судските постапки во граѓанските парници од 1929 година[20] беше регулирано правото на надомест на штета заради обесно парничење како едно самостојно субјективно право.[21] Според предметната одредба, право да бара надомест на штета е парничарот кој претрпел штета, а должник е обесниот парничар кој постапката не ја водел лојално (ја водел „очигледно од обест“). Неколку битни претпоставки се врзуваат за одговорноста за надомест на штета според § 504: 1) можноста да се бара надомест на штета, процесниот закон ја врзувал за победничката странка во спорот, независно кој успеал во спорот, дали тужителот или тужениот; 2) како обесен парничар можел да се оквалификува само оној што го загубил спорот; 3) да постои штета којашто ја предизвикал обесниот парничар, а која го надминува износот на досудените парнични трошоци; и 4) да постои предлог за надомест на штета поднесен од странката која успеала во спорот.

---

16 „Службен весник на Република Македонија“ бр. 33/98 и 44/02.

17 „Службени лист СФРЈ“ бр. 4/1977, 36/1977, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990 и 35/1991.

18 „Службени лист ФНРЈ“ бр. 4/1957, 52/1961 и „Службени лист СФРЈ“ бр. 12/1965, 1/1971, 23/1972 и 6/1974.

19 Чл. 125 ст. 6 од ЗПП.

20 „Službene novine“ br. 179 – LXXV од 3 август 1929 година.

21 § 504 од ЗСПГП од 1929 година: Ако судот најде дека странката која е победена во постапката ја водела постапката очигледно од обест, судот може, на предлог на победничката странка, да ја осуди, на странката која победила како отштета, да ѝ плати износ кој одговара на околностите. Одредбата иако имаше материјалноправен карактер, беше содржана во процесниот закон. Во теоријата се оспорува местото на оваа одредба во системот на процесните норми бидејќи според својата природа истата припаѓа во сферата на материјалното право.

Во недостиг на експлицитна одредба која би го уредувала прашањето за надомест на штета како мерка за санкционирање на процесната злоупотреба, некој оправдано може да се запраша дали според нашиот правен систем постои должност за надомест на штета која еден од парничарите ја предизвикал на својот противник со злоупотреба на процесните права во текот на една конкретна парница?

Одговорот е потврден. Барањето за надомест на штета заради злоупотреба на процесните права треба да се третира како секое друго отштетно побарување и во тој поглед ќе важи принципот на општа одговорност за причинета штета. Правото на надомест на штета ќе се оствари според општите начела на облигационото право.[22]

Во однос на остварување на правото на надомест на штета настаната како резултат на злоупотреба на процесните права, од процесен аспект се поставуваат неколку значајни прашања: како и на кој начин ќе се оствари правото на надомест на штета, каква природа има поставеното правозаштитното барање, каква треба да биде формата на парничното дејствие со кое странката може во рамките на парничната постапка да го оствари своето право на надомест на штета заради злоупотреба на процесните права, односно која е процесната форма на барањето за надомест на штета и кога може да се постави барањето за надомест на штета, дали во пендентната парница или со иницирање на посебна парнична постапка.

Според својата природа, барањето за надомест на штета е барање за осуда на определено чинење. Барањето за надомест на штета причинета со злоупотреба на процесните права се остварува во рамките на системот на парничната процедура. Како активно легитимирана за поставување на предметното правозашитно барање може да се јави секоја странка, и тужителот и тужениот, независно од нивниот успех во спорот и конечниот исход на парницата. Ова го велиме од причина што секоја странка може да ги злоупотреби своите процесни права – тоа може да го направи и странката која го изгубила спорот, но и онаа која успела во спорот. Според тоа, и странката која во целост успеала во спорот, доколку при вршењето на своите процесни права постапувала абузивно и со тоа и предизвикала штета на спротивната странка, должна е настаната штета да ја надомести.

Барањето за надомест на штета се смета за главно кондемнаторно ба-

---

[22] Правото на надомест на штета произлегува од фактот дека е предизвикана штета која настанала во текот на една парница, и во тој поглед меродавни ќе бидат одредбите од облигационоправен карактер. Така, Г. Станковиќ, *Репресивни мерки поради злоупотреба на процесните овластувања*, Зборник на трудови од меѓународен симпозиум "Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација", том 2, Скопје, 2004, стр. 257, Т. Зороска Камиловска, *Начело на совесно користење на процесните овластувања во парничната постапка*, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први" во чест на Стефан Георгиевски, Скопје, 2009, стр. 173.

рање. Ова барање не се вбројува во листата на споредни барања, туку претставува самостојно барање, со самостоен правен основ. За барањето за надомест на штета заради злоупотреба на процесните права судот одлучува со пресуда.

Помеѓу процесуалистите дискутабилно е прашањето за начинот на остварување на правото за надомест на штета во однос на парничното дејствие со кое може да се остварува барањето за надомест на штета и временскиот момент во кој може да се постави истото. Дали барањето за надомест на штета може да се истакне во текот на истата парница во која дошло до злоупотреба на процесните права или тоа треба да се направи со покренување на посебна парнична постапка. Оваа дилема се отвора токму поради тоа што нема изречна одредба која го уредува прашањето за правото на надомест на штета заради злоупотреба на процесните права.[23]

Сметаме дека не постои пречка барањето за надомест на штета да се остварува во пендентната парница.[24] Имајќи предвид дека барањето за надомест на штета го квалификуваме како главно кондемнаторно барање поставено во постојната парница, во зависност од тоа кој субјект го покренува тоа барање, дали е тоа тужителот или тужениот, таквото барање може да се истакне преку различни парнични дејствија. Тужителот може да го истакне барањето за надомест на штета, покрај постојното тужбено барање, што значи дека предметното барање ќе се изрази преку институтот преиначување на тужба. Тужениот, од друга страна, може барањето за надомест на штета да го формулира во вид на противтужба.

Тука се отвора прашањето дали барањето за надомест на штета може да биде формулирано во вид на противтужба, имајќи предвид дека процесниот закон предвидува посебни претпоставки за допуштеноста на противтужбата. Тука пред сè мислиме на конекситетот помеѓу тужбеното и противтужбеното барање. Во таа насока, дали може да се смета дека барањето за надомест на штета настаната како последица на злоупотреба на процесните права е во врска со барањето поставено во тужбата?

---

23 Според *Triva* и *Dika* барањето за надомест на штета може да се остварува во посебна парница, доколку на оштетената странка не можела да ѝ биде надоместена штетата според правилата за надомест на парничните трошоци (S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 205). Според *Poznić* и *Rakić Vodinelić*, иако процесниот закон не предвидува изречна можност барањето да се постави во текот на постапката, недостатокот на таквата одредба не треба да се земе како пречка (B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, op. cit., str. 146).

24 Во прилог на ова стојалиште особено говорат причините за концентрација и економичност на самата постапка. Многу полесно може да се докажува и да се утврдува настаната штета во самата парница во која истата и настанала, отколку во посебна парница која би се иницирала заради надомест на сторената штета. Така и B. Čalija, Zloupotreba prava u građanskom postupku“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XII, 1964, str. 254.

Сметаме дека овие две барања се во врска и дека следствено на тоа барањето за надомест на штета може да биде остварено со конексна противтужба. Ова размислување го поткрепуваме со ставот дека злоупотребата на процесните права се јавува како последица на обидот на парничните странки со сите расположливи механизми да го добијат спорот. Во конкретниот случај, не постои аргумент против барањето да не биде поставено во вид на противтужба, особено ако имаме предвид дека до злоупотреба на процесните овластувања од страна на тужителот доаѓа токму поради тоа што тужителот го „брани" тужбеното барање и се обидува истото да го одржи, иако истиот знае дека таквото барање е неосновано или дека правото кое сака да го оствари во парницата не му припаѓа.[25]

Секако, на засегнатиот процесен субјект секогаш му е отворен патот за иницирање на посебна парнична постапка во која ќе го остварува правото на надомест на штета.

Кога станува збор за нашиот процесен систем и можноста во пендентната парница да се постави барање за надомест на штета настаната во истата парница како резултат на абузивните процесни активности, имаме малку покомплицирана ситуација имајќи го предвид позитивниот процесен режим во однос на дозволеноста на преиначувањето на тужба и на противтужбата, како посебни процесни институти. До донесувањето на ЗПП од 2005 година состојбата беше јасна, од едноставна причина што овие парнични дејствија можеа да се активираат до заклучувањето на главната расправа. Сегашниот процесен режим предвидува дека преиначување на тужба и противтужба се парнични дејствија кои треба да се преземат најдоцна до првото рочиште за главна расправа.[26] Само по исклучок, преиначувањето на тужба, односно поднесување на противтужба е можно до заклучувањето на главната расправа, ако судот дозволил преиначување на тужба и без постоење на согласност на тужениот, доколку сметал дека тоа било целесообразно за конечно решавање на односите меѓу странките.[27]

Се чини дека ваквото решение би можело да остави простор барањето за надомест на штета заради злоупотреба на процесните права да може да

---

[25] Во југословенската процесна доктрина ова прашање го отвора *Zuglia*, кој дава потврден одговор во однос на тоа дека барањето за надомест на штета е во врска со тужбеното барање. Види, S. Zuglia, op. cit., str 124.

[26] Види чл. 179 ст. 1 и чл. 180 ст. 1 од ЗПП. Имајќи ги предвид предметните одредби, правото на надомест на штета странките би можеле да го остваруваат во пендентната парница само за оние абузивни постапувања кои биле преземени до првото рочиште за главна расправа. Така и Т. Зороска Камиловска, Начело на совесно користење на процесните овластувања..., op. cit., стр. 174

[27] Чл. 180 ст. 2 во врска со чл. 179 ст. 2 од ЗПП, кој предвидува дека до заклучување на главната расправа, противтужба може да се поднесе само со согласност на тужителот, а без негова согласност само кога судот до заклучување на главната расправа дозволил преиначување на тужбата иако тужениот се противел на тоа.

се истакне до заклучување на главната расправа во пендентната парница. Ова особено го потенцираме во однос на положбата на тужителот, доколку тој го постави барањето за надомест на штета, а судот смета дека неговото барање е издржано, земајќи ги предвид сите околности во однос на текот на постапката и однесувањето на тужениот, да дозволи преиначување, бидејќи во таков случај би било целесообразно да се решава и за барањето за надомест на штета заради абузивните активности на тужениот, имајќи предвид дека тоа секако ќе влијае на конечно решавање на односите помеѓу странките.

Доколку не се искористат процесните можности во текот на постојната парница или доколку не постојат услови за тоа, имајќи го предвид построгиот процесен режим за преиначување на тужба, односно поднесување на противтужба, оштетената странка има право во посебна постапка да го остварува правото на надомест на штета заради злоупотреба на процесните права, која постапка ќе се води според правилата на општата парнична постапка.[28]

Своето право на надомест на штета странката ќе мора да го оствари со иницирање на посебна парница секогаш кога процесната злоупотреба се случила во текот на второстепената постапка.

Како и кај секое правозаштитно барање за надомест на штета, оштетениот е должен да докаже дека претрпел штета. За да се досуди надоместот на штета, оштетената странка треба да докаже дека постоела абузивна процесна активност и дека како резултат токму на таа активност настанала штетата. Настанатата штета може да биде како материјална, така и нематеријална.

Штетата која настанала како последица на злоупотреба на процесните права, се манифестира како намалување на материјалните и моралните користи што едно определено право ги има за неговиот титулар. Настанатата материјална штета, која може да значи намалување на имотот или спречување на неговото зголемување, по својот обем, редовно е повисока од материјалните издатоци кои странките ги имале во текот на постапката, така што не може во целост да се репарира преку надоместувањето на парничните трошоци. Од друга страна, надоместувањето на нематеријалната штета значи воспоставување на нарушениот мир и спокојство на оштетениот парничар, кој бил предмет на шикана и вознемирување од страна на својот противник. Со репарација на нематеријалната штета се воспоставува поранешната психичка состојба на оштетениот парничар, со што парничарот ја добива потребната сатисфакција заради претрпената штета настаната поради абузивното однесување на парничниот противник.[29]

---

[28] Во таа насока, доколку за еден конкретен спор се постапува според правилата на некоја од посебните парнични постапки, правото на надомест на штета нема да може да се оствари во пендентната парница.

[29] Така, А. Маркићевић, *Поштење и савесност у...*, op. cit., стр. 118 и Г. Станковић, *Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења...*, op. cit., стр. 44-45.

Истражувањето спроведено во врска со ова правно прашање покажува дека правото на надомест на штета заради злоупотреба на процесните права, како мерка за санкционирање на процесната злоупотреба, многу ретко се среќава во судската практика.[30]

Со оглед на карактеристиките и специфичностите на мерките од репресивниот инструментариум, на крајот би можеле да посочиме неколку разлики помеѓу паричната казна како мерка предвидена со процесното право и надоместот на штета заради злоупотреба на процесните права.

Можеби најзначајната разлика лежи во идентификувањето на интересите што треба да се заштитат во двата случаи. Отштетното право ги штити интересите на странката која била втурната во шиканозна парница, односно субјектот кон којшто било насочено абузивното постапување, кое резултирало со штета. Процесното право, првенствено е насочено кон заштитата на судскиот систем. Ова го потврдува и фактот што паричните казни кои се изрекуваат против несовесните парничари, се наплатуваат во корист на државата, а не во корист на спротивната странка. И двата пристапи можат да бидат предмет на критика поради нивната непотполност имајќи предвид дека не успеваат истовремено да го заштитат и јавниот и приватниот интерес.

Втора разлика која можеме да ја издвоиме, е фактот што процесното право при осудата на несовесниот парничар повеќе се концентрира на губитокот на време и неекспедитивноста на постапката, додека отштетното право е насочено кон штетата која настанала како последица на сторената злоупотреба во текот на постапката.

Во случај на злоупотреба, процесното право ја обезбедува заштитата во пендентната парница, додека, отштетното право, по правило претпоставува иницирање на дополнителна парница во која ќе се расправа за настанатата штета како последица на абузивните маневри во текот на постапката, освен ако не се создадат услови отштетното побарување да биде остварено во парницата што е во тек.

Процесното право е поадаптибилно за разлика од отштетното право. Имено, во процесното право во континуитет се предвидуваат новини во однос на заострување на процесната дисциплина и механизмите за спречување на злоупотребата на процесните права.

---

[30] При анализа на судската практика, не успеавме да најдеме ниту една судска одлука која се однесува на правото на надомест на штета заради злоупотреба на процесните права. Во таа насока се отвора прашањето дали странките воопшто немаат непријатни искуства и не се изложени на шикана при водење на судските спорови, па поради тоа не иницираат посебни постапки за надомест на штета, или странките поради незнаење не се користат со ова правно средство за отстранување на последиците од процесната злоупотреба. На мислење сме дека втората претпоставка е поверојатна, од причина што во ниту еден нормативен пропис не е содржана одредба која ја дозволува оваа можност, иако ова право во недостиг на изречна одредба може да се оствари според правилата за општата одговорност за надомест на штета предизвикана со малициозно или ненормално вршење на правото.

3. НАМЕСТО ЗАКЛУЧОК

Тргнувајќи од тоа дека злоупотребата на процесните права несомнено претставува една недопуштена активност, „цивилен деликт" кој со себе ја повлекува и должноста за надомест на евентуално причинетата штата, сметаме дека постои потреба процесниот закон да се збогати со уште еден репресивен механизам – експлицитно нормирање на правото да се бара надомест на штета настаната како резултат на злоупотреба на процесните овластувања. Во тој контекст, би требало да се воведе законско решение кое би предвидувало дека странката на која ѝ била причинета штета, заради злоупотреба на процесните овластувања, независно од исходот на спорот, да може во пендентната парница или со иницирање на посебна парнична постапка да бара од судот да и се надомести штетата настаната како последица на абузивните процесни активности преземени од страна на нејзиниот противник. Иако станува збор за норма која е од материјалноправен карактер, сметаме дека нејзиното место сепак, би требало да биде во рамките на системот на процесните норми, имајќи ја предвид специфичноста на барањето за надомест на штета, токму од причина што истата се бара заради злоупотреба на процесните овластувања. Некој, можеби и нема да се согласи со ова размислување. Но, без оглед на тоа во кој закон ќе биде регулирана оваа репресивна мерка, не смее да се оспори оправданоста на постоењето на една ваква одредба со која на експлицитен начин едно лице се обврзува да ја надомести штетата која некој ја претрпел заради неговото обесно и злонамерно парничење.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА:

1. Д. Аранђеловић, Грађанско процесно право Краљевине Југославије, прва књига, Београд, 1932;
2. Т. Зороска Камиловска, Начело на совесно користење на процесните овластувања во парничната постапка, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први" во чест на Стефан Георгиевски, Скопје, 2009;
3. S. Zuglia, Građanski parnični postupak FNRJ, Zagreb, 1957;
4. А. Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2009;
5. А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, Граѓанско процесно право, книга прва, парнично право, Скопје, 2012;
6. J. Juhart, Civilno procesno pravo FLR Jugoslavije, Ljubljana, 1961;
7. Р. Кеча, Грађанско процесно право, Београд, 2010;

A. Lazarević, O zloupotrebi prava i njenom pojmu, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 1-2/1960;

8. А. Маркићевић, Поштење и савесност у грађанској парници, Нови Сад 1972;
9. M. Marković, Građansko procesno pravo, knjiga prva, sveska 1, Beograd, 1957;
10. М. Марковић, Теорија грађанског парничног поступка, свеска прва, Београд, 1948;
11. Д. Палачковић, Парнично процесно право, Крагујевац, 2004;
12. B. Poznić, V. Rakić Vodinelić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1999;
13. Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007;
14. Г. Станковић, Накнада штете због злоупотребе процесних овлашћења, Бранич, Часопис Адвокатске коморе Србије, број 3–4/2004;
15. Г. Станковиќ, Репресивни мерки поради злоупотреба на процесните овластувања, Зборник на трудови од меѓународен симпозиум "Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација", том 2, Скопје, 2004;
16. S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb 2004;
17. B. Čalija, Zloupotreba prava u građanskom postupku", Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XII, 1964;
18. Закон за парничната постапка („Службен весник на Република Македонија" бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010 и 124/2015);
19. Закон за парничната постапка од 1998 година („Службен весник на Република Македонија" бр. 33/98 и 44/02);
20. Закон за процесната постапка од 1977 година („Службени лист на СФРЈ" бр. 4/1977, 36/1977, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990 и 35/1991);
21. Законот за парничната постапка од 1956 година („Службени лист ФНРЈ" бр. 4/1957, 52/1961 и „Службени лист СФРЈ" бр. 12/1965, 1/1971, 23/1972 и 6/1974);
22. Закон за судските постапки во граѓанските парници од 1929 година („Službene novine" br. 179 – LXXV od 03 avgusta 1929.godine).

Assoc. Prof. Dr.sc Milka Rakochevic[31]

COMPENSATION FOR DAMAGE CAUSED BY ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS IN CIVIL LITIGATION

Summary

The paper discusses the issue of compensation for damage caused by the abuse of procedural rights as a measure within the oppressive apparatus for sanctioning the abuse of process in civil proceedings, which issue is, unlike others related to the idea of prohibition of abuse of rights within the system of civil procedure, the least treated in the procedural doctrine. The author deals with procedural aspects of certain essential issues that are important in the context of the matter concerned, highlighting the nature of the claim for damages caused by the abuse of process, the manner this right is realized (whether in the pending litigation or by initiating a separate civil procedure), the procedural form of the claim for compensation of damages, etc.

Key words: *civil litigation, abuse of procedural rights, compensation for damage.*

[31] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Катерина Шапкова Коцевска[1]

ФРЕДЕРИК БАСТИЈА: ЗАБОРАВЕНИОТ ВЕЛИКАН НА ФРАНЦУСКИОТ КЛАСИЧЕН ЛИБЕРАЛИЗАМ

УДК: 329.12(44)
330.1Бастија, Ф.
1.02 Прегледна научна статија

The law perverted!
And the police powers of the state perverted along with it!
The law, I say, not only turned from its own proper purpose
but made to follow an entirely contrary purpose!
The law become the weapon of every kind of greed!
Frédéric Bastiat, The Law[2]

Резиме

Фредерик Бастија е француски автор од областа на класичната економска доктрина, кој живее и твори во првата половина на XIX век. Бастија е релативно непознат за академската јавност и поширокатa читателска публика во Македонија. Овој автор не е вклучен во наставните програми на високообразовните институции кои изведуваат наставно-научна дејност од областа на економските науки. Исто така, досега не е преведено ниту едно дело на македонски јазик, како би се доближиле неговите слободољубиви идеи до пошироката јавност во земјата. Од овие причини, овој труд го сметаме за оригинерен обид да се претстават главните нишки на творештвото на Фредерик Бастија, како и да се синтетизираат неговите носечки идеи од областа на политичката економија. Крајната цел кон која стреми трудот, е преку подготовката на систематски и научен приказ на економското наследство на овој ценет француски автор, да се запознаат заинтересираните читатели со фигурата на Фредерик Бастија и пошироко да се дисеминираат неговите идеи.

[1] Вонредна професорка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[2] F. Bastiat, The Law. (Auburn, Alabama, Ludwig von Mises Institute 2007).

Клучни зборови: *Фредерик Бастија, приватна сопственост, државен интервенционизам, слободен пазар.*

Вовед

Фредерик Бастија е француски класичен либерален автор од XIX век кој својот живот го има посветено на докажување дека слободата е највисок идеал кон кој се стремат општествата и дека владите, т.е. државите, немаат никакво морално право или ингеренција, ниту пак, имаат капацитети преку ограничување на индивидуалните слободи и различни форми на интервенција и протекционизам да обезбедат услови за прогрес и просперитет. Шумпетер за него ќе напише дека е „најбрилијантниот економски новинар кој некогаш живеел“.[3] Самиот Фридрих фон Хајек, еден од интелектуалните авторитети на австриската економска школа и добитник на Нобеловата награда за економски науки во1974 година, е автор на предговорот на едно од изданијата одбрани есеи од Бастија.[4]

Бастија е релативно непознат за академската јавност и пошироката читателска публика во Македонија. Овој автор не е вклучен во наставните програми на високообразовните институции кои изведуваат наставно-научна дејност од областа на економските науки. Исто така, досега не е преведено ниту едно дело на македонски јазик, како би се доближиле неговите слободарски идеи до пошироката јавност во земјата. Од овие причини, овој труд го сметаме за оригинерен обид да се претставaт главните нишки на творештвото на Фредерик Бастија, како и да се синтетизираат неговите носечки идеи од областа на политичката економија. Крајната цел кон која стреми ова авторско дело е преку подготовката на систематски и научен приказ на економското наследство на овој ценет француски автор, да се запознаат заинтересираните читатели со фигурата на Фредерик Бастија и пошироко да се дисеминираат неговите идеи.

Трудот обработува неколку аспекти од животот и творештвото на Бастија. На почетокот е даден краток увид во биографските податоци за животот на овој француски автор. Понатаму, во вториот дел од трудот се зборува за неговата публицистичка дејност и вредност. Третиот, воедно носечки дел на овој труд, го претставува наследството на Бастија за економската мисла и економската историја. Иако, посочениот автор има широк опус на интерес, фокусот на овој дел е ставен врз неколку фундаменти врз кои се темели неговото творештво: значењето на приватната сопственост како базична економска ин-

---

[3] C. Rodrıguez Braun, and M. Blanco, “Bastiat as an Economist”, 15(3), The Independent Review (2011), стр. 421 на стр.421.

[4] F. A. Hayek, “Foreword”, in C. Ruper, ed, The Economics of Freedom: What Your Professors Won’t Tell You (Arlington, Students for Liberty 2009) стр. xiii.

ституција, прашањето за оправданоста на користењето на интервенционистички мерки со цел намалување на невработеноста, дискусијата за потребата од слободна меѓународна размена и критика на протекционизмот, користењето на логички методи во анализата, како и обидот за изградба на кохерентна монетарна политика. Конечно, изведените заклучоци се поместени кон крајот на трудот.

1. Личен и професионален живот

Фредерик Бастија потекува од Бајон, кое своевремено претставувало мало и сиромашно гратче од Југозападна Франција. Роден е на 29 јуни 1801 година. Татко му, Пјер Бастија, бил истакнат трговец во тоа време. Во 1807 година, починува мајката на Фредерик, по што тој и неговиот татко се преселуваат во градот Мугрон во внатрешноста на земјата. Пјер Бастија починува не многу долго по преселбата, поточно во 1810 година. Деветгодишниот Фредерик ги губи мајка си и татка си за неполни три години и останува сирак. Грижата за него ја презема неговата тетка, Жустин Бастија.

Додека уште живее во Бајон, Фредерик почнува да ги совладува воведните вештини (читање, пишување и аритметика) и добива солидна основа за христијанската доктрина. Сепак, формалниот процес на образование го започнува во Сен Север, а подоцна продолжува на Бенедиктинскиот колеџ во Сорез, каде успева да го совлада и усоврши користењето на англискиот јазик. Фредерик го напушта училиштето на свои 18 години и се враќа во Бајон да работи во фирмата во која претходно татко му бил партнер.

Иако бил надвор од формалниот образовен систем, амбицијата за интелектуален раст и надградба на Фредерик Бастија не згаснала. Напротив, тој со огромна љубов и посветеност се насочува кон читање и проучување на различни дела, пред сè, од областа на политиката, историјата, географијата, математиката и др. Посебен интерес, кој ќе го негува до крајот на животот, кај Бастија предизвикувала политичката економија. Во ова време тој се запознава со делата и работата на Жан Батист Сеј и Адам Смит. Не многу подоцна, се зачленува во една група за дискусија од Бајон каде членуваат млади интелектуалци. На средбите на оваа група, тој почнува јавно да ги брани аргументите на Сеј и Смит кои се однесуваат на потребата од слободна меѓународна размена и економска слобода, воопшто.

Бастија имал амбициозни планови да го продолжи своето формално образование. Сонувал да се пресели во Париз со цел да продолжи да студира. Неговата желба не успеала да се реализира, бидејќи во 1824 година бил повикан од страна на неговиот изнемоштен дедо да се врати и да му помага со секојдневните обврски. Во оваа година Бастија се сели повторно во Мугрон, каде ќе живее во наредните дваесетина години од неговиот живот.

Во 1825 година поради смртта на дедо му, на Фредерик му е доделена функцијата да управува со семејниот имот во Мугрон. На негови ненавршени 30 години стапува во брак со Мари Хирд, по инсистирање на нејзиното семејство.[5]

Политичката кариера на Бастија започнува во 1830 година, непосредно по крајот на револуцијата. Така во 1831 година тој бил избран за мировен судија во Мугрон, а во 1832 година влегува во Генералниот совет во Ланд. По завршувањето на револуцијата од 1848 година, Бастија е избран за пратеник во француското собрание.

Личниот и професионалниот подем на овој француски автор е окончан од ненадејната смрт на 25 декември 1850 година. Тој се разболува од туберкулоза на една од неговите тури низ Франција каде ги промовира сопствените либерални политички ставови. По неуспешното кратко лекување во Рим, Италија, тој починува на релативно млада возраст од 49 години. Вечното почивалиште на Бастија се наоѓа на гробиштата на црквата Св. Луј Француски во Рим.[6]

2. Литературниот опус на Фредерик Бастија

Иако зад себе има оставено само неколку наслови на книги, односно есеи, Бастија се смета за еден од поплодните и ангажирани автори на своето време. Неговата творечка кариера почнува во 1845 година, кога ја издава неговата прва книга со наслов „*Економски софизми*“[7]. Всушност, ова издание претставува збирка од кратки есеи со една заедничка нишка – да го претстават неуспехот на државната интервенција, како и да укажат на отсуството на потреба од истата. Најпознат есеј од оваа колекција е текстот „Петиција на производителите на свеќи“.[8] Она што ја прави оваа збирка посебна и ја сместува во класиците на економската литература, е препознатливиот стил на Бастија кој изобилува со мноштво сатира, хумор, досетки и дијалози употребени во насока да се банализираат неизградените аргументи присутни во јавниот дискурс за потребата од протекционизам и државна интервенција и да се доведат истите до апсурд.

Второто дело кое го пишува Бастија е „*Правото*“. Овде тој ја претставува неговата политичка филозофија. Во основа, Бастија е силен поддржувач на

[5] G. Charles Roche III, Frederik Bastiat A Man Alone, 1st edition. (New Rochelle, New York, Arlington House 1971) стр. 24.

[6] Ibid.

[7] F. Bastiat, Economic Sophisms, trans. Arthur Goddard, introduction by Henry Hazlitt (Irvington-on-Hudson: Foundation for Economic Education, 1996). Достапно на: http://oll.libertyfund.org/titles/276 [пристапено на 10 јуни 2017 година].

[8] Оригиналниот наслов на ова дело на англиски јазик гласи: „Petition from the Manufacturers of Candles, Tapers, Lanterns, sticks, Street Lamps, Snuffers, and Extinguishers, and from Producers of Tallow, Oil, Resin, Alcohol, and Generally of Everything Connected with Lighting“.

тезата за постоење на природни права. Во ова дело Бастија ги испитува последиците со кои се соочуваат општествата во ситуација кога доаѓа до злоупотребата на правото и законите во насока да се контролира и потчини населението од страна на владејачките елити.

Во „*Економски хармонии*“, пак, Бастија ги презентира сопствените аргументи и гледишта поврзани со функционирањето на пазарниот систем. Слично на Смит, дел од аргументацијата за слободно функционирање на пазарите ја оправдува повикувајќи се на личниот интерес, како ултимативен мотив кој ги детерминира човековите интеракции. Базичните вредности на овој систем почиваат врз личниот интерес, приватната сопственост и слободната размена. Целта пак, на пазарниот механизам е да обезбеди највисока можна корист за потрошувачите. За разлика од останатите класични автори, кај Бастија отсуствува ставот дека размената и пазарите постојат со цел да обезбедат зголемување на богатството, во смисла на материјалното богатство, односно како што ќе го формулира Смит – богатството на народите.

По прераната смрт на Бастија, постхумно се објавува уште една збирка од негови есеи и памфлети насловена „*Одбрани есеи за политичка економија*“. Според некои автори ова се можеби најдобрите дела напишани од него.[9] Посебно внимание заслужува делото „Државата“ каде Бастија посветува должно внимание на елаборација на механизмите за неоправдано пренесување на товарот на даночните обврзници.

Едно од најпрепознатливите и најчесто цитираните дела од оваа збирка е „Она што е видливо и она што не се гледа“.[10] Овде, на едноставен и духовит начин, меѓутоа со хируршка прецизност и без заобиколувања, Бастија анализира хипотетичка ситуација која ги разгледува економските ефекти во случај кога државата интервенира, наспроти случајот кога размената се одвива слободно и доброволно. Есејот, впрочем, претставува негативна критика на определбата да се земат предвид само директните ефекти при креирањето и водењето на економските политики, или во поширока смисла секој облик на државна интервенција. Според Бастија, ова се ефектите што се видливи. Апсурдноста во ваквиот пристап Бастија ја гледа во игнорирањето на невидливите околности, односно пропуштената корист која индивидуите би ја добиле доколку „прозорецот воопшто не би бил скршен на почетокот“.

Стилот на пишување на Бастија се карактеризира со интензивно користење на различни стилски средства, изобилство од хумористични примери и ironични дијалози. Друга специфика е тоа што авторот посебно претпочита да го користи методот на логичка дедукција при изведувањето на заклучоците. Затоа

[9] S. Richman, Annotated Bibliography of Frédéric Bastiat. Достапно на: http://www.econlib.org/library/Bastiat/BastiatBib.html#footnote1 [пристапено на 15 јуни 2017 година].

[10] Оригиналниот назив на делото издадено на француски јазик гласи „*Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas*“. На англиски јазик официјалниот наслов на овој есеј е „What is seen, and what is not seen”.

не изненадува фактот што Бастија е читан и респектиран автор од страна на голем број економисти, новинари, историчари и останатата читателска публика повеќе од 160 години по неговата смрт.

3. Наследството за економската наука

Во овој дел од трудот се синтетизирани размислите околу наследството на Фредерик Бастија од аспект на економската наука. Иако, Бастија во голема мера не го користел научниот метод, туку пишувал и објавувал во популарен стил, сепак во неговото творештво се обработуваат теми кои се однесуваат на принципите на економијата и насоките за водење на економската политика.

Нашиот став е дека Бастија има оставено автентичен белег врз развојот на економската мисла, посебно во развојот француската класична либерална школа. Во продолжение се презентирани неколкуте области кои ги издвоивме, а во кои цениме дека овој автор понудил сопствен придонес и оставил неизбришлива трага во развојот на модерната економска наука.

3.1. Значењето на приватната сопственост

Бастија е застапник на теоријата за природни права. Тој поаѓа од тезата дека животот, во смисла на физичкото, интелектуалното и моралното живеење, претставуваат дар од Создателот. Истовремено, луѓето имаат обврска да го чуваат, развиваат и усовршуваат овој скапоцен подарок. Природните ресурси претставуваат награда и истовремено средство за луѓето да ја можат да ја остварат оваа цел. Комбинирањето на човековите умеења и способности со ресурсите од природата создава производи кои подоцна луѓето ги користат. Според Бастија, круцијално за определување на човекот е светото тројство живот, способности и ресурси. Животот е приказ на индивидуалноста, способностите се репрезент на човековата слобода, а ресурсите го определуваат принципот на сопственост. Овие три Божји дара, како што ќе ги нарече Бастија, се над секоја индивидуа, било кој водач или политичар и не можат да бидат укинати или ограничени од било кој закон или легислатива. Со други зборови, тие се неотуѓиви и супериорни.

> *„Животот, слободата и сопственоста не постојат поради тоа што човекот создал закони. Напротив, фактот дека животот, слободата и сопственоста постоеле претходно и отсекогаш е првенствена причина зошто луѓето почнале да создаваат закони.“*[11]

[11] Bastiat’s the Law, Introduction by Norman Barry, Occasional Paper 123, (London, Institute of Economic Affairs, 2001) стр. 22.

Сопственоста потекнува од неопходноста луѓето да ги задоволуваат нивните желби и потреби исклучиво преку непрекинат труд. Но, постои и друг начин за задоволување на желбите и потребите, а тоа е преку присвојување и консумирање на производите кои биле создадени преку трудот на другите луѓе. Овој процес, Бастија го нарекува „потеклото на грабежот“. [12]

Проблемот не би постоел, кога луѓето би се воделе од некои повисоки морални стандарди. Но, според Бастија, историјата е сведок дека во природата на човекот е да избегнува бол, а трудот и работењето не се лесни, па последователно тој смета дека кај луѓето се јавува природна тенденција да се тежнее кој грабеж. Оваа тенденција ќе постои се додека грабежот е полесен од работењето.

Целта на законот е да го оневозможи грабежот. Тоа се случува во оној момент кога грабежот станува поскап и поопасен од трудот. Задачата на законот е да ги искористи колективните моќи да се спречи тенденцијата на грабеж наместо работа. Во оваа смисла, сите законски механизми треба да бидат насочени кон заштита на сопственоста и санкционирање на грабежот.

Понатаму, Бастија упатува сериозни критики кон т.н. организираниот „законски грабеж“. Законскиот грабеж се случува поради тоа што креирањето на законите е процес кој не може да биде одвоен од човековата природа, а со оглед на тоа и со склоноста да се отуѓува и користи туѓата сопственост. Креаторите на легислативата не се имуни на човековата природа да чекорат по полесниот пат. Така, често пати во самите законски решенија се случува да бидат вметнати одредби кои дозволуваат да се отуѓуваат и присвојуваат средствата на другите. Поимот „законски грабеж“ го означува организираното одземање на ресурсите во сопственост на едни субјекти и нивно пренасочување кон други преку користењето на законите. Од денешна перспектива, ваквото организирано делување во голема мера потсетува на редистрибутивните политики на прераспределба на доходот. Како облици на „законски грабеж“, Бастија ги наведува царините, субвенциите, прогресивното оданочување, гарантираните профити, минимални плати и сл. Според него, сите протекционистички мерки имаат заеднички својства, односно, не ја почитуваат волјата на сопствениците за отуѓување на нештата, не нудат компензација и не се доброволни.[13]

Бастија ѝ го доделува пиедесталот на приватната сопственоста како централна институција во општествените релации. Како потврда за оваа теза, издвојуваме еден краток цитат од неговото творештво: *„Сопственоста е неопходна последица на човековата природа“.*[14]

[12] Ibid., стр. 25.
[13] F. Bastiat, The Law, Ibid.
[14] Ibid.

3.2. Како да се намали невработеноста?

Прашањето за решавање на проблемот на невработеност е прашање што го окупира Бастија во поширок општествен контекст.[15] Главната дилема кој тој ја поставува е дали вработувањата во државна служба претставуваат продуктивна алтернатива на вработувањата во приватниот сектор.

Сопствените аргументи по однос на поставеното прашање ги гради на примерот на појавата на невработеност како последица од воената демобилизација. Крајот на војната, вообичаено означува демобилизација на голем дел од војниците кои служат во армијата. Доколку овие лица не бидат згрижени, во смисла на вработени од страна на државата, тие лично, а и општеството во целина, ќе се соочат со проблемот на невработеноста.

> *„Доаѓа на ред демобилизацијата. Ми го посочувате вишокот од стотина илјади работници, интензивирањето на конкуренцијата и притисокот кој се создава врз стапките на платите. Тоа е она што е видливо.“*[16]

Меѓутоа, крајот на војната, освен што означува дека државата нема да има потреба од армија војници, означува дека и расходите за воени цели ќе се намалат драстично. Војните се скап проект, организацијата на милитаристичките походи чини многу. Намалувањето пак, на јавните расходи, создава простор да се скусат и приходите, пред сè, даночните приходи кои ги прибира државата. Пониските даноци, од друга страна, ќе доведат до зголемување на расположливиот доход на економските агенти. Повисокиот доход доведува до зголемување на потрошувачката, која пак, е следена со зголемено производство и пораст на вработеноста. Намалувањето на даноците создава повеќекратни користи: го зголемува доходот на граѓаните, а истовремено ги ангажира во економско продуктивни активности лицата кои се повратници од војната.

> *„Конечно, тоа што не го гледате, е дека кога даночните обврзници ги даваат своите пари на војник, во размена за ништо, или на работник, во размена за нешто, сите далекусежни последици од циркулацијата на пари се идентични: само, во вториот случај даночниот обврзник добива нешто, а во првиот случај не добива ништо. Резултатот е загуба за нацијата“*.[17]

---

[15] R. M. Ebeling, Economic Ideas: Frédéric Bastiat On The Law Of Liberty And Free Markets. Достапно на https://www.fff.org/explore-freedom/article/economic-ideas-frederic-bastiat-law-liberty-free-markets/ [пристапено на 28 јуни 2017 година]

[16] F. Bastiat, “What is Seen and What in Not Seen”, in C. Ruper, ed, The Economics of Freedom: What Your Professors Won’t Tell You (Arlington, Students for Liberty 2009) стр. 6.

[17] Ibid.

Да резимираме, политиката насочена кон намалување на јавните приходи, конкретно даноците, е политика која е стимулативна во однос на вработеноста и интеграција на лицата кои биле надвор од пазарот на труд, без да создаде дополнителни трошоци за граѓаните и општеството во целина.

3.3. Ограничувања на меѓународната размена и протекционизам

Бастија е особено ефективен во популаризирање на принципите на слободната пазарна економија. Истовремено, е и жесток критичар на протекционизмот во меѓународната размена и воведувањето на трговски ограничувања.

Домашните производители многу често го користат аргументот дека државата треба да им обезбеди помош и заштита од странската конкуренција со цел да не се зголеми невработеноста. Супституцијата на домашното производство со увезени странски производи ги принудува домашните работодавачи да го намалат обемот на работа и да го редуцираат бројот на работни места. На овој начин протекционистичките мерки обезбедуваат заштита на стандардот на домашниот работник и стабилни работни места.

Бастија посочува дека ваквото резонирање е погрешно и дека отсуствува динамичка компонента при извлекувањето на логичките заклучоци. Имено, странските производители можат да ја искористат заработувачката од продажбата на добра и услуги на домашниот пазар, со цел да набават нови производи од домашните производители. Ова би довело до зголемување на профитабилноста и вработеноста во извозно ориентираните индустрии.

За излишноста од постоењето на протекционистички мерки и апсурдноста на ограничувањето на меѓународната размена, Бастија пишува во неговиот саркастичен есеј „*Петиција на производителите на свеќи*“. Во овој текст е претставена реакцијата на производителите на свеќи, кои негодуваат против делувањето на нивниот странски конкурент обвинувајќи го дека произведува алтернативна форма на светлина со никакви трошоци. Петицијата фактички претставува протест против Сонцето.

> *„Патиме од деструктивната конкуренција од странски ривал кој очигледно работи во далеку посупериорни услови од нашите за производство на светлина и затоа го поплавува домашниот пазар со неверојатно ниска цена; во оној момент кога тој ќе се појави, нашата продажба ја снемува, сите потрошувачи се вртат кон него и индустриската гранка во Франција чии гранчиња се безбројни, е одеднаш сведена на целосна стагнација. Овој ривал, кој не е никој друг освен Сонцето...“* [18]

[18] Ibid., стр. 47.

Производителите на свеќи бараат од владата да донесе указ со кој ќе им нареди на граѓаните да не ги отвораат прозорците во текот на денот, и на тој начин да бидат принудени да купуваат свеќи со цел да ги заштитат работните места во индустријата за производство на свеќи.

> *„Бараме од вас да бидете љубезни и да донесете закон кои ќе се забранат сите прозорци, капандури, ќепенци, внатрешни и надворешни капаци, завеси, прозорски окна, поклопци и ролетни – на кратко, сите отвори, дупки, процепи и пукнатини преку кои сончевата светлина влегува во нашите домови...“*[19]

На овој начин, доведувајќи ја до апсурдност аргументацијата за потребата од државна интервенција во доменот на меѓународната размена, Бастија маестрално ги побива протекционистичките тези во оваа сфера. Извадок од „Петицијата“ е искористен како воведен цитат на поглавјето за протекционизам во еден од најпознатите економски учебници по Втората светска војна, „Економика“ од Пол Семјуелсон.[20] Исто така, ова дело на Бастија претставува инспирација и дава водечки насоки во „Економија во една лекција“ од Хенри Хазлит, една од најпродаваните економски книги во XX век.[21]

3.4. Логичката грешка на скршениот прозорец

Логичката грешка на скршениот прозорец е можеби најпрепознатливиот белег на Фредерик Бастија. Овој есеј е првиот од серијата текстови кои се однесуваат на деструкцијата од државната интервенција и проблемот со опортунитетните трошоци. Бастија користи мошне интересен стил на пренесување на неговите идеи. Практично низ редовите, тој паралелно развива две сценарија. Првото сценарио се однесува на ситуацијата кога синот на добриот граѓанин со симболично име *Џон Гудфела*[22] во својата игра ќе го скрши прозорецот. Во ова сценарио Бастија ги прикажува директните економски користи за општеството и индивидуите при постоење на одредена деструктивна активност. Бастија ова сценарио го нарекува: „Она што е видливо, она што може да се забележи, она што може да се види или воочи“.

[19] Ibid., стр. 48.

[20] N.A., Frédéric Bastiat, The Concise Encyclopedia of Economics. (Library of Economics and Liberty 2008). Достапно на: http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Bastiat.html [пристапено на 1 јуни 2017 година].

[21] H. Hazlitt, Economics in One Lesson (Auburn, Alabama, Ludwig von Mises Institute 2008).

[22] Во слободен превод името на измислениот граѓанин на македонски јазик би било „Добриот граѓанин Џон“.

Аналогијата која се користи во случајот на скршениот прозорец е применлива и на ниво на економските институции во дадена држава.

„Да речеме дека поправката на штетата ќе чини шест франка. ... Стакларот ќе дојде, ќе ја заврши својата работа, ќе добие шест франка, ќе се заблагодари, и во своето срце ќе го благослови палавото момче. Тоа е она што е видливо. Тоа што не се гледа е кога граѓанинот ќе мора да потроши шест франка на едно нешто, тој нема да може да ги потроши истите за нешто друго. Тоа што не е видливо, е дека ако прозорецот немало потреба да биде поправан, тогаш ќе можел да ги промени своите износени чевли или да си купи нова книга за својата библиотека“.[23]

Понатаму, користејќи го индуктивниот метод, Бастија го применува резонирањето на ниво на индустрија.

„Ако прозорецот бил скршен, стакларската индустрија би добила шест франка; тоа е она што е видливо. Ако прозорецот не бил скршен, чевларската индустрија (или некоја друга индустрија) би ги добила шесте франка како поддршка; тоа е она што не е видливо“.[24]

Во крајна линија, во случајот кога настанува некаква деструкција, без разлика дали е со или без намера, доходот на индивидуата се намалува за износот на штетата, а притоа тој не чувствува никаква дополнителна корист или задоволство. Она што е потешко да се воочи, со оглед на тоа што не е лесно видливо, е фактот дека во ситуација кога индивидуата ги троши истите средства за остварување на друга цел во случај кога немало штетен настан, тој чувствува дополнителна корист или задоволство (во случајот на Бастија, користа од новите чевли или задоволството од ново набавената книга). Бидејќи индивидуата е дел од поширок општествен систем, можеме да заклучиме дека општеството губи вредност во случајот кога има непотребна деструкција.

„Да се крши, да се уништува, да се опустошува, не ја поттикнува националната вработеност; или уште пократко: Деструкцијата не се исплати.“[25]

---

[23] F. Bastiat, ‘What is Seen and What in Not Seen’, Ibid., стр. 2.

[24] Ibid, стр. 2–3.

[25] Ibid., 3.

Служејќи се со низа логички методи кои доведуваат до редукција до ниво на апсурдност, тој паралелно го објаснува и спротивниот случај, што би се случило кога прозорецот не би бил скршен. На овој начин, тој успева да докаже дека водењето на економската политика во голема мера претпоставува умешност да се определат и измерат не само директните ефекти, или како што тој ги нарекува – она што е видливо, туку задолжително да се земат предвид и пропуштените алтернативи или она што не е лесно воочливо. Бастија правилно заклучува дека она што е видливо, секогаш не претставува најпосакуван, односно најдобар исход како за индивидуата, така за општеството во целина. На овој начин, Бастија е еден од пионерите на идејата за значењето на опортунитетите трошоци како носечки критериум за определување на оправданоста за носењето на економски одлуки, иако самиот термин опортунитетен трошок е промовиран доста подоцна.[26]

3.5. За парите

Бастија релативно ретко пишува за неговите ставови во врска со парите и монетарниот систем. Систематизиран преглед на неговите размислувања во оваа област е содржан во есејот „Проклети пари" од 1849 година.[27]

Позицијата на Бастија во врска со употребата на банкнотите и депозитните пари може многу едноставно да се определи. Бастија директно посочува дека истите претставуваат измама и не претставуваат никаква замена за полновредните пари. Терминот со кој се послужува во овој дел е „лажни супститути".[28]

Притоа, како ултимативна измама ги посочува книжните пари. Користењето на книжните пари значи дека луѓето разменуваат добра или услуги кои имаат реална вредност со парче хартија кое нема никаква вредност. Неконтролираното печатење и пуштање во оптек на книжни пари неминовно доведува до инфлација, која во крајна линија најмногу ги погодува трговците, земјоделците и работниците, и на тој начин влијае врз зголемување на доходната нееднаквост во земјата.

> *„Снајдените луѓе, брокерите и луѓето од бизнисот, нема да страдаат од тоа;[29] напротив нивната работа е да ги гле-*

[26] Терминот „опортунитетен трошок" прв пат е употребен од страна на австрискиот автор Фридрих вон Визер во 1914 година. Види: Friedrich von Wieser, Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft [Theory of Social Economics] (in German). (1914).

[27] F. Bastiat, Essays on political economy. English translation Revised, with Notes by David A. Wells (G.P. Putnam Sons, 1880) Достапно на: http://davidmhart.com/liberty/AnnotatedBastiat/DamnedMoney.html#toc [пристапено на 10 мај 2017]

[28] Ibid.

[29] Се мисли на намалувањето на вредноста на парите (заб. авт.).

даат флуктуациите на цените, да ги следат промените, па дури и да спекулираат во врска со нив. Но, малите трговци, земјоделците и работниците ќе го сносат целиот товар. Богатите нема да станат побогати, но сиромашните ќе станат посиромашни.“[30]

Бастија отворено заговара и за напуштање на системот на банкарство на принципот на задолжителна резерва[31]. Според него, ваквиот банкарски систем и практики исто така претставуваат огромна измама на целата јавност.[32]

Друга голема заблуда е тоа што често пати не ги разграничуваат парите и богатството. Со ваквиот став, тој се вбројува во авторите кои се жестоки критичари на меркантилистичката идеја дека зголемувањето на количеството пари означува истовремено и акумулација на богатство. Главната функција на парите е тоа што истите претставуваат средство за размена. Меркантилистичката заблуда е посебно штетна бидејќи државите во тоа време ја операционализираат како јавна политика. Посебно го критикува протекционизмот во меѓународната размена бидејќи воведувањето на гломазен и инертен систем на царини и други ограничувања на размената е скап процес, кој не е во ничија корист.

Единствен активност која создава нова вредност е размената. Ослободувањето на размената е во корист на сите. Меркантилистичките политики почиваат на погрешни постулати дека богатството се мери во пари и затоа треба да се напуштат политиките кои означуваат ограничување на трговијата меѓу земјите во светот.

Заклучни согледувања

На крај, можеме да заклучиме дека Фредерик Бастија е еден од најпродуктивните и најангажираните автори и промотори на францускиот класичен либерализам. За жал, неговата прерана смрт во 1850 година, ја лиши економската наука и политика од потенцијалот на еден од најтемелните автори на своето време. Неуморно бранејќи ги идеалите на слободниот пазарен механизам, почитувањето на приватната сопственост и приватните иницијативи, предупредувајќи од опасностите од државната интервенција, протекционизмот во меѓународната размена и организираниот грабеж од страна на законодавецот

[30] Ibid.

[31] Под претпоставка дека стапката на задолжителна резерва е пониска од 100 %. Во англискиот јазик за ваквиот банкарски систем се користи терминот „fractional reserve banking”.

[32] M. Thornton, ‘Frédéric Bastiat’s Views on the Nature of Money’. In The Quarterly Journal of Austrian Economics 5(3) (Fall 2002), стр. 81–86.

и политичките елити, Бастија остави автентичен белег во развојот на современата економска мисла. Многумина, посебно оние преокупирани со процесите на квантификација на науките, ќе забележат дека Бастија не понуди оригинален придонес за економската наука, во форма во која вообичаено економистите се навикнати да го мерат наследството: „закони, теореми, модели и др.“ Сепак, големината на овој автор лежи во тоа што успеа да ги доближи големите економски вистини до обичниот човек, успеа да го демистифицира општествениот организиран механизам на грабеж и угнетување поединецот преку кршење на индивидуалните слободи и права. Бастија толку пластично ги презентираше своите аргументи, што го направи невозможно нивното понатамошно игнорирање. Делата на Бастија не треба да бидат ништо помалку од лектира за секого!

БИБЛИОГРАФИЈА

A. Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Edwin Cannan, ed. 1904. (Library of Economics and Liberty). Достапно на: http://www.econlib.org/library/Smith/smWN.html [пристапено на 8 мај 2017 година].

Bastiat's the Law, Introduction by Norman Barry, Occasional Paper 123, (London, Institute of Economic Affairs, 2001)

C. Rodrıguez Braun, and M. Blanco, "Bastiat as an Economist", 15(3), The Independent Review (2011), стр. 421.

F. A. Hayek, "Foreword", in C. Ruper, ed, The Economics of Freedom: What Your Professors Won't Tell You (Arlington, Students for Liberty 22) стр. xiii.

F. Bastiat, "What is Seen and What in Not Seen", in C. Ruper, ed, The Economics of Freedom: What Your Professors Won't Tell You (Arlington, Students for Liberty 2009) стр. 6.

F. Bastiat, Economic Sophisms, trans. Arthur Goddard, introduction by Henry Hazlitt (Irvington-on-Hudson: Foundation for Economic Education, 1996). Достапно на: http://oll.libertyfund.org/titles/276 [пристапено на 10 јуни 2017 година].

F. Bastiat, The Law (Auburn, Alabama, Ludwig von Mises Institute 2007).

F. Bastiat, Essays on political economy. English translation Revised, with Notes by David A. Wells (G.P. Putnam Sons, 1880) Достапно на: http://davidmhart.com/liberty/AnnotatedBastiat/DamnedMoney.html#toc [пристапено на 10 мај 2017]

F. Wieser, Theorie der gesellschaftlichen Wirtschaft [Theory of Social

Economics] (in German). (1914)
G. Charles Roche III, Frederik Bastiat A Man Alone, 1st edition. (New Rochelle, New York, Arlington House 1971) стр. 24.
H. Hazlitt, Economics in One Lesson (Auburn, Alabama, Ludwig von Mises Institute 2008)
M. Thornton, "Frédéric Bastiat's Views on the Nature of Money". In The Quarterly Journal of Austrian Economics 5(3) (Fall 2002)
N.A., Frédéric Bastiat, The Concise Encyclopedia of Economics. (Library of Economics and Liberty 2008). Достапно на: http://www.econlib.org/library/Enc/bios/Bastiat.html [пристапено на 1 јуни 2017 година].
R. M. Ebeling, Economic Ideas: Frédéric Bastiat On The Law Of Liberty And Free Markets. Достапно на https://www.fff.org/explore-freedom/article/economic-ideas-frederic-bastiat-law-liberty-free-markets/ [пристапено на 28 јуни 2017 година]
S. Richman, Annotated Bibliography of Frédéric Bastiat. Достапно на: http://www.econlib.org/library/Bastiat/BastiatBib.html#footnote1 [пристапено на 15 јуни 2017 година].

Assoc. Prof. Dr.sc Katerina Shapkova Kocevska[33]

FRÉDÉRIC BASTIAT: THE FORGOTTEN GIANT OF THE FRENCH CLASSICAL LIBERALISM

Summary

Frédéric Bastiat was a French author from the first half of the XIX century, who worked and published in the field of classical economic doctrine. The academic audience and the wider professional readership in Macedonia are relatively unfamiliar with Bastiat's work. His legacy is not presented in the curricula of the different economic disciplines and courses at the higher education institutions in the country. Moreover, until now, none of his books or essays has been translated into Macedonian language. Due to these reasons, we consider this paper to be an original effort to present the key characteristics of Frédéric Bastiat's work, as well as to synthesize his fundamental ideas in the field of political economy. The ultimate purpose of our paper is to prepare a systematic and scientific presentation of the economic legacy of this valued French author, as well as to disseminate his ideas to the wider readership audience in Macedonia.

Key words: *Frédéric Bastiat, private property, government intervention, free market.*

[33] Associate professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

доц. д-р Елена Макревска-Дисоска[1]
проф. д-р Ирена Кикеркова[2]

ПРОБЛЕМИ И ПРЕДИЗВИЦИ ВО ОБЕЗБЕДУВАЊЕ НА ЦЕЛОСНА ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА НА ПАЗАРОТ НА УСЛУГИ ВО РАМКИТЕ НА ВНАТРЕШНИОТ ПАЗАР НА ЕУ

УДК: 339.3.012.42:338.46(4-672ЕУ)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Интра-трговија со услуги во рамките на Внатрешниот пазар изнесува 20 % од БДП (со исклучок на финансиските услуги). Со оглед на големината на пазарот и нивото на развој на економијата на ЕУ процентот не е низок, но кога ќе се споредни со нивото на интра-трговија на услуги во рамките на САД, што изнесува 40 % од БДП, укажува на недостатоци во функционирањето на пазарот на услуги во ЕУ. Ниското ниво на интра-трговија на услуги главно е резултат на високото ниво на регулаторни бариери што произлегуваат од разликите во националните законодавства, т.н. задгранични бариери (behind the borders barriers). Дополнителен проблем што го оневозможува зголемувањето на интра-трговијата со услуги е недоволната примена на телекомуникациските технологии во ЕУ. Со цел да се надминат бариерите, секундарното законодавство на ЕУ постојано се надополнува.

Целта на овој труд е да ги идентификува регулаторните бариери во трговијата со услуги, како и да укаже на недостатоците во законодавството на ЕУ што произлегуваат од неподготвеноста на земјите членки да применат посеопфатен и целосен пристап во либерализација на пазарот на услуги. Законодавство на ЕУ не треба да има само парцијален пристап во либерализација на услугите што ќе ги ограничи потенцијалните добивки на Внатрешниот пазар на ЕУ. Напротив, реформите треба да одат во насока на создавање на соодветни пазарни институции што ќе го подобрат функционирањето на пазарот, ќе го олеснат пристапот до него и ќе ја зголемат конкурентноста и економскиот раст на Унијата.

---

[1] Вонредна професорка на Економски факултет – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[2] Редовна професорка на Економски факултет – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Клучни зборови: *услуги, Внатрешен пазар, регулаторни бариери, либерализација, ЕУ законодавство.*

Вовед

Целосното заокружување на Внатрешниот пазар на ЕУ е процес што сè уште не е завршен. Пазарот на стоки има постигнато највисоко ниво на либерализација споредено со пазарот на услуги, капитал и работна сила. Европската Унија е најголемиот извозник на услуги во светот и креира околу една петтина од вкупниот извоз на услуги.[3] Трговијата со услуги има голема улога во формирањето на БДП на ЕУ, односно создава 70 % од додадената вредност. Значењето на трговијата со услуги е уште поголемо во помалите земји на Унијата, односно позитивното салдо од трговијата со услуги им помага да ги покријат високите трговски дефицити во трговијата со стоки.

Сепак, заокружувањето на Внатрешниот пазар на ЕУ во поглед на услугите се одвива со позабавено темпо отколку во поглед на стоките. Влијанието на финансиската криза покажа дека земјите сè уште не се спремни да ги отворат пазарите за слободно движење на услуги. Пазарот на услуги е ограничен од високото ниво на регулаторни бариери што произлегуваат од разликите во националните законодавства или, уште како што се нарекуваат, *задгранични бариери* (*behind the borders barriers*).[4] Отстранување на бариерите во слободното движење на услугите е забележано во Грција и Португалија, земји што биле условени од финансиската помош што им ја понудила Европска Унија за време на кризата (Европска комисија, 2015).

Целта на овој труд е да ги идентификува регулаторните бариери во трговијата со услуги, како и да укаже на недостатоците во законодавството на ЕУ што произлегуваат од неподготвеноста на земјите членки да применат посеопфатен и целосен пристап во либерализација на пазарот на услуги. Трудот се состои од три дела. Во првиот дел е објаснета правната рамка во поглед на слободното движење на услугите во рамките на Внатрешниот пазар на ЕУ. Вториот дел ги анализира проблемите во поглед на слободното движење на услугите. Третиот дел дава преглед на ограничувањата што постојат во трговијата со услуги во одделни земји на ЕУ преку индексот на ОЕЦД за ограничувања во трговијата со услуги и индикаторот за регулација на пазарот на услуги.

---

3 http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/File:International_trade_in_services,_selected_countries,_2010_and_2016_GL17.png

4 J. Fournier: "The negative effect of regulatory divergence on foreign direct investment", [Негативни ефекти од регуларна дивергенција во странските директни инвестиции], OECD Economics Department Working Papers, No. 1268, OECD Publishing, Paris.2015, http://dx.doi.org/10.1787/5jrqgvg0dw27-en

1. Правна рамка во поглед на слободното движење на услуги на Внатрешниот пазар на ЕУ

Преговорите за либерализација на трговијата со услуги на глобално ниво е започната во текот на 80-тите на Уругвајската рунда на преговори на ГАТТ. Како резултат на преговорите на оваа рунда преговори, во рамките на Светската трговска организација во 1995 година, е усвоена Генералната спогодба за трговија со услуги (ГАТС). За потребите на ГАТТ, ОЕЦД изготвила класификација на услуги во четири категории:

а) услуги што се обезбедуваат кога примателот оди во друга земја членка со цел таму да добие услуга (туристи или корисници на образовни, медицински услуги и сл.);

б) услуги што се обезбедуваат кога давателот оди во друга земја членка со цел таму да добие услуга (консултант, здравствен работник, градежна компанија и сл.);

в) услуги кои се обезбедуваат без да се движи давателот или примателот на услугата (електронски услуги, радиодифузни услуги, итн.);

г) услуги кои се обезбедуваат преку комерцијално присуство на странските пазари од страна на физички или правни лица (преку основање на филијала, подружница или претставништво на хотел, банка, градежна компанија и сл.).[5]

Договорот за функционирање на Европската Унија (ДФЕУ) содржи детални правила со кои се овозможува слободно движење на услуги, на што се надоврзува и правото на основање. Првите три видови услуги, спаѓаат под правото за слободно движење на услуги, додека четвртиот вид услуга е регулиран со правото на основање. Продажбата на услуги од филијала, подружница или претставништво на хотел, банка, градежна компанија во друга земја не се квалификува како услуга, иако на овој начин се оставаруваат најголем дел од трговијата со услуги.[6]

Примарното законодавство со кое се регулира правото на слободно движење на услуги, ги опфаќа членовите 56 до 62 од ДФЕУ, со што се отстрануваат ограничувањата за обезбедување на услуги меѓу земјите членки. Во последните години се применува поенергичен пристап во однос либерализација на услугите и на тој начин се постигнува приближување на правото за основање и право-

5 https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c1s3p1_e.htm

6 A. Bénassy-Quéré and J. Cimadomo, "Changing Patterns of Domestic and Cross-Border Fiscal Policy Multipliers in Europe and the US," [Промена во трендот на домашните и прекуграничните мултипликатори во фискалната политика, споредба помеѓу Европа и САД], Working Papers 24 (2006), CEPII research center, Paris.

то на услугите. Заеднички одредби за основање на фирми и слободен проток на услуги се 51, 52, 53 и 54 од ДФЕУ.

Услугите што се исклучени од примарното законодавството на Унијата, се услугите во областа на транспортот според член 90–100 ДФЕУ (70–80 ДЕЗ), како и банкарските и осигурителните услуги според Договорот за проток на капитал. Поконкретно, Директивата 2006/123 ги класифицира услугите на следниов начин:

- ***бизнис-услуги,*** како што се: консултантски услуги, тестирање на производите, маркетинг, вршење на професионални обуки, услуги на комерцијални агенти и сл.;
- ***услуги за бизнисот и потрошувачите***, како што се: правни совети, услуги за недвижности, градежништво, услуги од архитекти, организација на саеми, изнајмување на превозни средства и туристички агенции;
- ***услуги за потрошувачите:*** туризам, туристички водичи, спортски центри и забавни паркови;
- ***услуги што се поврзани со домаќинствата (household support services),*** како што се медицинските услуги за грижа и нега на стари лица.[7]

Одредбите од Директивата за услугите на Внатрешниот пазар 2006/123 не се применуваат врз финансиските услуги, електронската комуникација, неекономските услуги од општ интерес, социјалните услуги, здравствената заштита, услугите на приватната безбедност, итн.[8]

1.1. Секунарно законодавство во поглед на слободното движење на услуги

Освен примарното законодавство, секундарното законодавство опфаќа голем број позначајни Директиви кои го регулираат подрачјето на слободно движење на услуги и правото на основање во рамките на Унијата:

- *Директива 2006/123 за услуги на Внатрешниот пазар на ЕУ*;[9]
- *Директивата 2013/55 за заемно признавање на професионалните квалификации,* како и голем број секторски директиви;[10]
- *Директива 2011/24 за апликација на правата на пациентите во прекуграничните здравствени услуги*, позната како Директива за мобилност на пациенти.[11]

[7] F.Weiss and C.Kaupa, European Union: Internal Market Law (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) p.245;

[8] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l33237

[9] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0123

[10] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32013L0055

[11] http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32011L0024

1.1.1. *Директива 2006/123 за услуги во Внатрешниот пазар*

Кон крајот на 2006 година, била усвоена ***Директивата 2006/123 за услуги во Внатрешниот пазар.*** Оваа Директива, исто како и Директивата 2005/36, ги покрива правата за обезбедување на услуги, како и слободата на основање.[12] Главниот принцип што се применува во поглед на слободното движење на услуги е *принципот на еднаков третман,* што подразбира дека на земјите членки им е дозволено да ја регулираат областа на услугите со цел да обезбедат одредено ниво на квалитет, заштита на потрошувачите, заштита на околината, итн., без притоа да ги дискриминираат странските учесници на пазарот на услуги, потрошувачите и даватели на услуги (случајот *33/74 van Binsbergen).*[13] Сепак, фокусот е кон индивидуалните права на лицата или на одредени сектори, а не на обезбедување на целосна интегрираност на пазарот на услуги.

Оваа директива имала за цел да го воведе „принципот на потекло" (country of origin), но не успеала во тоа, односно принципот бил целосно отстранет во конечниот текст на Директивата. Принципот на потекло подразбира дека давателот на услуги треба да го следи законодавството на земјата членка каде што е основан, но не и да подлежи на законодавството во земјата во која ја нуди услугата. Тоа предизвикало стравување дека ќе се создаде „..регулаторна трка до дното...", односно земјите со цел да привлечат поголем број физички и правни субјекти ќе ги намалат критериумите со регулативата во поглед на заштитата на правата на работниците, заштитата на околината, социјалните бенефиции и сл. Поради тоа Директивата била усвоена дури во 2006 година. Важноста во примената на овој принцип во трговијата со услуги е од големо значење, со оглед на проценките на одредени автори кои тврдат дека зголемувањето на трговијата со примената на овој принцип би изнесувала од 30 % до 62 %. Разликите во поглед на големината на БДП се за 0,4 процентни поени повисоки при примената на „принципот на потекло".[14]

Транспозицијата на одредбите во националното законодавство на земјите членки била постигната на 28 декември 2009 година.[15] Главните цели на Директивата се: подобрување на конкурентноста на европскиот пазар на услуги преку отстранување на дискриминаторските бариери, намалување на бирократијата, модернизирање и поедноставување на законските и административните рамки преку користење на информатичката технологија и јакнење на правото на корисниците на услугите.[16]

[12] https://www.etuc.org/issue/services-directive-bolkestein-internal-market?page=4

[13] Одлука на Европскиот суд на правадта на 3 декември 1974, C-33/74, Johannes Henricus Maria van Binsbergen v Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid.

[14] B. Detmmer, The European Union's service directive: Contrasting ex ante estimates with empirical evidence (Jena, 2012), pp. 5–12

[15] http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/en/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.4.html

[16] R. Marius, Free movement of services in the european union (West University from Timisoara,

Со Директивата е направен обид за либерализирање на голем број услуги што покриваат околу 40 % од БДП на ЕУ,[17] според хоризонталниот регулаторен принцип. Сепак, таа не се применува врз клучни сектори како што се: финансиските услуги, електронската комуникација, транспортот, неекономските услуги од општ интерес, социјалните услуги, здравствената заштита, услугите на приватна безбедност, итн.[18]

Во документот на Европската комисија објавен во 2012 година се оценува дека примената на Регулативата до 2011 година придонела за намалување на административните бариери, ја зголемила трговијата за 7,2 %, ги зголемила СДИ за 3,8 % и ја зголемила продуктивноста на трудот за 4,7 %.[19] Ова предизвикало пораст на БДП за дополнителни 0,8 % (помеѓу 0,3 % за Бугарија и 1,8 % за Кипар). За Германија остварениот раст бил проценет на 0,4 %, додека за Велика Британија на 1 %. Сепак, овој извештај покривал сектори што сочинувале само 20 % од БДП на ЕУ, додека, како што претходно споменавме, секторите што ги покрива Директивата, креираат околу 40 % од БДП на ЕУ.[20] Последниот позначаен извештај за ефектите од примената на Директивата бил објавен во 2014 година и заклучокот бил дека не се постигнати позначајни ефекти врз интра-трговијата помеѓу земјите од ЕУ-15 или ЕУ-10.[21]

1.1.2. Директивата 2013/55 за взаемно признавање на професионалните квалификации

Директивата 2013/55 го прифаќа принципот на взаемно признавање во поглед на академските квалификации, што подразбира дека националните власти мораат да го земат предвид секое образование и обука со коишто се здобил носителот на дипломата и уверението и мора да ги споредат стекнатото знаење и вештините со оние кои се потребни според домашната квалификација.

Timisoara, 2009), pp.2–7

17 J. Monteagudo, A. Rutkowski, D. Lorenzani, "The economic impact of the Services Directive: A first assessment following implementation", [Економското влијание на Директивата за услуги: Прва анализа по имплементацијата] Economic Papers 456 (2012), Brussels, European Commission, pp. 5–12

18 http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV:l33237

19 J. Monteagudo, A. Rutkowski, D. Lorenzani, "The economic impact of the Services Directive: A first assessment following implementation", [Економското влијание на Директивата за услуги: Прва анализа по имплементацијата] Economic Papers 456 (2012), Brussels, European Commission, p.9

20 J. Monteagudo, A. Rutkowski, D. Lorenzani, "The economic impact of the Services Directive: A first assessment following implementation", [Економското влијание на Директивата за услуги: Прва анализа по имплементацијата] Economic Papers 456 (2012), Brussels, European Commission, pp. 30–39

21 B. Dettmer, (2015): "Trade Effects of the European Union's Service Directive: Contrasting ex ante Estimates with Empirical Evidence", [Трговските ефекти од Директивата за услуги на ЕУ: Споредба на анализите со емпириските докази], The World Economy, vol 38, issue 3, (2015) pp. 445–478.

Овој принцип на взаемно признавање не предвидува автоматска гаранција дека лицата со посебни квалификации ќе бидат примени да работат во било која друга земја членка, туку обезбедува само појдовна основа. Нивната квалификација, сепак, може да подлежи на детално испитување и контрола од страна на органите на земјата домаќин во форма на тест за способност или т.н. период на адаптација каде се бара дополнително работно искуство.

Во 2013 година, оваа Директива, како и Регулативата 1024/2012 за административна соработка преку Информацискиот систем на Внатрешниот пазар, е консолидирана во Директивата 2013/55, која го задржала истиот принцип како и претходното законодавство во поглед на принципот на взаемно признавање. Целта на Директивата била да се задржат гаранциите доделени со секој од претходните системи на признавање, а истовремено да се создаде единствена, конзистентна правна рамка заснована врз понатамошна либерализација на обезбедувањето услуги, автоматско признавање на квалификациите и поголема флексибилност во понатамошната либерализација.

1.1.3. Директивата 2011/24 за обезбедување на здравствени услуги

Во областа на здравствената заштита, во октомври 2015 година на сила стапила ***Директивата за обезбедување на здравствени услуги 2011/24.***[22] Оваа директива, позната како Директива за мобилност на пациентите, предвидува европските граѓани, без оглед на местото на живеење, да имаат право да одберат во која држава на ЕУ ќе добијат здравствен третман. Директивата предвидува дека, без оглед на изборот на земјата и медицинската услуга, лицата ќе добијат целосен поврат на трошоците (со исклучок на оние услуги кои не спаѓаат во опсегот на Директивата). Исклучени здравствени услуги од Директивата се: трансплантацијата на органи, јавните програми за вакцинација и долгорочна нега, лицата на кои им е потребна секојдневна нега.[23]

Сепак, само еден процент од јавните расходи за здравство е наменет за меѓугранични здравствени услуги (околу 10 милијарди евра), вклучувајќи ги и трошоците за итни случаи за туристи. Причина за ова е фактот што постои ниска мобилност на лица кои користат прекугранични здравствени услуги, спротивно на високата мобилност на медицински персонал. Досегашната имплементација на Директивата покажала дека земјите со слабо развиени здравствени системи, како Бугарија и Полска, имаат зголемена мобилност на лица кои патуваат во друга европска земја за да добијат здравствена услуга. [24]

---

22 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0045:0065:EN:PDF

23 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:088:0045:0065:EN:PDF

24 R. Riedel, "Patient's Cross-border Mobility Directive: Application, Performance and Perceptions

Во нејзината крајна форма, Директивата постигнала одредено корисно административно поедноставување и соработка помеѓу надлежните органи со цел да се намалат пречките за слободен проток на услугите и основањето. Исто така, Директивата покрива еден спектар од детални одредби за квалитетот на услугите, што опфаќаат прашања околу достапноста на информациите, комерцијалното комуницирање, осигурувањето на одговорноста и решавањето на споровите.

2. Проблеми во поглед на слободното движење на услуги

Иако услугите создаваат околу 70 % од додадената вредност на БДП и креираат 70 % од вкупната вработеност во ЕУ, нивното учество во интра-трговијата на Унијата е само 20 % од БДП (со исклучок на финансиските услуги).[25] Овој процент во САД изнесува 40 % од БДП. Во пазарни услови, без постоење на трговски и нетрговски ограничувања, цената на одредена услуга не треба да се разликува значајно од друга услуга, земајќи ги предвид транспортните трошоци, даночните системи и разликите во преференциите на потрошувачите. Сепак, на пазарот на услуги во ЕУ постојат значителни разлики. Ниската ценовна конвергентност на пазарот на услуги ја потврдува и фактот што поштенските услуги од Австрија до Италија се разликуваат во однос на поштенските услуги од Италија до Австрија. Цената да се испрати поштенска пратка од Италија е за 80 % повисока отколку истата да се прати од Австрија.[26] Вакви разлики постојат и во цената на електричната енергија, гасот и телекомуникациите во рамките на Внатрешниот пазар.[27] Просечниот коефициент на варијација во вкупното ценовно ниво во ЕУ изнесува околу 30 %, додека во САД и Канада овој процент се движи од 5 % до 10% (слика 1). Вакви ценовни разлики во ЕУ не би требало да постојат на долг рок.

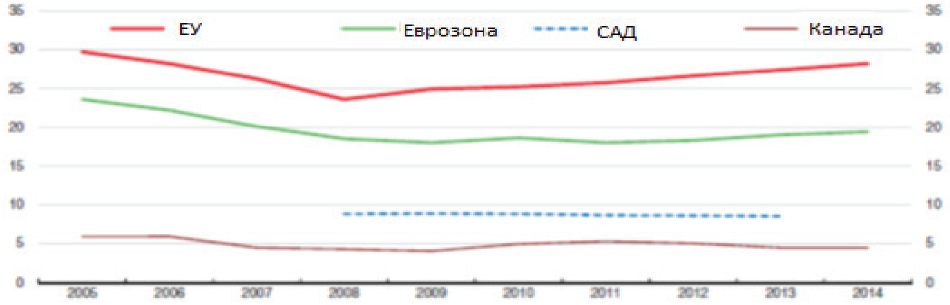
Two Years after Transposition” [Директива за меѓугранична мобилност на пациенти: апликација, перформанси и перцепција две години по нејзиното транспонирање] Baltic Journal of European Studies, 6(2) (2016), pp.58–75.

[25] S. Vetter, The Single European Market 20 years on Achievements, unfulfilled expectations & further potential (Frankfurt: Deutsche Bank 2013) p.3.

[26] Brunsden (2015): https://www.ft.com/content/e939fb2a-a7c3-11e5-955c-1e1d6de94879, https://www.ft.com/content/e939fb2a-a7c3-11e5-955c-1e1d6de94879

[27] S. Vetter, The Single European Market 20 years on Achievements, unfulfilled expectations & further potential (Frankfurt: Deutsche Bank 2013) p.3.

Слика 1. Коефициент на варијација на вкупното ценовно ниво, во проценти



Извор: Eurostat (2015), "Price convergence indicator", *Eurostat Database*; BEA (2015), "Real Personal Income for States and Metropolitan Areas, 2013", US Bureau of Economic Analysis; and Statistics Canada (2016), "Table 326-0015", *CANSIM Database*.
* Коефициентот на варијација го покажува нивото на варијација на индексот на финалната потрошувачка на домаќинствата во ЕУ и еврозоната, регионалниот ценовен дефлатор во САД и меѓуградскиот индекс на ценовни разлики во потрошувачките добра и услуги во Канада.

Една од причините за ова е ниското ниво на интра-трговија на услуги и ниската ценовна конвергентност во ЕУ во споредба со трговијата со услуги со земјите надвор од ЕУ. Тоа е индикатор што укажува на ниското ниво на интегрираност на пазарот на услуги во ЕУ. Ниското ниво на интегрираност се потврдува и со фактот што во ЕУ постојат различни видови услуги, односно понудувачите на услуги од една земја членка не се присутни во останатите земји членки од Унијата.[28]

Благодарение на новите телекомуникациски технологии тргувањето со најголем дел од услугите е олеснето (трговија преку интернет, консултативни услуги, образовни услуги...). И покрај поголемата продуктивност во индустриите кои користат информациски и комуникациски технологии, како што се финансискиот сектор, пазарните услуги и сл., Европа заостанува зад САД.[29] Јазот во продуктивноста на бизнис-услугите во САД и во ЕУ изнесува 43 %. Информациските и компјутерските технологии имаат 50 % пониско учество во креирањето на растот на продуктивноста во ЕУ во однос на САД во периодот од 1995 до 2007 година.[30] Поради тоа, преземени биле иницијативи за формирање

[28] A. R. Zamora, How is the internal market performing? (Brussels, European Commission, 2009), http://ec.europa.eu/internal_market/score/relateddocs/index_en.htm

[29] European Policy Center, The Economic impact of a European Digital Market (Copenhagen, European Policy Center, 2010), pp. 32–41

[30] https://www.gov.uk/government/publications/single-market-consultation-response-to-the-european-commission

на Единствен дигитален пазар на ЕУ како неопходен чекор за подобрување на мобилноста на услугите и зголемување на продуктивноста на Унијата.

Стратегијата за Единствениот дигитален пазар била усвоена на 6 мај 2015 година. Единствениот дигитален пазар создава можности за отворање на нови компании и пристап до пазар од над 500 милиони луѓе. Европската комисија проценила дека оформувањето на овој пазар ќе придонесе за зголемување на БДП за дополнителни 415 милијарди евра годишно, ќе создаде нови работни места и ќе го олесни пристапот до понудите за јавни набавки за странски изведувачи. Што се однесува до жителите на ЕУ, примената на дигиталните технологи ќе го подобри нивниот пристап до информации и ќе ја зголеми можноста за нови работни места, поточно ќе ја намали фрикциската невработеност што се јавува најчесто како резултат на недостаток на информации.[31]

Се поставува прашањето дали сегментираниот пристап во либерализација на Внатрешниот пазар на ЕУ ќе даде резултати? Така, на пример, транспонирањето на Директивата за е-трговија 2000/31 опфаќало одредени активности на интернет-посредниците, а не се однесувало генерално на давателите на услуги или видот на услуги што се нуди. Дополнително, сите земји не ја транспонирале Директивата на правилен начин. Оттука, проблемот останува во фрагментираниот правен систем во ЕУ што може да претставува реална закана за реализирање на овој проект на ЕУ.

Според податоците на Европската Унија, дефицитот во транспозицијата на европското законодавство во националното законодавство изнесувал 1,5 % во 2016 година, што е двојно повеќе во однос на 2015 година.[32] Индикаторот не дава соодветна слика за Внатрешниот пазар на ЕУ со оглед на тоа што на сите директиви им се дава еднаква важност при неговата пресметка, што не е случај во практиката. Проблемот се појавува и во поглед на отворените случаи за задоцнета и погрешна транспозиција што кон крајот на 2016 изнесувале вкупно 1410 случаи. Најчесто времето за решавање на еден случај е околу 30 месеци.[33]

2.1. Регулаторни ограничувања во поглед на слободното движење на услуги

Генерално, пазарот на услуги во рамките на ЕУ има голем број регулаторни бариери што произлегуваат од националните законодавства, т.н. зад-

[31] http://ec.europa.eu/news/2015/05/20150506_en.htm
[32] http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_by_governance_tool/transposition/index_en.htm
[33] M. Monti, A new strategy for the single market (Brussels, European Comission, 2010), p.4

гранични бариери (*behind the borders*).[34] Во трговијата со услуги се јавуваат голем број ограничувања во форма на национални регулативи кои најчесто вклучуваат: доказ за државјанство и место на престој за оној кој ги нуди услугите, потреба од постоење на претставништво во земјата во која се извезува, доказ за кредитоспособност на барателот на услугата, финансиски гаранции или документиран доказ дека постои економска потреба за одредена активност. Постојат неколку индикатори преку кои можеме да ги анализираме бариерите во трговијата со услуги. Во продолжение ги презентираме: ОЕЦД индексот за ограничувањата што постојат во трговијата со услуги (OECD Services Trade Restrictiveness Index) и ОЕЦД индикаторот за регулација на пазарот (OECD Product Market Regulation Indicator).

ОЕЦД индексот за ограничувањата што постојат во трговијата со услуги покажува големи разлики во регулација на пазарот на услуги во различни земји во ЕУ. Индексот покрива 18 области во 40 земји и опфаќа 80 % од вкупната меѓународна трговија со услуги. Од вкупно 40 земји, 23 земји се членки на ЕУ. Негова главна задача е да ги идентификува националните регулативи и мерки што го ограничуваат слободното движење на услуги.

Графикон бр.1 Ограничувања во тргувањето со услуги во рамките на Внатрешниот пазар на ЕУ во пет сектори

Извор: I. Koske, I.Wanner, R. Bitetti and O. Barbiero, "The 2013 update of the OECD product market regulation indicators: policy insights for OECD and non-OECD countries", OECD Economics Department Working Papers, No. 1200 (2015).

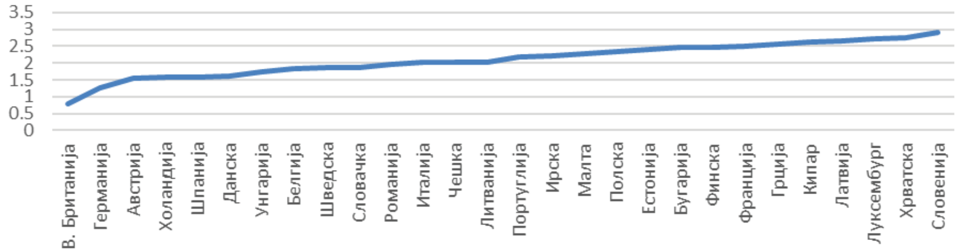
На графикон бр.1 се претставени ограничувањата во пет сектори, каде што 0 значи целосно либерализиран сектор, додека 1 означува сектор со највисоко ниво на бариери. Од него може да се забележи дека во одбраните сектори најголеми бариери постојат во областа на правните услуги. Во инженерството,

[34] H. L. Kee, A. Nicita and M. Olarreaga, "Estimating Trade Restrictiveness Indices" [Проценка на индексите за ограничувања во трговијата] Economic Journal 119, issue 534 (2009) pp: 172–199

најголеми бариери постојат кај земјите од Централна и Источна Европа. Бариерите во услугите во областа на архитектура се присутни и во земји како Франција, Естонија и Белгија, додека телекомуникациските услуги и патниот транспорт покажуваат најниско ниво на ограничувања.

Индикаторот на ОЕЦД за регулација на пазарот дава слика за постоењето на регулативи во различни сектори во 35 земји на ОЕЦД и останати земји што не се членки на ОЕЦД, со тоа што сите земји на ЕУ се опфатени. Индикаторот се пресметува одделно за седум мрежни сектори (телекомуникации, електрична енергија, гас, поштенски услуги, железнички транспорт, воздушен транспорт на патници и патен транспорт) и пет услужни сектори (малопродажба, сметководствени услуги, правни услуги, инженерски услуги и архитектонски услуги). Индикаторот за регулацијата во седумте мрежните сектори се пресметува на агрегатно ниво и се нарекува *индикатор за регулација на мрежни сектори* (Indicator of regulation in energy, transport and communications – ETCR). Нивото на регулативи во останатите пет сектори се пресметува агрегатно преку *индикаторот за регулација на професионалните услуги*. Вредностите на индикаторот се движат од 0 за најмалку регулиран, до 6 за најмногу регулиран сектор.

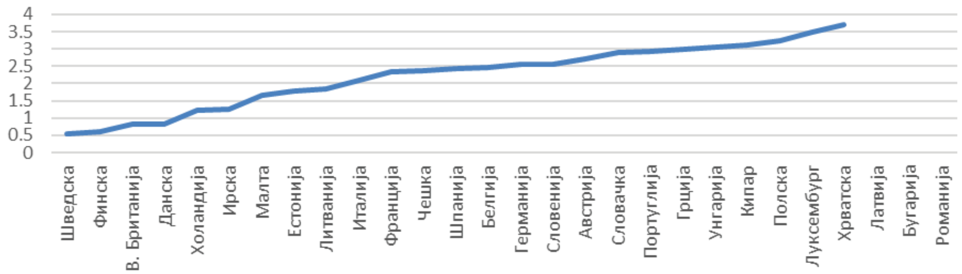
Графикон бр. 2а OECD Индикатор за регулација во мрежните сектори



I. Koske, I.Wanner, R. Bitetti and O. Barbiero, “The 2013 update of the OECD product market regulation indicators: policy insights for OECD and non-OECD countries”, OECD Economics Department Working Papers, No. 1200 (2015).

Индикаторот за регулација покажува дека многу повисоки барања наметнати од националното законодавство постојат во сферата на професионалните услуги. Индикаторот достигнува вредност и над 3,5 што не е случај со мрежните сектори. Исто така, поголем број земји имаат индикатор над 2 во поглед на професионалните услуги.

Графикон бр. 2б Индикатор за регулација на професионални услуги



I. Koske, I. Wanner, R. Bitetti and O. Barbiero, "The 2013 update of the OECD product market regulation indicators: policy insights for OECD and non-OECD countries", OECD Economics Department Working Papers, No. 1200 (2015).

Така, на пример, земјите членки имаат околу 3000 регулаторни барања, во поглед на професионалните и бизнис-услуги што го отежнува пристапот до Внатрешниот пазар, ја намалува конкуренцијата и го намалува економскиот раст.[35] Приближно 800 различни професии во секторот на услуги се предмет на државна регулација во ЕУ.[36]

Заклучок

Либерализација во поглед на услугите започнала кон крајот на 70-тите и траела до почетокот на 2000-тата, откога регулативите сè повеќе почнале се заоструваат. Голем број автори тврдат дека не постои тренд на поголема пазарна либерализација на Внатрешниот пазар на ЕУ и дека позитивниот тренд е „стопиран" веќе една декада.[37] Со финансиската криза, новите финансиските регулативи дополнително го отежнале слободното движење на услугите и генерално функционирањето на Внатрешниот пазар на ЕУ.

Иако со примарното и секундарното законодавство се регулира правото на слободно движење на услуги, голем број услуги се исклучени од него како што се: услугите во областа на транспортот, банкарските и осигурителни-

[35] https://www.gov.uk/government/publications/single-market-consultation-response-to-the-european-commission

[36] S. Vetter, The Single European Market 20 years on Achievements, unfulfilled expectations & further potential (Frankfurt: Deutsche Bank 2013) p.3.

[37] E. Fredrik and R. Georgieva, R., "What is wrong with the Single Market" [Што не е во ред со Единствениот пазар], Brussels, European Centre for International Political Economy, (2016), pp. 11

те услуги, финансиските услуги, електронската комуникација, неекономските услуги од општ интерес, социјалните услуги, здравствената заштита, услугите на приватна безбедност, итн. Проблем постои и во статистичката евиденција, односно во разграничувањето на трговијата со услуги од другите економски слободи. Така на пример, продажбата на услуги од филијала, подружница или претставништво на хотел, банка, градежна компанија во друга земја според законодавството на ЕУ се квалификува како движење на капитал.[38] Исто така, земјите сè уште не се подготвени да го прифатат „принципот на потекло“ за услугите во меѓусебната размена поради стравот од создавање на „регулаторна трка до дното“ што ги оневозможува потенцијалните добивки за Внатрешниот пазар на ЕУ.

Проблемот може да се лоцира делумно и во културните и јазичните бариери помеѓу земјите членки на ЕУ, „сивата економија“ што придонесува голем дел на услуги да не се евидентираат во формалната економија, отворените случаи за задоцнетото и погрешното транспонирање во домашното законодавство, како и високото ниво на регулаторни бариери што произлегуваат од разликите во националните законодавства, т.н. задгранични бариери. Оттука, фрагментираниот правен систем во ЕУ може да претставува реална закана за функционирање на Внатрешниот пазар на ЕУ. Поради тоа, наместо селективен пристап во различни области на Внатрешниот пазар, креаторите на европските политики треба да применат посеопфатен пристап за либерализација на пазарот преку креирање на соодветни пазарни институции и соодвени структурни реформи што ќе овозможат зголемена конкуренција и повисок економски раст на Унијата.

[38] A. Bénassy-Quéré and J. Cimadomo, “Changing Patterns of Domestic and Cross-Border Fiscal Policy Multipliers in Europe and the US,” [Промена во трендот на домашните и прекуграничните мултипликатори во фискалната политика, споредба помеѓу Европа и САД], Working Papers 24 (2006), CEPII research center, Paris.

Assoc. Prof. Dr.sc Elena Makrevska Disoska[39]
Prof. Dr.sc Irena Kikerkova[40]

PROBLEMS AND CHALLENGES IN ENSURING FULL LIBERALIZATION ON THE SERVICE MARKET IN INTERNAL MARKET OF EU

Summary

EU intra-trade in services within the Internal Market accounts about 20% of GDP (excluding financial services). Given the size of the market and the level of development of the EU economy, the percentage is relatively significant. However, comparing the level of intra-trade of services within the United States of America (40% of GDP), the EU intra-trade of services seems to be insufficient. Available statistical data on this issue suggest that there might be some unresolved challenges in the functioning of the Internal Market in services in the EU. The low level of intra-trade in services is mainly result of a high level of regulatory barriers stemming from differences in national legislations, so called behind the borders barriers. An additional problem that prevents the increase of intra-trade in services is the insufficient application of telecommunication technologies in the EU. In order to overcome the barriers, secondary legislation in the EU is constantly being complemented.

The aim of this paper is to identify the regulatory barriers in trade with services, and to point out the shortcomings of the EU legislation which is mainly a result of the reluctance of its member states to implement a more comprehensive and complete approach to the service market liberalization. EU legislation should not have a partial approach in liberalizing services that will limit potential gains on the EU Internal Market. Quite the opposite, reforms should support creation of appropriate market institutions that will improve market functioning, facilitate market access and increase the competitiveness and economic growth of the Union.

Key words: *services, Internal Market, regulatory barriers, liberalization, EU legislation.*

[39] Associate professor at Faculty of Economics – Skopje, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.
[40] Professor at Faculty of Economics – Skopje, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

проф. д-р Валентин Пепељугоски[1]

ЗАШТИТА НА АВТОРСКОТО ПРАВО КАКО ФУНДАМЕНТАЛНО ЧОВЕКОВО ПРАВО И ПРОЕКТОТ „СКОПЈЕ 2014“

УДК: 347:78:72.012.1(497.711)„2014“
1.04 Стручна статија

Резиме

Проектот „Скопје 2014“ е контроверзен проект, имајќи ги во вид неговите политички, економски, финансиски и уметнички аспекти. Во врска со заштитата на авторското право, како фундаментално човеково право, кое на меѓународен план е регулирано со Европската конвенција за заштита на човековите права, Европската повелба за фундаментални човекови права од 2000 година, многу малку е пишувано. Со Проектот „Скопје 2014“, а особено со доградувањето и измената на фасадите на зградите се врши повреда на авторското право на архитектите. Иако со Законот за измени и дополнувања на Законот за градење се овозможува, доколку се работи за јавен интерес, советот на град Скопје или советите на неговите општини да донесат одлука за промена на фасадата на некоја зграда и тоа да се финансира преку нивните буџети, авторот на овој текст смета дека овој Закон не е во согласност со Уставот на Република Македонија и со меѓународните конвенции и договори и дека со тој Закон се повредува авторското право како фундаментално човеково право, како и правото на сопственост. Авторот заклучува дека со спроведувањето на овој Проект се работи за „тивка“ експропријација или национализација на авторското право, како право на интелектуална сопственост.

Клучни зборови: *авторско право, архитект, основно (фундаментално) човеково право, експропријација, национализација.*

[1] Редовен професор на Универзитетот ФОН – Скопје.

1. Вовед

Проектот „Скопје 2014" година предизвика големи контроверзии кај домашната и меѓународната јавност. Проектот „Скопје 2014" (во понатамошниот текст: Проектот) е осмислен, финансиран и реализиран од Владата на Република Македонија (во понатамошниот текст: РМ), градот Скопје и Општината Центар – Скопје. Тој се состои од изградба на голем број нови административни, јавни и културни објекти, односно згради во барокен стил, изградба на многу фонтани, споменици на познати македонски борци за слободата, културни дејци и сл. Во рамките на Проектот, се изградени или се во градба, старо-новата зграда на Македонскиот народен театар, старо-новата зграда на Офицерскиот дом, а беа и сè уште се менуваат фасадите на многу административни и станбени згради во центарот на Скопје и тоа сите во барокен стил. Истовремено, целосно се сменија и фасадите на зградата каде што е седиштето на Владата на РМ и беше реновирана и беа изградени 5 (пет) куполи на зградата каде што е седиштето на Собранието на РМ. Заради сето ова, а имајќи го во вид фактот дека се потрошени големи финансиски средства, за кои надлежните органи не дадоа званичен податок[2] колку чини овој Проект, Проектот е оспоруван и фален од политички, економски, финансиски, уметнички и естетски аспект. Но, во меѓународната и македонската јавност воопшто не се зборуваше и не се зборува за авторскоправните аспекти (освен здружението на архитекти и некои видни научни и културни работници). Заради тоа, во понатамошниот текст на овој труд ќе го дадеме нашето видување дали со реализацијата на овој Проект се заштитува авторското право кај архитектонските авторски дела, како фундаментално човеково право во РМ.

2. Домашни и меѓународни извори на авторското право

Авторското право е предмет на регулирање на бројни домашни и меѓународни извори. Согласно последниот извештај на ЕУ за напредокот на РМ, македонската легислатива е хармонизирана и е во согласност со меѓународните конвенции и договори и со регулативите и директивите на ЕУ. Се разбира, оценките се најслаби во делот на спроведувањето на законската регулатива во областа на правото на интелектуална сопственост, вклучително и на авторското право.[3]

[2] На 4.2.2010 година беше најавен Проектот „Скопје 2014 година" при што беше најавено дека истиот ќе чини 80 милиони евра. Во ноември 2015 година, според податоците на Prizma BIRN, Проектот „Скопје 2014" изнесува 626 милиони евра. Види на „ПРИЗМА", објавено на 11 декември 2015 година. www.skopje2014.prizma.mk, Последна посета на ден 28.2.2017.

[3] *Comission staff working document*, Republic of Macedonia, Report 2015, Brussels, 10.11.2015 SWD(2015) 212 final, стр. 38.

Како и во останатите држави, така и во РМ, Уставот е основен извор на правото. По осамостојувањето[4] на РМ, донесен е Уставот на РМ од 1991 година. Со одредбите од членот 47, се промовира новиот концепт за интелектуална сопственост. Имено, македонската држава ги гарантира правата кои произлегуваат од научно, уметничко или друг вид творештво и се обврзува дека ќе ги поттикнува, помага и штити научниот и технолошкиот развој.

Во 2010 година, РМ го донесе и стапи во сила вториот[5] Закон за авторско право и сродните права во (во понатамошниот текст: ЗАПСП од 2010). Законот[6] доживеа веќе 5 измени и дополнувања. ЗАПСП како специјален закон е најважниот акт со кој во целост се регулира авторското право и сродните права. Во него се поместени и одредби со кои се регулираат и архитектонските авторски дела, правата на авторите на архитектонските авторски дела и правото на преработки, измени, адаптација и сл. Секако, посебно место во законот имаат и одредбите кои се однесуваат на правната заштита на авторите и нивните творби.

Како најважни дополнителни извори на авторското право во РМ се: Законот за културата,[7] Законот за облигационите односи,[8] Кривичниот законик[9], Законот за царинските мерки за заштита на правата од интелектуална сопственост[10] и др. Иако директно не претставува извор на авторското право, македонскиот законодавец, сакајќи да изврши промена на изгледот на фасадите на зградите, во 2014 година донесува Закон за изменување и дополнување на Законот за градење[11].

Како резултат на пристапувањето кон Светската трговска организација донесен е и Законот за ратификација на Протоколот за пристапување на РМ кон Светската трговска организација (*Службен весник на РМ, бр. 07/03*). Како посебен извор на авторското право мора посебно да ја истакнеме и Спогодбата за стабилизација и асоцијација на РМ со Европската Унија (Европските заедници

---

[4] Во оваа прилика сакаме да потенцираме дека и Уставот на Социјалистичка Република Македонија од 1974 година („*Службен весник на СРМ“, бр.7*), во членот 219, авторското право го поместил во фундаменталните човекови права. Имено, Уставот на СРМ ја гарантирал слободата на научното и уметничкото творештво. Творците на научни и уметнички дела, како и на научни откритија и технички пронајдоци, имаат морални и материјални права на своите творби.

[5] Првиот ЗАПСП (*„Службен весник на РМ“ бр. 47/96, 3/98, 98/02, 4/05 и 131/07*) во РМ е донесе во 1996 год. и важеше до 2010 год.

[6] *Службен весник на РМ, бр.115/10, 140/10, 51/11, 147/13, 154/15 и 27/16.*

[7] *Службен весник на РМ, бр. 31/98, 49/03, 82/05, 24/07, 15/08, 116/10, 47/11, 51/11, 136/12, 23/13, 187/13, 44/14, 61/15, 154/15 и 39/16.*

[8] *Службен весник на РМ, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13..*

[9] *Службен весник на РМ, бр.37/96, 80/99, 48/01, 04/02, 16/02, 43/03, 19/04, 40/04, 81/05, 50/06, 60/06, 73/06, 87/07, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15 и 226/15.*

[10] *Службен весник на РМ, бр. 88/15, 154/15, 192/15 и 23/16.*

[11] *Службен весник на РМ бр.28/14 од 06.02.2014 година.*

и нејзините земји членки), потпишана на 9.4.2001 година во Луксембург, а стапи во сила на 1.4.2004 година.

Се разбира, покрај бројните домашни извори на авторското право, како посреден извор на авторското право можеме да ја вброиме и судската практика. Судската практика и правната наука ги пополнуваат правните празнини, бидејќи правните акти заостануваат зад животот и не можат да ги предвидат сите можни случаи.[12] Според македонскиот правен систем, одлуките на повисоките судови формално не ги обврзуваат пониските судови, но неопходно е пониските судови да водат сметка за нив. Истовремено, согласно член 400 од Законот за парничната постапка[13] на РМ, кога Европскиот суд за човекови права (во понатамошниот текст: ЕСП) ќе утврди повреда на некое човеково право или на основните слободи предвидени во Европската конвенција за заштита на основните човекови права и слободи и во Дополнителните протоколи на Конвенцијата, кои РМ ги ратификувала, странката може во рок од 30 дена од конечноста на пресудата на ЕСП да поднесе барање до судот во РМ кој судел во прв степен во постапката во која е донесена одлуката со која е повредено некое од човековите права или основните слободи за измена на одлуката со која тоа право или основна слобода е повредена. Во повторувањето на постапката судовите се должни да ги почитуваат правните ставови изразени во конечната пресуда на ЕСП со која е утврдена повреда на основните човекови права и слободи.

Покрај бројните домашни извори на авторското право, уште побројни и поважни се и меѓународните извори на авторското право. РМ ги има ратификувано сите позначајни меѓународни конвенции и договори од областа на авторското право, и тоа: Бернската конвенција за заштита на авторското право, Универзалната декларација за човековите права, Конвенцијата за основање на Светската организација за интелектуална сопственост (СОИС), Светската (Универзалната) конвенција за авторско право, Римската конвенција за заштита на уметниците изведувачи, производители на фонограми и организации за радиодифузија, Конвенцијата за дистрибуција на сигнали за пренос на програми преку сателит, Конвенцијата за заштита на производителите на фонограми од недозволена репродукција на нивните фонограми, Договорот на СОИС за авторско право, Договорот на СОИС за изведби на фонограми, ТРИПС договорот и сл.

3. Авторското право – фундаментално човеково право

Во европската историја и посебно во европскиот правен поредок, фундаменталните (основните) човекови права секогаш имале многу важна улога, а

[12] V. Gorenc, *Trgovačko pravo, Društva*, Zagreb, 1995, стр. 15.
[13] *Службен весник на РМ, бр. 79/05, 110/08, 83/09, 116/10 и 124/15.*

посебно со основањето и развојот на Европската Унија, нивната важност перманентно добива на значење. Во фундаменталните права, слободи и принципи, согласно Европската конвенција за заштита на човековите права, Европската повелба за фундаментални (основни) човекови права од 2000 година[14] влегуват и интелектуалната сопственост, вклучително и авторското право. Истово, се наведува и во донесените бројни одлуки (*case law*) на ЕСП, толкувајќи ги релевантните одредби на Европската конвенција за човекови права, најмногу како право на сопственост[15]. Ако кон овие акти ги додадеме и уставите на повеќето држави членки на ЕУ, како и бројните регулативи и директиви (Директивата 2004/48 ЕЗ, за спроведување на правото на интелектуална сопственост, Директивата 93/98/ЕЕЗ за усогласување на рокот за заштита на авторското право и некои сродни права, Директива 2001/84/ЕЗ за правото на препродажба во корист на авторот на оригиналното уметничко дело, Директива 91/250/ЕЕЗ за законска заштита на компјутерските програми, Директива 96/9/ЕЗ за законска заштита на базите на податоци, Директива 2001/29/ЕЗ за хармонизација на одредени аспекти на авторските и на сродните права во информатичкото општество, и сл.) на ЕУ, кои го регулираат авторското право и сродните права, можеме слободно да заклучиме дека се работи за една релативно „нова", модерна правна дисциплина издвоена (изнедрена) од класичното граѓанското право која е многу сложена, заснована на строги и бројни меѓународни и регионални норми, кои се меѓусебно поврзани како „сврзани садови". Затоа многу тешко е да се регулира, а посебно да се вршат промени на оваа правна материја имајќи во вид дека мора да се води сметка да се заштитат авторите, носителите на авторското право и сродните права, а притоа да не се наруши рамнотежата помеѓу интересите на различните интересни групи. Меѓутоа, во денешно време мора повеќе да се води сметка за преносот на моќта од државата, олицетворена во владината администрација, кон индустријата олицетворена во корисниците на авторските дела.

Заштитата на фундаменталните човекови права, а со тоа и на авторското право, во правните системи на европските држави, особено, добива во значење. Директната примена на одредбите од Европската конвенција за човекови права (во понатамошниот текст: ЕКЧП) во споровите од приватното право претставу-

[14] Повелбата е донесена со цел да ги помести во еден документ фундаменталните права кои се заштитуваат во ЕУ. Повелбата ги содржи следните права и слободи: Дигнитет, Слободи, Еднаквост, Солидарност, Граѓански права и Правда. Донесена во 2000-та година, оваа Повелба стана правно обврзувачка за земјите членки на ЕУ, на 1.12.2009-та година, со влегувањето во сила на Договорот од Лисабон.

[15] За подетална анализа на праксата за интелектуалната сопственост на Европскиот суд за човекови права, види кај L.R. Heifer, "The new Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", *49 Harvard International Law Journal (Winter 2008)*, цитирано според C. Geiger, "Copyright's fundamental rights dimension at EU level", *Copyright and Related Rights (Collection of Papers published within the Tempus Project 144582)*, Skopje, 2012, стр. 75.

ваат континуиран тренд во судската пракса во многу европски држави. Всушност, одредбите од конвенцијата немаат само вертикален ефект, туку исто така и хоризонтален ефект и заради тоа се применуваат и на односите помеѓу поединците. Заради тоа, граѓанските судии мораат да ги применуваат фундаменталните права на ЕЧКП во доменот на интелектуалната сопственост во многу одлуки во различни држави во Европа.[16]

Модерната рамка на фундаменталните човекови права, како во светот така и во Европа е поставена со донесувањето на Универзалната декларација за човековите права (во понатамошниот текст: УДЧП) од 1948 година. Согласно член 27 став 1 и 2 од УДЧП, секој има право на заштита на моралните и материјалните интереси кои произлегуваат од научното, литературното и уметничкото творештво на кое тој е автор. Иако се работи за декларација, се смета дека таа има обврзувачки карактер и може да се применува директно. Како потврда на ова е и ставот на ЕСП, според кој УДЧП и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права на Организацијата на обединетите нации од 1966 година, се составен дел од европската рамка на фундаментални права и тие директно и непосредно се применуваат.

Авторите и сите творци се стремат да придонесат кон општото добро и благосостојба на општеството. Заради тоа може да се заклучи дека фундаменталните права нудат урамнотежена рамка за авторското право во ЕУ. Следствено, фундаменталните права и човековите права се синтеза на основата на природното право[17] и утилитаризмот и претставуваат вредност од која се развило авторското право[18].

Покрај напред наведените меѓународни извори, кои го третираат авторското право како фундаментално човеково право и како такво инсистираат на директна и непосредна заштита на авторите, во членот 17 (2) од Европската повелба за фундаментални (основни) човекови права се зборува за заштита на интелектуалната сопственост, како таква. Заштитата не се врзува ексклузивно само за авторот и неговите творби, односно креации на човековиот ум. Во оваа насока е и членот 1 од Протоколот 1 на ЕКЧП, што имплицира дека се заштитени и оние кои се инвеститори, односно носителите на авторското право[19].[20]

---

[16] C. Geiger (fn. 14) – op.cit., стр. 76 и 77.

[17] За теоријата за природното право види повеќе кај Ј.Д.Анастасовска, В. Пепељугоски, *Право на интелектуална сопственост*, Академик 2012 година, стр. 113.

[18] C.Geiger (fn. 14), стр. 81.

[19] *Ibid.*, стр. 82.

[20] Во оваа насока е и членот 69 од ЗАПСП на РМ од 2010 година.

4. Статусот на авторското право и неговата заштита како фундаментално човеково право во Република Македонија

Се чини дека и РМ ја следи праксата на повеќето европски држави и во членот 47 од Уставот ги гарантира правата кои произлегуваат од научно, уметничко или друг вид творештво и се обврзува дека ќе ги поттикнува, помага и штити научниот и технолошкиот развој. Имајќи во вид во дека овие одредби се поместени во делот од Уставот кој ги регулира „основните слободи и права на човекот и граѓанинот“, односно во одделот кој се однесува на основните економски, социјални и културни права, а притоа овие одредби посредно го регулираат авторското право, произлегува дека и македонскиот уставотворец прифатил дека авторското право влегува во корпусот на фундаментални човекови права. За разлика од РМ и одредбите на уставите на повеќето европски држави, уставите само на неколку држави го споменуваат експлицитно авторското право[21].

Всушност, македонскиот уставотворец ги прифатил светските и европските трендови, тргнувајќи од модерната рамка на фундаменталните човекови права во кои се вбројува и авторското право, поставена со донесувањето на УДЧП од 1948 година, Европската конвенција за заштита на човековите права (во понатамошниот тескт: ЕКЧП), Европската повелба за фундаментални (основни) човекови права од 2000 година[22] и праксата (case law) на Европскиот суд за човекови права. Според сите напред наведени меѓународни и регионални документи, во фундаменталните човекови права влегува и интелектуалната сопственост (вклучително и авторското право). Затоа можеме со сигурност да речеме дека со одредбите од членот 47 од нашиот Устав, се нормирани директните гаранции на државата за развиток на авторското право, како и дека државата ќе ги помага и штити авторите и нивните творби и права.

Веќе рековме дека врз основа на уставните одредби македонскиот законодавец го донесе ЗАПСП од 2010 година, кој претставува основен и темелен правен акт со кој се регулира авторското право и сродните права во РМ. ЗАПСП предвидува највисока можна заштита на авторите и нивните творби, согласно преземените обврски со меѓунардните договори и конвенции. Како потврда на овој наш став се одредбите од членот 2 до членот 11 од ЗАПСП. По примерот

[21] Види член 44 од Уставот на Русија, член 42(2) од Уставот на Португалија, член 43(1) од Уставот на Словачка, Дел 2, член 73 став 2 и 3 од Уставот на Република Србија, член 60 од Уставот на Словенија и член 16 од Уставот на Шведска. Види на http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6917, Последна посета на 5.1.2017.

[22] Повелбата е донесена со цел да ги помести во еден документ фундаменталните права кои се заштитуваат во ЕУ. Повелбата ги содржи следните права и слободи: Дигнитет, Слободи, Еданквост, Солидарност, Граѓански права и Правда. Повелбата стана правно обврзувачка за земјите членки на ЕУ, на 1.12.2009-та година, со влегувањето во сила на Договорот од Лисабон.

на одредбите од членот 17 (2) од Европската повелба за фундаментални (основни) човекови права и членот 1 од Протоколот 1 на ЕКЧП, кои ги заштитуваат и оние кои се инвеститори, односно носителите на авторското право односно, со членот 69 од ЗАПСП се утврдува дека правата што според законот му припаѓаат на авторот, вклучително и правото на судска заштита, му припаѓаат и на друг носител на авторското право, во обем што со закон или со друг правец му се пренесени. Во насока на проширување на субјектите кои можат да побараат заштита, се и одредбите од член 160 и 161 од ЗАПСП. Според овие одредби, лицето чие авторско право е повредено, може да побара заштита на правото, вклучително објавување на судска пресуда, времени мерки за заштита на авторското право, мерки за обезбедување на докази и други мерки[23]. Ставот 3 од членот 160 од ЗАПСП определува дека покрај авторот за такво лице се смета и носителот на правото и лицето овластено да го користи правото. Секое од напред наведените лица може од трето лице да побара заштита на правото, како да е единствен носител, односно согласно член 168 од ЗАПСП може да побара надоместок за сторената материјална штета и за загубената добивка. За разлика од надоместокот за претрпената материјална штета, надоместок за нематеријална штета може да бара и да му биде досуден од страна на судот, само на авторот[24].

Заштитата не се врзува ексклузивно само за авторот и неговите творби, односно креации на човековиот ум. Имено, согласно член 6 од ЗАПСП, авторското право е самостојно право и независно од сопственичкото право или други права над ствари во кои е содржано авторско дело, доколку со закон поинаку не е определено[25]. Значи „големото" авторско право е отелотворено во стварта, односно духовните креации се стопени во својот материјален израз. Пренесувањето материјални права на авторот на делото не влијае на сопственичкото право на предметот во кој е содржано авторско дело, доколку со закон или со договор поинаку не е определено. Истото се однесува и на пренесувањето на сопственичкото право.[26] Посебната заштита на авторското право се огледа и во одредбите кои го регулираат заедничкиот имот на брачните другари и извршувањето над авторското право. Имено, согласно член 8 од ЗАПСП, во заедничкиот имот на брачните другари[27] не влегува авторското право, туку само имотната

---

23 За овие дејствија види член 185, 176, 177, 178 и 179 од ЗАПСП.

24 Види член 169 од ЗАПСП.

25 Види член 30 од Уставот на РМ, член 2, 3, 8 и 12 од Законот за сопственост и други стварни права (*„Службен весник на РМ", бр.18/01, 31/08, 92/08, 139/09 и 35/10*).

26 Види член 2/ж од Конвенцијата за основање на Светската организација за интелектуална сопственост.

27 Оваа одредба е во корелација и со одредите од Законот за семејство и Законот за сопственост и други стварни права. Види член 6 од Законот за семејство (*Службен весник на РМ бр. 80/92, 9/96, 19/00, 79/01, 38/04, 60/05, 33/06, 84/08, 117/09, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15 и 150/15)* и член 66-81 од Законот за сопственост и други стварни права на РМ.

корист што произлегува од користењето на авторското право. Истовремено, законодавецот предвидел дека извршување над авторското право не е дозволено, а не е дозволено и извршување над недовршено авторско дело и над необјавен оригинал на авторско дело.

Посебната заштита на авторското право на ниво што е и поголема од правото на сопственост[28], се огледа и во одредбите кои ја регулираат заштитата на интегритетот (спротивставување на менување, деформирање или сакатење на делото, што може да наштети на неговата чест и углед, како и на уништување на делото) на авторското дело, во правото на откажување на користењето на делото, правото на давање на дозвола за преработување на делото, правото на пристап и на предавање, правото на следство, раскинувањето на пренесувањето.

5. Статусот на авторското право на архитектонските дела и Проектот „Скопје 2014“

Во воведот на трудот укажавме дека ќе се задржиме на авторскоправните аспекти на Проектот. За нас е неспорно дека од авторскоправен аспект изградбата на новите згради, фонтани, споменици и сл., односно на новите архитектонски дела го поттикнува и развива творештвото и авторското право, доколку се почитува ЗАПСП и останатите позитивни прописи на РМ. Исто така, легитимно и согласно позитивните законски прописи е да се поставуваат посебни услови – објектите да бидат проектирани во стилот „Барок“. Притоа, авторот не е доволно стручен и компетентен да дава коментар дали едно архитектнско дело во 21 век треба да биде во стилот барок или не, дали истото има естетска вредност или не. Иако, за некои архитектонски дела од Проектот, осовано може да се постави прашањето дали го исполнуваат критериумот – „оригиналност“, ова прашање не е предмет на истражување на овој труд.

За нас е спорна, новата градба, доградбите и менувањето на фасадите на повеќе згради во рамките на Проектот.

Имено, автор на архитектонскиот проект на зградата на Македонскиот народен театар е архитектот Јосип Буковац[29]. Зградата како архитектонско дело била градена во периодот 1921 – 1927 година.[30] Истата е тешко оштетена и

---

[28] Види коментар кон фуснота 23 од овој труд.

[29] За архитектот Јосип Буковац не можевме да најдеме податоци кога починал. Согласно член 189 ст.1 т.4 од ЗАПСП, заштита ужива архитектонско дело кое како недвижност се наоѓа во РМ.

[30] Првиот Закон за авторско право на Кралството Југославија е донесен на 26.12.1929 година. Овој закон важел на територијата на целата земја. Со Законот за авторско право на ФНРЈ од 2.5.1946 година и пристапувањето кон Бернската конвенција домашните и странските автори имаат еднакви права и во случај на несоодветна заштита на авторите од страна на националната држава, согласно принципот на минимални права и национален третман, одредбите од конвенцијата се применуваат

срушена за време на земјотресот во 1963 година. Неодамна ова архитектонско дело повторно е изградено, според плановите по кои е градено оригиналното архитектонско дело и со одредени мали измени.

Автор на архитектонскиот проект на зградата на „Офицерскиот дом“ бил рускиот емигрант – архитектот Василиј Фјодорович Фон Баумгартен (1879 – 1945)[31]. Зградата е изградена во 1929 година, а е тешко оштетена и срушена за време на катастрофалниот земјотрес во Скопје во 1963 година. Во моментов, во фаза на изградба е зградата на „Офицерскиот дом“ која сега треба да претставува „Градска куќа“, според старите архитектонски планови, со одредени мали измени. Ако се знае дека материјалните авторски права согласно член 55 од ЗАПСП траат за време на авторовиот живот и 70[32] години по неговата смрт, за да се користат архитектонските планови за повторна изградба на овој објект, морало да биде побарана согласност од неговите наследници, доколку Фон Баумгартен ги имал. Од друга страна, за да се менуваат архитектонските планови на „Офицерскиот дом“ односно да се менува ова архитектонско дело, морало да се внимава и на моралните авторски права, а посебно на правото на заштита на интегритетот на делото (член 21 од ЗАПСП). Ова од причина што наследниците на авторот имаат право да се спротивставаат на менувањето, односно на неговото деформирање или сакатење што може да наштети на авторовата личност, чест или углед. Во случајов нема основ за примена на членот 10 од ЗАПСП, односно на обврската преработката да му биде понудена најпрво на авторот на изворното дело доколку тој е жив, бидејќи е неспорно дека Фон Баумгартен починал во 1945 година. Меѓутоа, секако дека инвеститорот, односно сопственикот на новиот објект „Градска куќа“ е должен да ги почитува моралните права на авторот, согласно член 10 став 2 од ЗАПСП. Како во случајов на авторот на овој труд не му е познато дека инвеститорот, односно сопственикот на новиот објект ги почитувал напред наведените обврски од ЗАПСП и на член 12 од Бернската конвенција за заштита на авторското право, сметаме дека е направена повреда на авторското право.

Зградата на Собранието на РМ е проектирана од страна на архитектот Виктор Лукомски (1884 – 1947)[33], кој победил на официјалниот оглас од 1930 година, а е изградена според архитектонското решение/проект на чешкиот ар-

непосредно – *Pravna enciklopedija 1*, Savremena Administracija, Beograd, 1985, стр. 82.

31 http://www.blic.rs/vesti/beograd/docekao-da-vidi-i-puskina-u-beogradu/xmclbyt. Последна посета на ден 5.1.2017.

32 Законите во поранешната СФРЈ, кои го регулираа авторското право се: Законот за авторско право од 1946, Законот за авторско право од 1957, Законот за авторско право од 1968 и последниот од 1978 година, кој важеше и во независна Република Македонија до донесувањето на Законот за авторско право и сродните права од 1996, определуваа траење на авторското право од 50 години – Pravna enciklopedija 1 (fn. 29) – op.cit., стр. 82–83.

33 *Ibid.*

хитект Виктор Ј. Худак[34] и е изградена во 1938 година[35]. Во изминативе години, на истата ѝ беа додадени 5 (пет) куполи и беа направени одредени измени (доградби). Како немаме податоци до кога живеел архитектот Худак, не можеме со сигурност да тврдиме дали авторското право сѐ уште трае или не. Меѓутоа, и во овој случај, како и во случајот со зградата на „Офицерскиот дом", сметаме дека е направена повреда на авторското право. Од друга страна, за да се менуваат архитектонските планови на Зградата на Собранието на РМ, односно да се менува ова архитектонско дело, морало да се внимава и на моралните авторски права, а посебно на правото на заштита на интегритетот на делото (член 21 од ЗАПСП).

Заеднички, за трите претходни архитектонски дела, доколку наследниците на авторот сметаат дека со таквото менување се врши деформирање или сакатење на делото што може да наштети на авторовата личност, чест или углед, можат да се спротивстават. Согласно член 52 став 2 точка 16 од ЗАПСП, цртежите или проектите на архитектонските објекти можат да се користат без плаќање надоместок, заради нивна реконструкција[36]. Но за менување на архитектонскиот проект, морало да се побара и добие дозвола од наследниците. Во случајов нема основ за примена на членот 10 од ЗАПСП – преработката да му биде понудена најпрво на авторот на изворното дело доколку тој е жив, бидејќи е најверојатно дека архитектите починале одамна. Меѓутоа, секако дека инвеститорот, односно сопственикот на објектот е должен да ги почитува моралните права на авторот, согласно член 10 став 2 од ЗАПСП. Како во случајов на авторот на овој труд не му е познато дека инвеститорот, односно сопственикот ги почитувал напред наведените обврски од ЗАПСП, сметаме дека е направена повреда на авторското право.

Се разбира најспорно е менувањето на фасадите на зградата на Владата на РМ и на зградата на познатата „Стоковна куќа НА-МА" Скопје. Имено, архтектот Петар Муличковски, кој ја проектирал зградата на тогашниот Централен комитет на Сојузот на комунистите на Македонија, е сѐ уште жив. Според неговите кажувања[37] нему му било „(не)званично" понудено да направи преработка на архитектонското дело, но тој го одбива тоа заради фактот што се барало целосна промена на архитектонското дело, односно на архитектонските планови. Од друга страна истото се случило и со архитектот Славко Брезоски, кој ја проектирал зградата на „Стоковна куќа НА-МА" Скопје. И нему му било понудено да потпише дека се согласува со промена на фасадата на стоковната куќа. Тој меѓутоа изречно одбил да потпише и со тоа да прифати да се изврши промена на фасадата на зградата на стоковната куќа.[38]

34 За архитектот Виктор Ј. Худак, не можевме да најдеме податоци кога починал.

35 http://www.sobranie.mk/assembly-palace.nspx, Последна посета на ден 5.1.2017.

36 Еден од зафатите на зградата на Собранието на РМ е реконструкција.

37 Види во „Владата во барок стил е како Мона Лиза со наочари", http://a1on.mk/wordpress/archives/140724, Последна посета на ден 8.1.2017.

38 Види во "FOTO: NAJVEĆI EUROPSKI KULTURNI FALSIFIKAT Lažno ruho novog Skoplja

Значи инвеститорот/сопственикот делумно се обидел, но не ја испочитувал обврската од член 10 од ЗАПСП и член 12 од Бернската конвенција за заштита на авторското право. Ова од причина што во случајов е неспорно дека не се работи за преработка. На ова јасно укажува ставот 2 од членот 10 од ЗАПСП, според кој, доколку авторот неоправдано ја одбие понудата, сопственикот на делото стекнува право на преработка, но е должен да ги почитува моралните права на авторот. Тука првенствено се мисли на правото на заштита на интегритетот на архитектонското дело. Сепак, авторите Муличковски и Брезоски не ги искористиле одредбите од член 24 од ЗАПСП и одредбите од ЗАПСП за судска заштита (граѓанска и кривична). Се разбира јавното обвинителство имаше право по службена должност да поведе постапка за повреда на туѓо авторско право, по член 157 од Кривичниот законик[39] на РМ за повреда на материјалните права, но не и за моралните права бидејќи за истите се гонат по предлог на авторот.

Во случајот на зградата на Владата на РМ и на зградата на „Стоковна куќа НА-МА“ Скопје, на авторот не му е познато и дека е постапено согласно одредбите од член 11 од ЗАПСП. Имено, во двата случаи е неспорно дека архитектонските дела на познатите архитекти се целосно уништени со менувањето на фасадите. Затоа, инвеститорот/сопственикот на објектот бил должен да го повика авторот и да му овозможи да го фотографира своето дело, да му овозможи картографско снимање на делото, да му овозможи премер на објектот и да им овозможи на архитектите Муличковски и Брезоски на нивен трошок да им бидат доставени копии од проектите. Иако менувањето на овие грандиозни архитектонски објекти, односно нивното уништување/сакатење/деформирање предизвика многу реакции во македонската јавност, ниту еден званичен орган не излезе со званично соопштение во кое ќе даде податоци дека се испочитувани обврските кои ги предвидува ЗАПСП во вакви случаи. Единствено, за напреднаведените објекти како јавни објекти од општо значење и вредност за РМ, а истовремено и во сопственост на РМ, и за нивното менување можат и да се најдат одредени оправдувања, но не и оправдувања за непочитување на законските одредби во постапките кои се однесуваат за неовластено користење и менување на архитектонските планови и објекти/дела. Притоа, претставниците на Министерството за правда и Министерството за култура, мораа да знаат и да застанат на страната на правото, на уставниот поредок на РМ и на страната на бројните меѓународни конвенции и договори кои го заштитуваат авторското право како фундаментално човеково право.

За авторот на овој труд уште поспорно и незаконско е менувањето на

ili kako megalomanija vladajuće stranke osramotila malenu Makedoniju“, http://www.jutarnji.hr/globus/Globus-svijet/foto-najveci-europski-k...galomanija-vladajuce-stranke-osramotila-malenu-makedoniju/5434143/, Последна посета на ден 25.12.2016.

[39] Законодавецот за ова кривично дело предвидува казна затвор од 6 месеци до 5 години.

фасадите на повеќе згради во централното градско подрачје, кои претставуваат архитектонски дела и над кои авторско право имаат архитектите/автори на истите, а кои се во сопственост на физички лица и кои никако не можат и не смеат да имаат карактер и статус на јавни објекти. Иако законодавецот за да ја направи таа незаконска промена според ЗАПСП, го донесе Законот за изменување и дополнување на законот за градење, во кој вгради нов член 67-а. Според оваа одредба, законодавецот му даде право на Советот на општината на градот Скопје и на другите совети на општини со одлука да можат да го утврдат изгледот на фасадата на еден или повеќе објекти ставени во употреба или за истите е донесено правосилно решение за утврдување на правен статус на бесправен објект, согласно Законот за постапување со бесправни објекти, а кои се наоѓаат во централното градско јадро, доколку утврдат дека тоа е од значење за општината, општината во градот Скопје, односно градот Скопје. Во овој случај, инвеститор е општината, општината во градот Скопје, односно градот Скопје чиј совет донел одлука со која е утврден изгледот на фасадата на објектот, односно објектите. Сите трошоци за изведување на градежните работи се обезбедуваат од буџетите на напред наведените органи. Овие одредби зборуваат и го регулираат „само“ сопственичкото право, а не и авторското право. Но, и „задирањето“, односно ограничувањето[40] на сопственичкото право е најмалку речено дискутабилно. Се поставува прашање кој е тој јавен интерес на општината да го промени изгледот на фасадата на вашата куќа, зграда или друг објект (законодавецот го користи терминот „објект“), само затоа што не ѝ се допаѓа стилот во кој е изграден? Ако, согласно член 98 став 3 од Законот за сопственост и стварни права, дури и сопственикот не може во својот дел да врши преправки што би можеле да го нарушат архитектонскиот лик на зградата или да ја намалат нејзината сигурност (стабилност), односно стабилноста на некој заеднички дел од зградата или на друг сопственик, како и на тие делови да им нанесе штета, се поставува прашањето, која е законската оправданост, односно кој е јавниот интерес тоа право да му биде доделено на Советот на некоја општина, без притоа да се прецизира јавниот интерес. Ако кон ова додадеме дека се менува само предниот дел од фасадата на станбените и деловните згради а не и задниот дел, станува појасно дека во случајов не се работи за јавен интерес, бидејќи законот не зборува за измена на „предната фасада“ и не може само предната фасада да не е во согласност со јавниот интерес, а задната фасада кој останува непроменета да е во согласност со јавниот интерес.

Уставотворецот е јасен дека и ако се работи за експропријација, а во случајов според нас се врши експропријација на сопственоста на фасадата на објектите, на сопствениците мора да им се понуди и правичен надоместок кој

[40] Ограничувањето на правото на сопственост заради јавен интерес е во согласност со член 10 од Законот за сопственост и други стварни права.

не е понизок од пазарната вредност. Фактот што надлежните органи ги сносат трошоците за промената на фасадата, не значи дека сопствениците се обесштетени за промената на изгледот на фасадата. Од друга страна, се поставува и прашањето зошто надлежните општински служби на Министерството за транспорт и врски, вклучително и оние кои се бават со урбанизам, претходно издале одобрение за градба на еден објект, ако знаеле или можеле да знаат дека предвидената фасада на тој објект не го задоволува јавниот интерес на општината?! Повеќе од јасно е дека се работи за нерационално и уставно неиздржано решение. Од друга страна, независно од одредбите на Законот за изменување и дополнување на законот за градење, инвеститорот општината, општината во градот Скопје, односно градот Скопје мора да ги почитуваат и одредбите од член 10, 11 и 24 од ЗАПСП. Заради тоа сметаме дека означените одредби од Законот за изменување и дополнување на законот за градење, се во спротивност со член 30 [41] и член 47 од Уставот на РМ, бидејќи со нив се повредуваат фундменталните човекови права – авторското право и правото на сопственост. На овој начин нашата држава не ги почитува ниту обврските од Универзалната декларација за човековите права (во понатамошниот текст: УДЧП) од 1948 година, Европската конвенција за заштита на човековите права, Европската повелба за фундаментални (основни) човекови права од 2000 година и праксата на Европскиот суд за човекови права.

6. **Заклучок**

На крајот како заклучок сакаме да истакнеме дека една од целите на Проектот беше, на светот да му покажеме дека сме една од најстарите цивилизации и дека во РМ има знаење и моќ да се изградат грандиозни архитектонски објекти и дека имаме богата историја и кулутура и многу познати уметници и автори. Но, изгледа дека во реализацијата на овој проект, како да се заборави дека степенот на заштитата на правата од интелектуална сопственост (вклучително и на авторското право) се врзува со степенот на цивилизираноста на едно општество. Затоа и не можеме да најдеме оправдување и сметаме дека со непочитувањето на одредбите на ЗАПСП, се прави и „тивка“ експропријација

[41] Со членот 30 од Уставот на РМ, се гарантира правото на сопственост и правото на наследување. Сопственоста создава права и обврски и треба да служи за добро на поединецот и на заедницата. Никому не можат да му бидат одземени или ограничени сопственоста и правата кои произлегуваат од неа, освен кога се работи за јавен интерес утврден со закон. Во случај на експропријација на сопственоста или во случај на ограничување на сопственоста се гарантира праведен надомест кој не може да биде понизок од пазарната вредност.

или национализација[42] [43]на авторското право на авторите – архитекти, но ако сакате и на правото на сопственост на фасадите, како ствар/предмет, во кои е отелотворено авторското право. На ваков начин се повредува авторското право како фундаментално човеково право. Но, ако надлежните органи (јавниот обвинтел) по службена должност не покренуваат кривична постапка, тоа право мораат да го искористат авторите и нивните наследници и да поведат граѓански и кривични постапки пред надлежните органи и судови во РМ. Откако ќе го искористат сите расположливи правни средства ќе треба да го искористат своето право и да поднесат жалба пред Судот за човекови прави во Стразбур, бидејќи е неспорно дека РМ преку реализација на Проектот ги повредува фундаменталните човекови права.

7. **Библиографија**

- Анастасовска Ј., Пепељугоски В., *Право на интелектуална сопственост*, Академик 2012 година
- Geiger C., “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level”, *Copyright and Related Rights (Collection of Papers published within the Tempus Project 144582)*, Skopje, 2012
- Gorenc V., *Trgovačko pravo, Društva*, Zagreb, 1995
- *Comission staff working document*, Republic of Macedonia, Report 2015, Brussels, 10.11.2015 SWD(2015) 212 final
- Закон за авторското право и сродните права (*„Службен весник на РМ“ бр. 47/96, 3/98, 98/02, 4/05 и 131/07*) во РМ е донесен во 1996 год. и важеше до 2010 год.
- Закон за авторското право и сродните права (*Службен весник на РМ, бр.115/10, 140/10, 51/11, 147/13, 154/15 и 27/16*)
- Законот за градење (*Службен весник на РМ бр.28/14 од 06.02.2014*)
- Закон за денационализација од 2000 година (*„Службен весник на РМ 43/2000*)

[42] Во времето кога РМ беше во составот на поранешната СФРЈ, донесени се Законот за национализација на приватните стопански претпријатија од 6.12.1946 година, кој беше изменет и дополнет на 29.4.1948 година и Законот за национализација на наемните згради и градежното земјиште од 31.12.1958 година. Со првиот закон беше извршена национализација на претпријатијата и целокупниот нивен движен и недвижен имот, но и сите имотни права како што се патентите, жиговите, индустрискиот дизајн, лиценците, авторските права и сл. Уставот на РМ не познава национализација – Pravna enciklopedija 1 (fn. 29), op.cit., стр. 845–847.

43 РМ донесе Закон за денационализација во 2000 година (*„Службен весник на РМ 43/2000*). Предмет на овој закон беше одземениот имот во корист на државата, според законите од фуснота 40 на овој труд.

Закон за културата (*Службен весник на РМ, бр. 31/98, 49/03, 82/05, 24/07, 15/08, 116/10, 47/11, 51/11, 136/12, 23/13, 187/13, 44/14, 61/15, 154/15 и 39/16)*

Закон за облигационите односи (*Службен весник на РМ, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13)*

- Закон за парничната постапка (*Службен весник на РМ, бр. 79/05, 110/08, 83/09, 116/10 и 124/15*)

Закон за семејство (*Службен весник на РМ бр. 80/92, 9/96, 19/00, 79/01, 38/04, 60/05, 33/06, 84/08, 117/09, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15 и 150/15)*

- Законот за сопственост и други стварни права *(„Службен весник на РМ“, бр.18/01, 31/08, 92/08, 139/09 и 35/10*)
- Законот за царинските мерки за заштита на правата од интелектуална сопственост *(Службен весник на РМ, бр. 88/15, 154/15, 192/15 и 23/16*)
- Кривичен Законик (*Службен весник на РМ, бр.37/96, 80/99, 48/01, 04/02, 16/02, 43/03, 19/04, 40/04, 81/05, 50/06, 60/06, 73/06, 87/07, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15 и 226/15)*
- *Pravna enciklopedija 1*, Savremena Administracija, Beograd, 1985.
- Устав на Република Северна Македонија од 1991 година
- Устав на Социјалистичка Република Македонија од 1974 година („*Службен весник на СРМ“, бр.7*)
- Heifer L.R., "The new Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", *49 Harvard International Law Journal (Winter 2008)*

http://a1on.mk/wordpress/archives/140724

http://www.blic.rs/vesti/beograd/docekao-da-vidi-i-puskina-u-beogradu/xmclbyt.

http://www.jutarnji.hr/globus/Globus-svijet/foto-najveci-europski-k... galomanija-vladajuce-stranke-osramotila-malenu-makedoniju/5434143/,

http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6917

www.skopje2014.prizma.mk

http://www.sobranie.mk/assembly-palace.nspx,

Prof. Dr.sc Valentin Pepeljugoski[44]

PROTECTION OF COPYRIGHT AS A FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT AND THE PROJECT “SKOPJE 2014”

Summary

The Project “Skopje 2014” is a controversial project taking into consideration its political, economical, financial and artistic aspects. In regards to the protection of the copyright as a fundamental human right, which is regulated internationally by the European Convention for Human Rights, The European Charter for Fundamental Rights of 2000, very little is said and written. The enforcement of the Project “Skopje 2014”, especially the refurbishment of the buildings, the copyright of the architects has been violated. Although the Law on amendment of the Law on building enables in public interest the council of the city of Skopje, and the municipal councils to pass a decision for change of the buildings` appearance, on their expense, the author considers that this Law is contrary to the Constitution of the Republic of Macedonia, the international conventions and agreements and that this Law directly infringes the copyright as a fundamental human right and thus the ownership right. The Author concludes that the enforcement of this Project is in fact “silent” expropriation or nationalization of the copyright as an intellectual property right.

Key words: *copyright, architect, basic (fundamental) human right, expropriation, nationalization.*

[44] Professor at FON University Skopje.

Prof. Dr.sc Valerii Lazarev[1]
Dr.sc Khanlar Gajiyev[2]
Gracheva Svetlana[3]
Andrei Sidorenko[4]

THE ROLE OF JUDICAL DOCTRINE IN THE EVOLUTION OF LAW ENFORCEMENT: INTERNATIONAL AND NATIONAL ASPECTS

УДК: 341
1.04 Стручна статија

Summary

The article analyzes the development of national judicial enforcement in terms of influence of factors of international judicial practice and integrative jurisprudence, which develops new approaches to the interpretation of law at the national level.

In the legal theory and practice attention to the judicial enforcement is focused on the issues of judicial activism and legal force of the judgments most frequently. It implies the problem of a competence dispute (on capabilities of judicial discretion in public authority exercise mechanism), that is a stumbling point in attempt to comprehend and interpret the essential idea of judicial law and judicial law-making. However, the problem of judicial regulation is hardly recognized in countries with ultra-positivistic structure of law. Thus, in the national legal discourse, ideas of goals, values implied by the judicial enforcement itself relating to judicial interpretation (not only in textual context) are insufficiently expressed.

The authors made a conclusion that it is important to outline the idea of judicial doctrines, which, in modern conditions of convergence of legal systems and development of integrative perception of law, may be considered as the proven and progressive method of judicial discretion and arguing, that bring the courts closer, in terms of their role, to legislative process with regard to circumstances of the cases they consider. Making association between judicial activities and doctrines in the law also contributes to empirical enrichment and effectiveness of law.

---

[1] Doctor of Laws, the Chief Researcher of the Institute of Legislation and Comparative Law.

[2] Doctor of Laws, the Chief Researcher of the Institute of Legislation and Comparative Law, Former Judge of the European Court of Human Rights.

[3] Candidate of Law, the Senior Researcher the Institute of Legislation and Comparative Law.

[4] Candidate of Law, the Leading Researcher of the Institute of Legislation and Comparative Law.

Key words: *judicial doctrine, judicial discretion and enforcement, legal system, integrative perception of law.*

1. Introduction

The current stage of law and legal relations dynamics, associated with the development of forms and levels of judicial protection, requires special attention to the analysis of judicial enforcement, to deepen its nature, to assess the conceptual security. Traditionally, in the practice of the courts of the Continental Legal System, attention to this topic has traditionally been focused on the problem of the “influence” of courts and the limits of judicial activism, suggesting to a greater extent a competent dispute (about the possibilities of judicial discretion in the mechanism of exercising public power, when resolving legal issues), which becomes a “stumbling block” in understanding the idea of judicial law and law-making. This is manifested in the discourse on the application by courts of sources of law, correlation of judicial forms of activity with other types of legal regulation, methods and methods (tools) of judicial interpretation.

However, the national legal discourse does not sufficiently express the ideas of goals and values assumed by judicial enforcement itself, which could justify judicial discretion when choosing certain arguments when forming a judicial position, deviation from the “letter” of the law when interpreting the rule (for example, in the case of uncertainty, “absurdity” of the result when applying it). For this reason, we believe that it is important to designate the idea of judicial doctrines, which in modern conditions of convergence of legal systems and the development of integrative ideas about law can be considered as the “main method” of judicial discretion and argumentation, which is essential for the conceptualization of judicial analysis.

Judicial doctrines, de facto being spread in the former-Soviet judicial practice, are practically not recognized in judicial practice, while the topic of case properties of judicial acts has become almost central in the discussion of issues of judicial functioning and influence on the law, legal relations. Further study of judicial doctrines will promote the convergence between national legal systems of common law and civil (continental) law including former-Soviet law.

The ongoing evolution of judicial enforcement requires attention not only in terms of raising the issue of judicial doctrines, but also in terms of their consideration in the cycle of judicial activity, with three components: a) the application by the court of general doctrines recognized in the law (which also includes legislative decisions); b) discretion in addressing the logic of judicial reasoning (consistency in the analysis of applicable regulation, the positions of

the parties in relation to the actual circumstances), when it is possible to apply the existing judicial doctrine as well; c) interpretation of the entire applied (including judicial) regulation based on techniques, methods of construction to develop your own position. In the latter case, a new judicial doctrine may emerge.

No less important (and perhaps more fundamental) reason for considering the topic of judicial doctrines is the need to find ways of optimal application of legal thought in judicial practice, on the one hand, and – increasing attention to the empirical basis for the development of law, its knowledge, on the other hand. This is important for the rationalization of the law, increasing the effectiveness of its regulatory mechanisms. Judicial doctrines can be considered a "connecting functional link" between general legal doctrines (as the results of thinking *in abstracto*) and law enforcement practice (forming *in concreto*), which perform the function of conceptualization of empirical experience in law, on the one hand, and the increase of realistic principles of legal education, on the other hand.

This paper explores a number of issues in a step-by-step manner.

Firstly, the idea of judicial doctrines is theoretically grounded and linked to general doctrines in law (in its universal context, taking into account the trend of convergence of legal systems).

Secondly, the factor of international justice is studied, in connection with which there is a noticeable increase in the number of international judicial doctrines that determine the actual appearance of judicial enforcement (defined by the "activist" concepts of judicial interpretation of law).

Thirdly, the topic of judicial doctrines in the national legal practice is considered on the basis of recently developed integrative methods and approaches to the analysis of law, stimulating the issues of judicial law-making in the legal discourse.

Fourth, the problem of judicial doctrines is analysed in connection with the issue of methods and techniques of judicial argumentation, the development of which is a condition for the emergence of such doctrines, as well as the application of established approaches to the judicial interpretation of law and legislation.

2. Theoretical justification of the idea of judicial doctrines in law

The development of law has always been accompanied and conditioned by the creation and appearance of legal doctrines, which can be conventionally understood as a generalized (complex) methodical and legal attitude to general and specific issues of law. It can be stated that the legal doctrine is a key element of the dynamics of law and legal relations.

It should be noted that legal doctrines are often understood and considered in a general, abstract and theoretical modus, while sometimes getting quite a

"scientific" interpretation (as, for example, in Russia and a number of other civil law states).

As a rule, in Russian legal thought, the doctrine is considered only as *"an authoritative opinion of scientists expressed in the form of principles, theories, concepts"* or as *"a system of views developed by science on the problems of legal regulation of public relations, expressed in the form of principles, presumptions, axioms, etc."*[5] At the same time, the doctrine is usually interrelated with the system of ideas and views that determine the development of a particular branch of law, for example, the doctrine of constitutional law, the doctrine of international law, the doctrine of private (civil) law, the doctrine of environmental law, etc.

At the same time, the dynamics of modern law, which is determined not only by the trends of national legal regulation, but also by global and regional processes for the rapprochement of legal systems, increasing the number of international relations and obligations, increasing the "unifying" role of international judicial activity, dictates the need for a more differentiated assessment of the idea of legal doctrine. However, the system of views and approaches, presented in the form of theoretical and legal generalizations, can be recognised not only in scientific thought, but also in judicial practice, which suggests the possibility of identifying not only general, but also judicial doctrines.

Therefore, legal doctrines as a generic concept can be described in at least two connotations. In a broad sense, the legal doctrine is an independent element of the legal system, including sound authoritative theories about other components of the legal system, having a scientific-applied nature. In a narrower (methodological) perspective, we are talking about a system of legal views, ideas about the proper regulation of public life, based on a set of arguments that allow, according to the opinion of the bearers of these views, to approach the desired result or assess the situation. While the first value allows us to characterize general doctrines, the second value is more in line with the idea of "practically-oriented" doctrines and, first of all, judicial doctrines.

Description of the relationship between the general and judicial doctrines can be conventionally indicated by the following theses:

1) Neither the creation nor the application of the law can be effective unless indirectly expressed by a legal doctrine;
2) any legal doctrine takes into account to some extent the results of judicial activity;
3) A number of legal doctrines are actually developed in the course of judicial activity, have a direct bearing on it and are embodied in judicial acts, which purport to be called judicial doctrines.

[5] T. Ya. Khabrieva. Doctrinal Meaning of the Russian Constitution // Russian Law Magazine. 2009. No. 2. P. 23.

The subject of judicial doctrines in its ideological meaning in the modern legal discourse is getting more and more widespread (however the term itself is used rarely). It can be associated with frequent discussions on the issues, such as place and role of judicial activities in legal practice, methodology of judicial discretion and adoption of judgment, judicial forms of law development, etc.

General legal doctrines (as theoretical and legal generalizations, gaining recognition and legitimization, including at the legislative level), serve as the main formation and enrichment of judicial practice and, consequently, judicial doctrines, when the facts of a case require a new doctrinal interpretation, without which it is impossible to select the "key" to the resolution of the case. This assumes a relationship (forward and inverse) between general doctrines, judicial doctrines and the practice that has been the subject of judicial analysis. We believe that the interpenetration and interrelation of these processes serve the evolution of legal science and law enforcement. Therefore, it is natural that in the legal literature legal doctrine is sometimes considered an effective mediator, an intermediate step between theory and practice in the three-dimensional chain of legal argumentation.[6]

As noted above, legal doctrines often include those of judicial origin. One can even agree with the observation that modern law is largely developed on the basis of judicial doctrines (increasing their number), the downside of which is an increase in the conflict situation in the law and the increase in its uncertainty.

Among the reasons for such "judicial" development of law are the following. First of all, it is about the courts' desire to respond effectively to legal problems by means of judicial reasoning in the process of resolving cases and, on this basis, the development of approaches capable of influencing the administration of justice in subsequent similar cases, which, in turn, is a way of achieving some certainty in the law, at least at the stage of judicial activity. In addition, the "judicial pursuit" for a balance between abstract and concrete, general and separate in the knowledge and development of law is important, and judicial doctrine can be considered a kind of instrument for balancing law enforcement and law-making principles in judicial activity, implementing modern legal policy.

The proposed "model" view on the problem of judicial doctrine suggests the need to take into account many factors affecting the state of judicial activity in a particular legal order, the role of the courts in the mechanism of public power, and, accordingly, the quality of such "doctrines", the prospect of ensuring their interrelation with other instruments of legal regulation, the ability to influence legal relations. In other words, the quality of judicial doctrines is determined by the cumulative state of the elements that necessarily influence the entire process of formation and influence of such doctrines. These include: recognition of the law-making function of the court, development of the law of interpretation methods and techniques of judicial argumentation, the place of

[6] See: R. E. Barnett: Why We Need Legal Philosophy. Harvard Journal of Law and Public Policy. 1985, No. 1, Vol. 8, p. 10

doctrine in the system of the sources of law, the orientation of courts towards respect for previous decisions on similar facts, the ability of the system to strengthen the benefits of integrative principles in the development of law through judicial doctrines, etc.

The most important among such factors of influence, undoubtedly, are the accomplishments of legal scholarship, the level of democratic and legal culture, which are largely a consequence of the traditions of the legal school prevailing in a particular legal system (characterized in particular by the specifics of the source of the basis, methods of legal regulation, the subject orientation of national law). It also affects the understanding of the content, the meaning of the doctrine in law. Geopolitical factors also play a role in this regard, but we believe it would be inappropriate to pay attention to them when considering the legal issues *per se*.

Taking into account the role of "traditionalism" of the school of jurisprudence in the development of a specific national legal order in general and its judicial institutions in particular, we would like to emphasize that the dominant legal systems – Common Law and Civil (Continental) Law – are the most competitive. It is known that one legal culture represented by the civil law coming from the Roman law as codified in the code of the Roman civil law (known as the Institutes of Justinian) and subsequently developed in continental Europe (including, as expressed in the French Civil Code of 1804), is historically competing with the legal structure of the common law that has been developed in England since 11th century. The latter, often articulated in judgments of the usually superior courts on specific facts arising in disputes, is known to differ from civil law, which is based on declarations of broad, general principles, sometimes ignoring details, lack of careful systematization, hierarchical structure, but attention to defined issues and factual details determinative of the formula "the like cases should be decided alike" (*stare decisis*) and facts of legal life.

On the other hand, in the conditions of globalisation and development of instruments of universalization of the legal order, signs of convergence and rapprochement are becoming more and more obvious, which leads to the emergence and strengthening of compositional and integrative ideas about law and its formation.

We believe it is appropriate to quote the words of R. David, which pointed to the relevant manifestations in the development of legal systems several decades ago: "The common law was created by judges who settled disputes between individuals; this legal system bears this seal of origin to this day. The common law rule is less abstract than the rule of law of the Romano-Germanic legal family and aims at solving a specific problem rather than formulating a general rule of conduct for the future...

The rule of law is increasingly comprehended in common law countries as well as in the German-Romanesque family, and it appears that, in fact, both there and here, very similar decisions are made on a number of issues, based on the same idea of justice."[7]

[7] R. David Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law 2nd Edition. 1978.

The convergence of legal systems, the emergence and development of interstate legal institutions (embodying the corresponding convergence in their work) has a decisive impact on the development of judicial activity in national systems in the way of strengthening integrative manifestations, the combination of legal schools and traditions in everyday judicial practices.

When one looks at the evolution of European legal thinking, one can see the dynamics of preferences in the evaluation of law, from abstract and general questions to more particular and specific.[8] The changes in this respect are so striking and noticeable, both in practical morality and legal philosophy, that they entailed an assessment of the process as consistent with the logic of the future of judicial law-making.[9] It is also appropriate to cite the opinion of Professor M. Cappelletti: the trend towards a favourable perception of judicial law-making is explained not only as a natural response to the legislative expansion in all spheres of life and the growth of legislative principles in the functioning of the executive branch, it also implies the exponential growth of bureaucracy. In his view, only a creative approach to judicial interpretation and enforcement, which requires judicial activism, dynamism and creativity, can meet the challenges of the new era.[10]

It should be emphasized that such changes, related to the shift in the emphasis of law towards greater realism and functionality in assessments (which have been going on for many decades), have primarily served and continue to serve the gradual development of discernments of judicial doctrines in the legal practices of continental legal tradition states.

The codified systems have changed the role of a judge. What became a boost to the concept and even a sort of a stimulant for judicial law-making was creation of constitutional courts in a number of European countries after World War II, which were given the ample powers that stipulated the active involvement of the law-making function. They triggered the evolutional development of judicial approaches to court decision practice which had long been established in the national law, they made the doctrinal legal positions, which not only absorbed prevailing concepts and views but also were distinguished by their integrative and context attitude to judicial enforcement, gain a new force. Decisions delivered by constitutional courts proved the inability of codified systems to develop apart from the courts, as well as a system based solely on judicial law-making cannot advance without its legislator.[11]

We conclude that the development of law (legal doctrines) is inseparable from judicial enforcement, which in the modern world is becoming not only a judicial means

[8] T. Koopmans, Legislature and Judiciary – Present Trends. Leiden: Sijthoff 1978, p. 309

[9] Ibid.

[10] Cappelletti M. The Law-making power of the judge and its limits: A Comparative Analysis// Monash University Law Review. Vol. 8. September. 81, pp. 26-27

[11] Sauveplanne J.G. Codified and Judge Made law. North-Holland Publishing Company. 1982. P. 118.

of legal assessment and qualification of legal situations, but also an instrument of their "regulation". In turn, modern legal understanding that integrally shapes the idea of law and the methods by which it should be developed, obviously suggests the need to raise the question of specific judicial challenges in the concrete decision making of the development of legal doctrines. This is especially true for Russian law, which for many decades has been in search of a way to "bridge the gap" between the general (abstract prescription of the legal norm) and the individual (a specific life case to be solved).

A judge uses a legal rule or, more precisely, its text, general maxims of law, and ideas given by the legal theory to correlate a particular case with the chosen interpretation method, but only if the judge is assured of validity of his choice of doctrine. There may appear a conflict (not a clash against a doctrine but a split between it and the approach chosen by the judge) when the judge will have three possible options. The first option consists in neglecting judge's beliefs and following a previously framed doctrine when he delivers his decision. Judge's second option is to neglect a doctrine and follow their own approaches. By doing that, the judge actively engages their own ideas and knowledge assuming that the doubtful norm requires more action and its application expects the creation of a new doctrine. And finally, his third option is conditional on that both the doctrine and the approach contradict in a question of their integration. Here the judge invents the way to join the subjective sense of the doctrine with the requirements of law and with the fact the subjective sense of law should be different. Such integrative process is clearly framed due to different principles, contained in the legal system, which acknowledge and explain the doctrinal changes.[12] Apart from the normative character of the doctrine and its influence on law and practice, there should also be pointed out various effects that it produces: making law more precise, coordinated and clearer, maintaining the fairness and morality by giving a new interpretation to the old law; boosting the credit of law; promoting globalization of law and let's not forget about the international cooperation of scientists; it contributes to the stability of the world where the political dynamics has a prevailing role.[13]

3. International judicial doctrines as a factor in the evolution of judicial enforcement.

Modern "legislators" of doctrinal ideas and approaches in law are often considered to be not so much national courts as international (interstate) courts, which have been developed both at the universal level and within regional international organizations and supranational integration associations.

Considering the topic of judicial doctrines as a manifestation of the law-making role of courts, we emphasize its particular relevance in the light of the

[12] Edward L. Rubin, Malcolm Feely. Creating Legal Doctrine. 1996. Southern California Law review. P. 2006.
[13] A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 4. Springer, 2005. P. 6.

ideas that international courts embody law (often reducible to the ideas of "general morality", "universal justice", and civilizational values) in its universal and regional context, as well as the ideas of vindicating legal arguments and criteria for resolving cases before the said courts. As a result, attention is often paid to the content and methodology of such doctrines, rather than to raising the specific questions of the basis for such doctrines (as in the case of national courts).

This becomes apparent when reading the decisions and positions of international judicial bodies. It is known that their development of judicial approaches, as a rule, is accompanied by a detailed justification of their significance, argumentation of conclusions, involvement and analysis of a wide range of legal materials based on the methods of comparative jurisprudence, and detailed attention to the principle of stare decisis (in Latin "to stand on the solved") in the resolution of court cases. It may be agreed that, unlike ordinary national courts, which primarily seek to resolve specific disputes through the application of the law, the work of an international court involves, first and foremost, the promotion of the law.

Legal doctrines, concepts developed by the international courts are undoubtedly a manifestation of their usual decision making which is often explained by the needs of the development of their practice in the light of current conditions, the formation of a body of legal approaches on the basis of which it would be possible to "accelerate" conclusions and apply ready-made decisions in subsequent cases. No less (or maybe more) substantial grounds for the development of practice towards the development of judicial legal opinions/ generalizations are related to the need for international courts to accustom themselves to the consensus of the will, interests and capacities of the states-participants in international legal relations to achieve consistency and consistency in legal assessments (at least on a temporary basis). It is also important to take into account that the nature of the views of such courts is often determined by the need to search for "value-balancing" solutions of universal and regional importance (in the absence of a sufficient legal framework and, consequently, in the "normative vector" of judicial enforcement in a particular case).

We know, for instance, that the rapid development of the European Union law was mainly fostered by active participation of the Court of Justice of the European Union (hereinafter – CJEU). The decisions of the Court delivered in 1963 and 1964 ratified two major doctrines: the doctrine of direct effect and the one of supremacy of the European Union law. Later other member states employed these doctrines, but not without a certain amount of doubts.[14] Today, by applying teleological interpretation of the union treaty, the CJEU encourages evolution of other doctrines, for example, a mutual trust doctrine. When settling cases of Kozłowski, Wolzenburg, Lopez de Silva Jorge on extradition of those who have committed a crime in a EU member-

[14] See: Plean W. The Revolutionary Doctrines of European Law and the Legal Philosophy of Robert Lecout // The European Journal of International Law Vol. 28 no. 3. pp. 936-957.

state territory, the Court came to a conclusion of a necessity to respect and mutually recognize decisions delivered by national courts of such member states regardless of national prosecution procedures stipulated for similar actions. The CJEU also determined that the possibility of extradition of these people is conditional on their integration, family ties and other relations existing or established in a country where they stay. The researchers noted that this mutual trust approach arose from the similar conclusions on necessity of mutual recognition of goods free movement, as we have seen it in the Cassis de Dijon case. So, mutual trust doctrine becomes a logical consequence why it's so important for the EU countries to seek integration and mutual respect.[15]

Thus, the development of the law of the European Convention on Human Rights (Convention) was accompanied by the creation of judicial doctrines by the European Court of Human Rights (ECtHR), which were elaborated and applied by it as a set of principles derived from international and national law, allowing the effective application of the Convention in order to ensure the rights and freedoms, guarantee their "efficiency, effectiveness". The credibility of ECtHR precedents is also proven by the fact that other international courts tend to refer to them, as, for instance, the Inter-American Court of Human Rights did.[16] And what is more, the ECtHR possesses rather extensive case history in a range of legal issues. Mahoney P., specifically, mentioned that "its case history can be taken as a footing for the code of criminal procedure."

At the same time, the willingness to recognize (formally) the approaches developed by international courts as law, and thus as a legal doctrine, is weak, not only on the part of national systems, but also often at the international level. For example, let us turn to the Statute of the International Court of Justice of the United Nations, on the basis of which, in the practice of judicial interpretation of the court concerned, international judicial decisions and doctrinal approaches are in fact equal in their legal impact, and are considered as *"an auxiliary tool for the determination of legal norms"* (para. 1 (d) of Article 38). At the same time, according to Article 59 of the said Statute, the decision of the Court is obligatory only for the parties involved in the case (*inter partes*) and only in the this case at hand (*in concreto*), which is considered the rule not only in respect of the said court, but also in determining the legal framework of the decisions of any other international (interstate) court.

Nevertheless, in the practice of international courts themselves, the case-law has long been recognized and strengthened. It also affects the modern legal discourse.

[15] See: Williems A. The Court of Justice of the European Union's Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal // German Law Journal (2019), 20, pp. 468-495.

[16] See: I/A Court H. R., Case of the Supreme Court of Justice (Quintana Coello et al.) v. Ecuador. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of August 23, 2013. Series C No. 266 // URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_ing.pdf (accessed on 01.04.2014)

In particular, in the legal literature the problem of case-law is being covered not only and so much from the standpoint of traditions and experience of Anglo-Saxon law, but more often – in terms of its methods and ways of functioning of international (primarily, interstate regional) courts.[17]

It should be noted that "doctrinal" approaches are not always necessary to state their existence as a sum of decisions, from which a particular judicial position follows. And in this regard, the international courts are being seen "supporting" *stare decisis*. That is, in the case of the problem under study, there may be a unique situation where the operation of doctrines sometimes serves to form another important doctrine in the work of the court, called a precedent.[18]

It should be briefly noted that contradictory trends in international law (including the development of perceptions of the importance of international court decisions) are often associated with the effect of judicial multiplication ("proliferation"). As a result, on the one hand, the role and importance of international courts is constantly growing not only in the application of international law, but also in the expansion of its scope of regulation, and even influence. On the other hand, the development of the network of international courts is uneven and chaotic, sometimes influenced by conflicting factors.

Turning to the content of international judicial doctrines, we note that, representing a kind of interpretation by international courts of special constituent and contractual acts, they can be classified into general doctrines (related to the approaches to the principles of law and methods of functioning of the relevant courts) and special actions (related to the interpretation of special "sectoral" issues of law).

The emergence of general legal doctrines in international judicial practice is dictated by the need to define and clarify the principles of functioning of courts, the implementation of their powers, as their meaning and content could not be obvious at the time of the establishment of relevant international courts.

Among the examples of "doctrinal" activity of international courts related to the development of fundamental (universal) approaches in international law, the interpretation of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice, which defines a broad scope of application of the principle of good faith in international legal relations, can be considered paradigmatic.[19] As a result, the principle of good faith,

---

[17] See, for example: E. D. Brabandere. 'The Use of Precedent and External Case-Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea', 15(1) The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2016), pp. 24-55; Sardar MA, Waqar Khan Arif. Judicial precedent and its authority under international law/ International Journal of Law. Volume 3; Issue 6; November 2017; pp. 75-81.

[18] For example, ECHR in its judgment in case *Cossey v. The UK* (ap. 10843/84) noted that it is not bound with its previous judgments, although it usually follows them and applies them for legal certainty, due development of Convention application practice.

[19] See: Judgments on nuclear tests by application of Australia, by application of New Zealand dated

taking into account this judicial interpretation, is reflected in further international jurisprudence (and not only in the ICJ itself).

Particular attention should be paid to regional judicial jurisdictions, the functioning of which is accompanied by the creation of numerous judicial doctrines. The successful development of regional judicial practices on the implementation of "creative" mastering of law in favour of the frequent creation of new legal doctrines, is due to many reasons, including their "vital" areas of control, access of individuals (their associations) to interstate regional courts.

A trend towards judicial interpretation within the framework of regional integration — towards greater uniformity and unification of court practices — can be observed. And on the best practices of the European Court of Human Rights, which has become in this regard an exemplary regional practice in certain cases, taken into account by other interstate courts. This is happening both on the European continent – with the participation of the Court of Justice of the European Union (in particular, the movement towards accession to the European Convention on Human Rights of the respective supranational association), and within the framework of the activities of interstate courts in other regions of the world.[20] The ECtHR, concomitantly also turns to regional judicial experience.[21]

The trend of "law-making" via the judicial interpretation by international courts has received methodological substantiation in the practice of these courts, which has been formalized by such general judicial doctrines as, for example, doctrine of evolutionary interpretation, European consensus, autonomous regulation of concepts, positive and negative obligations (if we consider the experience of the ECHR).

Recall, for example, that in the case of *Tyrer v. The United Kingdom*[22], the ECtHR noted that the Convention was a "living instrument" and must be interpreted in the light of current realities. The ECtHR could not *"fail to be influenced by developments and common standards in the criminal policies of Council of Europe member states when considering the compatibility of corporal punishment imposed by the courts with Article 3 of the Convention"*. The decisive factors, according to the ECtHR, were the standards currently accepted in European society, rather than those that prevailed when the Convention was adopted. Further to the case, the ECtHR noted in its *Goodwin v. The United Kingdom* judgment that, since the Convention is the primary system for

December 20, 1974/ https://www.icj-cij.org/

20 See: Buergenthal Th. The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences // American University Law Review. 1980 - 1981. Vol. 30; Neuman G.L. Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights // The European Journal of International Law. Vol. 19. No. 1. 2008

21 Research Report "References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights" / https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_inter_american_court_ENG.pdf

22 Case of Tyrer v. the United Kingdom (ap. 5856/72)

the protection of human rights, the Court must consider changing conditions in the State party and in Council of Europe States in general and respond, for example, to any developments in relation to the standards to be achieved.[23]

Turning, for comparison, to the case law of the Court of Justice of the European Union, we note that the methodological characteristics of its development are "framed" by judicial positions to a lesser extent. However, in fact, they use similar techniques in resolving court cases. In particular, its decisions do not contain the standard (for the ECtHR) phrase *"interpretation in the light of the conditions of the present day"*. At the same time, it cannot be denied that the Court of Justice takes an evolutionary approach, emphasizes the role of such an interpretation in the development of EU law or points to the dynamic nature of EU law.[24]

There are quite a few examples in international jurisprudence of special judicial doctrines resulting from the interpretation of an international norm in relation to specific sectoral issues of law. These include the doctrine of informed consent to medical intervention[25], the doctrine of restriction of the right to privacy as a result of secret surveillance[26], the doctrine of legitimate expectations in securing property rights[27], etc.

The doctrines developed in the practice of international courts, we believe, can be considered as factors and ideological components of the evolution of modern law (its elements) in its universal and regional context, which by their conceptual and legal significance form and determine the actual appearance of judicial enforcement as a whole.

At the same time, the development of such doctrines by an international court in the form of a judicial precedent and custom often leads to a critical assessment of their activities as excessively "activist", developing *ultra vires* powers and therefore requiring additional legitimization.

We must not lose sight of the fact that an important functional component of international judicial doctrines is their focus on the development or even "transformation" of national legal practices. In this regard, it is important to discuss the effectiveness of their impact and relevance to the rule of law.

At the national level, however, the adoption (implementation) of various types of "activist" concepts of judicial activity offered by international courts is

23 Goodwin v. the United Kingdom, Court Judgment dated March 27, 1996.

24 An example is the Francovich doctrine when, in the absence of liability for the damage caused to the affected party in the EU law (due to non-compliance with a EU directive by the state), the CJEU deemed it possible to take actions against the state in case of non-compliance with the provisions of EU law (1991) (Francovich and Bonifaci v Republic of Italy (Cases C-6 and 9/90) [1991] ECR I-5375)

25 See: Case of Glass v. The United Kingdom (ap. 61827/00), Case of Petrova v. Latvia (ap. 4605/05)

26 For example: Case of Klass and Others v. Germany (ap. 5029/71), Case of Uzun v. Germany (ap. 35623/05)

27 Case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland (ap. 12742/87), Case of Kopecky v. Slovakia (ap. 44912/98)

very gradual and often implicit. At the same time, the need to implement the acts of international courts in connection with the international obligations assumed by States gives a powerful impetus to increasing the susceptibility and "sensitivity" of national law to the "doctrinal and judicial" dynamics of international law.

4. Law enforcement in the Integrative characterization of law in the evolution of the judicial national legal order

Judicial enforcement in the national legal order pertaining to the Continental legal family, does not often give rise to associations with law-making activities and, consequently, the creation of legal doctrines on this basis by the courts (which, as emphasized above, rather characterize common law traditions).

In most Central and Eastern European states, including Russia, "extremes" can often be found in assessments, including the reduction of judicial enforcement to the mechanical application of the law, which is a manifestation of a narrow-normativistic approach to law. We believe that the latter not only ignores the achievements of natural-law and sociological schools of law, but also considers jurisprudence to be a purely applied discipline, assigning it the role of an eternal satellite of the changing will of the legislator, which also affects the underestimation of the role of the judge in relation to the principle of separation of powers in its modern content. Among the general factors affecting the development of such assessments in Russian law, are often cited the inexhaustible influence of the socialist legal tradition and the low degree of legal and political similarity with Western European countries.

Let us cite the opinion of a Croatian researcher (T. Ćapeta) who characterized judicial enforcement as such: "Although there are some improvements, Croatian judges still function in a system that is largely formalistic and denies any role for judges in creating law. The judges' perception of their own role fits into this system. They see themselves as a form of a mechanical application of written law, which contains solutions to all possible situations of real life, so that all disputes can be solved by deductive logic. For this reason, judges are unable to participate in any dialogue that affects the formation of the legal system. That's because they don't see themselves as part of the law-making process. In fact, their opinion is that by accepting that they are participants in the creation of a right, their independence is "regulated".[28]

[28] Capeta T. Courts, Legal Culture and EU Enlargement. Croatian Yearbook of European Law and Policy. Vol. 1 (1), 2005. P. 14-15

We agree that the long tradition of strict formalism and positivism in Central and Eastern Europe makes us unwilling to ensure the constitutional role of judges in these regions.[29] It should be noted that in the Russian legal order, judicial acts, in the main quantity, are not considered as allowing uncertainty in the law, and are considered significant only in connection with the circumstances of a particular case and with respect to its participants.

We believe, however, that such perceptions are not an obstacle to raising the question of the existence of the phenomenon of law-making activism in the "Continental" legal order if they denote characteristic manifestations in judicial activity. And even *vice versa*. For example, Russian jurists are actively discussing the problem of judicial law-making and the need to strengthen the role of courts, taking into account the nature of an independent branch of state power, as defined by the Constitution.

A sufficient impetus to the discussion about the courts was given by the processes of rapprochement of legal systems (sometimes characterized as integration, building transnational interrelations), their results, in particular, related to the gradual recognition of the need to develop the law on the basis of integrative approaches and techniques to its understanding and assessment.

It should be noted that within the framework of strengthening the interdependence of states, three levels of interaction among legal systems are identified: 1) actual rapprochement of legal systems; 2) international interaction of national legal systems when one system gives legal importance to the rules of another; 3) interaction of national and international legal systems.

Among the most noticeable manifestations of the convergence of legal systems in connection with the issue of judicial law-making is the dissemination of the idea, doctrine of a "living constitution" (assuming the presence of a dynamic part of the constitution), which is institutionally embodied in the emergence of special courts that perform the function of constitutional control. The development of legal systems towards the adoption of a model of specialized constitutional review in the post-war years (in the countries of Central and Eastern Europe – in the 1980s and 1990s) is considered to be evidence that the conditions for the emergence of elements of Common Law have begun to emerge in the legal order. At the same time, there was a growing awareness that traditional (ordinary) courts have not been adapted to take on new challenges and roles.[30]

There is no doubt that constitutional courts have a great deal of creativity (in the assessment of law) in relation to other national courts, and the legal positions they formulate are sufficiently "precedent-setting".

[29] Capeta T. Courts, Legal Culture and EU Enlargement. P. 6

[30] See: Cappelletti M. The Law-making power of the judge and its limits: A Comparative Analysis// Monash University Law Review. Vol. 8. September. 81, p. 63

The idea of judicial legal positions specifically enunciated is to characterize the law-making activity of the highest judicial bodies. They are understood as generalizations (conclusions) of legal nature, which are the result of interpretation and assessment and cognitive activity of the court. They are of mandatory importance for other subjects of legal relations or setting the guidelines of judicial practice.

It is believed that the analogy between legal rulings and judicial doctrine raises the question of the importance of developing the idea of theoretical support for judicial positions and strengthening the empirical nature of legal theory. Judicial doctrine can be considered a product of an entire chain of judicial functions within the framework of judicial discretion, such as law-making, interpretation, argumentation. The formed judicial doctrines, in their turn, serve as an impulse for creation and development of general legal doctrines as a result of judicial analysis of legal relations, application of normative and theoretical models of assessment.

Obligations under the European Convention on Human Rights and the need to implement them have contributed to the penetration into many countries – the Council of Europe States of the ideas of the case-law and its attendant approaches to the formation of judicial decisions, which can be attributed to two circumstances (the grounds for implementation). Firstly, there is the need for respondent States to enforce ECtHR judgments based on mixed legal jurisdiction methods with prevailing common law traditions, referred to as precedents for application. Secondly, there is a recognition of the need to implement the precedents of interpretation of the Convention, i.e. the national actor is expected to try to do what the European Court of Justice would have done in its place in the event of a similar situation.

Given that national courts are traditionally perceived as key actors in the implementation of the law of the Convention, obligations under the Convention can be considered as a kind of pledge for the successful raising of the topic of judicial development of legal doctrines in the national practices of States parties to the Convention. The courts have also acknowledged the main relationship that *"gives effect to the mechanism of the Convention"*, *"guaranteeing that the principles of interpretation of the ECtHR case-law are integrated into the legal fabric of nations"*. At the very least, the consideration by national courts of ECtHR precedents and, as a consequence, of the case law in general, is expected to be part of their daily activities.

These circumstances predetermined the development of ideas about the legal activity of national courts. Such law-making presupposes a cycle of opportunities for judges to "work" with legal sources – from their application and interpretation in a particular case to actual development and specification, and the formation of positions on this basis, not only of an applied but also of a general nature.

It should be noted that a prerequisite for the implementation of the law-making capabilities of the judiciary and, accordingly, for ensuring their "doctrinal" development of law, is their procedural activities, implementation in their practice

of the principles of fair trial (access to justice, competition and equality of parties, openness and publicity of the proceedings, etc.). There is no doubt that a lawsuit in itself can reveal unseen aspects of law that are often impossible to detect even in its deepest analysis, seeking to clarify the individual and common in the law.

The main difficulties, however, should be attributed to the traditions of the legal culture as a whole, the unstable search for limits to the convergence of legal systems. In particular, with regard to the very idea of a precedent, one cannot ignore the opinion of leading legal scholars – for example, the Chairman of the Constitutional Court of Russia V.D. Zorkin calls for caution in attempts to introduce elements of Anglo-Saxon case law into Russian law-making practice. The existing differences are not just formal, but essential, since they are reflected in the specifics of lawyers' thinking – from legislator to law enforcer and from lawyer to prosecutor.[31]

V.D. Zorkin believes that given that the disqualification of unconstitutional legislative instrument cannot immediately cause itself the law enhancement, the constitutional courts gradually get the power to interpret the law in the context of its application precedents. Constitutional Courts increasingly freeze not a disputable instrument as it is but it's identified unconstitutional sense as it's seen by the law executor and, among others, by courts of general and special jurisdiction... He pointed out that when a legislative instrument is acknowledged to be unconstitutional; the Constitutional Court tends to call for interim decision continued until the required legal developments are made. According to V. Zorkin, the constitutional justice gradually shifts the focus from what Hans Kelsen called "negative law-making" to fine-tuning of the legal system that is to the adjustment of law enforcement. It ratchets up tensions in relations between the legislator and the law executor, including courts.[32] Thus, what we get is a rather interesting picture that in general contributes positively into the constitutional court activity by adding cassation features which are commonly found in some other European courts of similar jurisdiction. We concur with Mauro Cappelletti who said that there are certain similarities between constitutional courts of Europe and supreme courts of the common-law countries especially where the juridical review system has been implemented to the full extent. He also believed (and he is still right, unfortunately) that not all of the European supreme courts are able to fulfil the law-making functions from A to Z due to their cumbersomeness and extensive amount of workload.[33]

It can be recognized that there is still a competition among legal systems because of their different (and even opposing) nature and effects. It is known that while lawyers brought up in the continental system draw their rationale from legal

[31] V.D. Zorkin. Economy and Law: New Context / Rossiyskaya Gazeta. 2014. May 22.

[32] V.D. Zorkin. Russia's Constitutional Court: Legal Doctrine and Case Law. M., 2018. p. 29

[33] Cappelletti M. The Law-making Power of the Judge and Its limits: A Comparative Analysis // Monash University Law Review. Vol. 8, September'81, pp. 62–64.

principles, lawyers who have developed a common law tradition turn to precedents.[34] Continental type of legal family determines at the heart of legal relations a legislative (legal) norm, i.e. an abstract legal regulation created without regard to specific life circumstances and aimed at regulation of an indefinite range of possible legal situations. It is reasonably believed that in the general legal system it is difficult to find a law, but easy to apply it, and in the continental system it is easy to find a law, but difficult to apply it.

However, taking into account that modern processes in law (as well as in public relations in general) determine the irreversibility of the rapprochement of legal systems, we think it is fair to believe that the future idea of law does not exclude a partial, step-by-step perception of judicial rule-making by countries that at present deny such possibility. The whole problem lies in the choice of ways of this promotion.

This "choice of methods" should probably take into account, on the one hand, traditionalist views in law (including its source structure), but, on the other hand, the need to create the conditions in law, which are minimally necessary to ensure the convergence of practices, to overcome the difficulties in perceiving legal values that are not historically and culturally conditioned by the development of their own law. At the same time, it is appropriate to mention the observation that the use of the word "convergence" refers to the possibilities of rapprochement of different legal systems regulating social relations, as well as to the limits of perception by the system of law of legal institutions of another system.

It seems that the consideration of issues of ensuring interrelation and convergence of legal practices in connection with the activities of courts can be carried out taking into account the substantive and procedural-legal areas of assessment. In the first case, it is supposed to analyze the perception of international (regional) standards in specific areas of substantive law, in the second case – the consideration of general procedural standards of judicial activity. In this regard, we believe that an adequate assessment in law and jurisprudence, in terms of perceptions of an integrative approach, should be received by the tendency of the functioning of the judicial system in the direction of strengthening the legal status of decisions and positions of the highest judicial bodies (manifested both at the legislative level and in judicial practice). Special attention should also be paid to the problem of the methodology of judicial assessment as a set of techniques, methods of developing judicial positions (some of which in their actual content can be considered to be correlated with judicial doctrines).

---

34 For details see: Kh.I. Gadzhiev Judicial Lawmaking in International Justice // Magazine of Foreign Legislation and Comparative Legal Studies. Third issue (No. 70) 2018. P. 120.

5. Judicial doctrines as a method of judicial reasoning

The need for creativity in judicial activity is self-evident and justified by the tasks of development of procedural legal relations and judicial application of legal sources at the stages of acceptance of the case for consideration, trial, assessment of the parties' positions and submitted evidence, rendering of court decisions.

In doing so, we believe that its main purpose is to ensure and achieve a balance of competing legal values and interests, taking into account the established legal order and limits at each stage of the process and, ultimately, the fair resolution of the case.[35]

At the same time, such "freedom of judicial evaluation" is possible to the extent that it is subject to argumentation by means of law.

For this purpose, the courts of the countries of the continental legal system operate according to a certain algorithm. First of all, they define the rules of law to be applied to a particular case. In the absence of special rules, rules by analogy, i.e. rules governing similar relations, can be applied. In the absence of similar rules, the principles of law apply.

Such, it is possible to say, "external" description of judicial enforcement (according to the normative scheme), obviously, does not allow to reveal and to show sufficient opportunities of judicial activity for the resolution of legal disputes falling into the orbit of court. Other permissible means of legal argumentation (which do not fit into the normative logic of assessment) remain outside the scope of consideration, the necessity of addressing to which is conditioned by the dynamics of public relations.

Often the problem of the *stare decisis* principle is actualized (let's emphasize once again that it is not peculiar to the continental tradition of law), the certain expression of which can be found in the discussion of the topic of mandatory legal positions of the supreme courts in the legal practice. In addition to that, the stability of a judicial doctrine depends on the stability of the law and theoretical insights affecting the creation of general law doctrines as well as on whether the previous decisions adjudicated on a case with similar facts are followed. Provisions regarding the doctrinal stability enable us to make an interesting conclusion: while ensuring that the precedent and the supremacy of the law are being respected, a *stare decisis* precedent turns to be a spin-off from the use of the doctrine for strategic and political purposes. The *stare decisis* doctrine reflects the significant balance of doctrinal preferences by courts.[36]

---

[35] It is noteworthy that the Russian procedural codes emphasize that in the process of judicial assessment (for example, in proving) in civil cases, the court is guided by the law and its internal conviction, and in criminal cases also by the conscience.

[36] McNollgast. Polities and the Courts: a positive theory of judicial doctrine and the Rule of law // Southern California Law Review. 1995. P. 1635.

Nevertheless, in connection with the judicial decisions rendered, courts pay much more attention to the materials of generalization and explanation of the judicial practice of a higher court. The Russian legal system is also characterized by an exotic way of generalizing judicial practice as the adoption of the resolution of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation containing explanations based on the generalization (and sometimes the development) of the practice of national courts. In addition, the reviews of court practice approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, which contain quotations from selected decisions of both the Supreme Court of the Russian Federation and lower courts, are of certain importance for court practice. Formally, case law reviews are not a mandatory document for application by the courts, but they are taken into account in the vast majority of cases, even when they are not referred to in the reasoning of court decisions.

Where the supreme courts should join is, as we see it, in a push for creating doctrines which would be sensitive to the universal law concepts. And the regular courts should remain with application and enhancement of a doctrine by using facts and lines of reasoning pronounced in court judgments. The tendency to contribute and implement ideas borrowed from external sources also knits them, acting as an integrative spearhead. The integrative approach employed by judges includes the correlation between the legal doctrine, personal perception and vision of the law, and the judge's experience and knowledge in various fields. Developing within this approach, the integrative attitude promotes both the creation of a judicial doctrine and its emplacement in the process of law and therefore favours for the evolution of the latter. That is how the doctrines created by international courts penetrate into national justice system thus providing a background for a global dialogue between judges and courts which commences with simple quoting then flares out to reconciliation of approaches, correlation or harmonization of interpretation, and sometimes even maintains the rectitude of how national judges percept national legal standards. The ECtHR similarly borrowed the doctrine of *legal expectations* from the Anglo-Saxon legal order where it was conceived as a juridical review system for the administrative law.[37] It should be noted that legal expectation doctrines are full of nuances. Thus, it was once applied as a doctrine of social expectations[38] in one of the rulings made by the Supreme Court of Hungary, and the US Supreme Court referred to the constitutionally protected reasonable expectation doctrine in the *Smith v. Maryland* case.[39]

Stability of a judicial doctrine relies on judicial restraint, which implies certain limits for judge latitude expressed in law-making. When analyzing the history of legal systems, one involuntarily notices their attempt, whatever the result was,

---

37 Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland, Judgment of 29 November 1991.

38 Legfelsöbb Bíroság (Supreme court) Cif: 111. 31.208/1984.

39 Smith v. Maryland. 442 US (735) 1979.

to accompany the evolution of a doctrine and its embodiment while framing and ensuring that judicial freedom conviction remains within certain limits both in the procedural and substantial laws. It's true that the unrestricted judicial discretion would turn the division of powers into a mockery. The law would become vague and law-making power of judges would be superior.[40] T. Koopmans wisely reasoned that there is a problem of two dangers: a weak and ineffective legislator and overly devoted justice.[41]

The ECtHR has elaborated doctrines that aim at keeping of the judicial restraint which include *margin of appreciation, the fourth instance doctrine*, the European consensus theory and the precedent doctrine, where appropriate, literality, as well as the ambit stipulated by the European Convention on Human Rights (see Art. 16, 17, 8-11 of the Convention). When analyzing the restriction of rights, the ECtHR like the majority of national courts adverts to the methods based on a mixture of necessity and pro rata principle. These methods are involved in judicial reasoning.

The ECtHR also pointed out that the "prescribed by law" collocation means that the particular law meets the criteria of accessibility and predictability: "when the custodial restraint is entailed, the observance of the general principle of legal certainty becomes of the prime importance..." and entrenched saying that "... whatever the restriction of freedom is, it shall be performed in accordance with the "procedure prescribed by law". According to the ECtHR, Clause 1 Article 5 of the Convention does not just refer to the domestic law. Both Article 5 and phrases "in accordance with the law" and "prescribed by law" found in Clauses 2 Articles 8 — 11 of the Convention also mean "the quality of law"[42] and require its adherence to the principle of the rule of law – a concept found in every provision of the Convention. "The quality of law" shall mean here that if the domestic law allows for the custodial restraint, it must be sufficiently intelligible, accurately worded and such that enables to foresee its consequences in order to avoid any risk of abused discretion.

We believe that, when settling a case, while taking an empirical way (when interpreting the applicable provision subject to the accepted facts) and when pursuing the goal to ensure balance between competing legal interests and values, the judge often reveals the need rather for an established judicial doctrine (as a model of legal assessment), than for application of specific (claimed by the legislation) legal sources. Then, the court may rely on, inter alia, general and special legal doctrines developed in the practice of international and constitutional justice, although such "treatment" also cannot be formalized.

[40] Klatt M. Taking right less seriously. A Structural analysis of judicial discretion, Ratio juris 20, 2007, p. 522

[41] Koopmans T. Legislative and judiciary: Present trend. New perspectives for a common law of Europe, Florence-Leiden,1978, p. 333.

[42] See also Judgement of the ECtHR in the case of *Ageyevy v. Russian Federation* of April 18, 2013; Judgement of the ECtHR in the case of *Kasymakhunov v. Russian Federation* of March 14, 2013.

However, there may be a situation when there is no legal doctrine with regard to circumstances of the case. We believe that in such case one may talk of legal uncertainty. For example, D'Amato associates legal uncertainty with the inability to predict what decision a court will deliver. Arguing against Dworkin, he points out that uncertainty only escalates with time as the more the level of regulation increases, the more the level of legal information raises.[43] The author mentions, for illustrative purposes, the information theory postulate which posits that the value of any message increases to the extent that the message differs from the earlier delivered one. Since a lawyer's prediction of an official legal response to [their] client's actual situation appears to be a prediction of the message that will be received from an official source, then the result dissonant to the informed lawyer's prediction will have a bigger information value.[44]

D'Amato proves that officials both decision makers (judges) and law speakers (scholars) aim at maximizing the value of information.[45] This comes from the fact that judges aim at pointing out their independence and strive for freedom from enchantment to the precedents while scientists tend to criticize effective laws and other legal regulations. So it's understood that such activity in its entirety cannot but triggers the creation of judicial doctrines.

The article by Dari-Mattiacci and Deffains says that 'the law uncertainty occurs when it is hard to predict *ex ante* how the *ex post* court will apply the law'.[46] Referring to Weber, the authors stated that the sociological meaning of legal certainty equals to the "no-gap" legal system where a decision becomes the result of law application, when abstract law is applied to specific cases by employing logic, and any behavior can be defined as compliance or violation of the law. Having said that, they added that any *ex ante* gap will be bridged by an *ex post* court, which cannot deny the justice.[47]

If there is a need to create a legal doctrine, the need for a judge to apply his or her creative abilities is fully actualized. In carrying out such work, however, judges do not always pay attention to the process of formation of judicial doctrine, although their reasoning essentially reflects the achievements of science, the requirements of widely applied principles of law, and the method of comparative legal research.

It is often found that the legal doctrine develops and crystallizes in the course of consideration of a particular case (or similar cases) by different courts, resulting in the final formulation of decisions (positions) of higher courts. For this reason, we emphasize that the role of higher courts may well be seen in the conceptual

[43] A. D'Amato Legal Uncertainty / California Law Review Vol. 71 Issue 1. California, 1983. P. 2.
[44] Ibid. P. 19.
[45] Ibid. P. 20-21
[46] G. Dari-Mattiacci, B. Deffains Uncertainty of Law and the Legal Process // Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No.o. 2005-10. Amsterdam, 2005. P. 5
[47] Ibid.

enrichment and completion of the judicial doctrine, strengthening its credibility and authority (as reflected in the decision of the supreme body of justice).

We would like to take a quick look at judgments delivered by various constitutional courts where margin of appreciation is considered. Thus, the Constitutional Court of Italy concedes some implementation restrictions that the right to health protection may face with. For instance, the Parliament and the Government can rely on the balance between the right to health care and objective restrictions associated with organizational and financial resources available at the particular period of time.[48] The Constitutional Court of Italy equally supports the idea where the right to health turns up to be an area of human dignity protected by the Constitution and that should prevent appearance of any contradictions to the enjoyment of the right.[49] The Federal Constitutional Court of Germany supposes that Art. 19 (4) of the Organic Law allows a court to drop the judicial scrutiny if the most thorough study of the issue results in reaching of the general limits of knowledge in the field of environmental science while being under the judicial review. Instead, the courts may base their judgment on a reasonable assessment of the studied scientific problem.[50] The degree of restraint also differs from the intensity of judicial intervention. Thus, when a gap is detected, courts rely on the necessity to interpret the law in whole but the social component still remains to be essential for any law interpreter even if the text is missing. When bridging the gap, a judge shall not neglect the existing doctrine and legal traditions.[51] Matthias Klatt noted with regard to the judicial discretion that there is a third reasoning method apart from balancing principles and interpretation, which plays an important role in making a judgment, namely the further development of law. Although each interpretation causes law enhancement, it is a subsequent development in a broad sense. In such cases the free judicial conviction significantly prevails over the usual interpretation[52]. The Federal Constitutional Court of Germany in its decision in the very well-known *Princess Soraya case* stated: *"Justice is not always synonymous with the set of written laws. Sometimes, as the case may be, the law may exist outside the positive norms adopted by state... The mission of a judge cannot be reduced to establishing and executing statutory resolutions. He may have to pass a value judgment (i.e. an act that bindingly bears forceful elements), that is, to elicit and integrate into his decisions the value concepts which can be exhibited by the constitutional legal order but which are not expressed or not properly expressed in terms of written laws... Where a written law fails, the judge's decision bridges the existing gap, using a common sense and common concepts of established justice."*[53]

[48] Italian Constitutional Court decisions no. 40 of 1991, 247 of 192 (…), 226 of 2000.
[49] Italian Constitutional Court decisions no. 509 of 2000.
[50] Bundesverfassungsgericht. Press Release No. 81/2018 of 23 November 2018.
[51] Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford – New York, 1998. P. 176.
[52] Ibid. P. 521.
[53] Bundesverfassungsgericht, 1973. Vol. 34:287; Kommers 1997, 125

Thus, the judicial doctrine, we believe, is the core of judicial reasoning, proving the effectiveness of law, expressing a kind of legal method of resolving disputes of various natures.

At the same time, the development and adoption of legal doctrines in the national legal order requires sufficient mastery of judicial reasoning techniques and methods that could contribute to the effectiveness of the judicial process and law enforcement.

In this regard, when considering the topic of judicial doctrines, it is important to pay attention to those that can be considered as a methodological means of exercising judicial discretion and, accordingly, the creation of new legal doctrines. We believe that among them the doctrine of the rule of law occupies a special place.

The American legal scholarship has created a situation where the meaning of the rule of law echoes chameleon behaviour and may stand for anything beneficial to this or that author.[54] According to Stein, this aspect triggers a clear universal definition, given that if the "everything denoting" principle lacks such clear definition, it would factually mean nothing.[55] And indeed, this viewpoint is worthy of adoption, since the rule of law is one of the principles most frequently used in law-making and law enforcement, including in the Russian justice[56], and that results in the need for refining of the principle content.

The report of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) of 4 April 2011 on the rule of law notes that "the notion of the rule of law" is difficult to find in former socialist countries, which had experience of living under "socialist legality". The classical Marxist approach is based on the idea of the death of the state and, consequently, the laws emanating from it."[57] The report indicated that it was difficult for the Soviet State to go beyond the first stage of defining the rule of law – "rule by law" or "rule by the law".[58] The Venice Commission noted that the following components of the rule of law could be identified as a consensus: "(1) Legality, including a transparent, accountable and democratic legislative process; (2) Legal certainty; (3) Prohibition of arbitrariness; (4). Access to justice provided by independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts;

[54] See: Stein R. Rule of Law: What Does it Mean? // Minnesota Journal of International Law, Volume 18, Issue 2. 2009. P. 296.

[55] Ibid.

[56] See Ruling of the Supreme Court of Russia No.82-B08-5 dated September 26, 2008; Ruling of the Supreme Court of Russia No.41-B06-80 dated February 09, 2007; Ruling of the Moscow City Court No.4г/1-12603 dated December 20, 2013; Ruling of the Moscow City Court No.4г/1-12603 dated December 20, 2013;

[57] CDL-AD(2011)003 rev, Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011). § 33

[58] Ibid.

(5) Respect for human rights; (6) Non-discrimination and equality before the law."[59] When communicating with the European Parliament and the New EU Framework for the Rule of Law Council on March 11, 2014, the European Commission noted that the rule of law principle and its components elicited during the communication find their way into the Council of Europe[60] with a reference to the above cited report of the Venice Commission. The emphasized concept is therefore also applicable to the EU institutions.

Thus it may be concluded that what should be used as a methodological basis for judicial doctrines is the principle of the rule of law, which appears to be a pillar of European nation-building consisting of many law components (principles) which are usually evolved by international and national courts in this or that way.

6. Conclusions.

The increased attention is paid to the courts and, in particular, to their manifestations such as activism, restraint, and judicial discretion is natural, and not only because it is one of the most "sensitive" areas of law. Such aspects reflect the nature of legal understanding. It is clear that the role of law is becoming comprehensive and its understanding seeks some kind of universality (if not universal completeness). Accordingly, the courts, following the law itself, change and evolve in their significance – from a "normal" participant (branch) in the triad of separation of powers, they move into the role of an arbitrator and even a regulator of public power activities.

At the same time, the content of "judicial regulation" (despite its widespread acceptance as one of the most important manifestations of the rapprochement of legal systems), which is expressed through methods, techniques of judicial interpretation and argumentation, is practically not substantiated in countries with an "ultra-positivist" way of law. In this regard, it is noteworthy that the idea of judicial doctrines, which expresses a kind of progressive method of judicial analysis and reasoning, is gradually spreading in the practice of the former-Soviet judicial law enforcement, bringing the courts closer to the participants of the law-making process in relation to the circumstances of their cases.

The legal doctrine formation is influenced by the overall condition of legal science, school traditions, legal culture affecting the doctrine, potential of the legal system to integrate and generate new progressive ideas that meet both the historical period when it's being adopted and the time, and by its ability 'to forecast' using the

[59] CDL-AD(2011)003 rev, Report on the rule of law - Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011). § 41

[60] Ibid. Annex 1 p. 2 – 3.

findings of the most recent trends of social development. So, the legal doctrine should therefore reflect on what is behind the scientific thought, whose achievements should penetrate into and have an impact on the law and law enforcement, and at the same time it should not only keep itself up to date but also serve as a source of inspiration for those who borrow its contemporary methods of problem solving.

The strengths and excellence of a doctrine are tried out in situations of fact where it may be changed, rejected, or replaced with a new one if deemed necessary. That is exactly the interpretation of a norm being a part of legal reasoning that triggers revealing of the denoted properties of judicial doctrine, which, as we earlier said, despite being guided by the common law doctrine, still morphs into a judicial doctrine devoted to court mission. The main property of the judicial doctrine lies in its capability to be formulated out of the empirical approach by interpreting the applicable norm to meet the purposes of judicial reasoning which requires that the law-making functions are exercised at the proper level.

The denomination of the relationship between judicial activity and legal doctrine provides a holistic and up-to-date view of the judicial analysis process, the central part of which is not the selection and application of a particular legal source, but the exercise of judicial discretion and interpretation of law. This provides a condition for solving a more "large-scale" problem – the communication between the general (abstract prescription of the legal norm) and the individual (a specific case of life to be solved by the legal solution) in the law.

Without detracting from the importance of the topic of the legal properties of judicial acts, we believe that it is not necessary to go completely in this direction alone, perhaps even more importantly, to ensure that they are "internally convincing" and are successfully identified through judicial doctrines. Let us recall that "a judicial decision does not gain its authority from the fact that it adapts well to the requirements of a particular, transient situation, but from the fact that it is based on arguments of common value outside of a particular case and convincing force for all".[61] It's the persuasive power, credibility, and legal culture specifics awareness that allow the CJEU and ECHR to introduce their policies into national legal systems, where national courts then acquire and enhance such policies including those that do not directly relate to the state, but indicate the direction for further lines of the legal framework growth.

Summing up, we would like to emphasize that the recognition of the idea of judicial doctrines (in terms of terminology, concept, and law) is an important step on the way of awareness, acceptance of the place and role of the judiciary in the system of separation of powers, its possibilities for autonomous and independent

[61] M. Huber (the President of the Permanent Court of International Justice in 1925 – 1927) / Spiermann O. Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice// The European Journal of International Law Vol. 18 no. 1. 2007

functioning in relation to other branches of power. This is especially important when the emphasis is placed on strengthening the judiciary through the assessment of the validity of court decisions and judicial legal positions.

Footnotes

A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 4. Springer, 2005.

Brabandere E. D. 'The Use of Precedent and External Case-Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea', 15(1) The Law and Practice of International Courts and Tribunals (2016), pp. 24-55.

Buergenthal Th. The American and European Conventions on Human Rights: Similarities and Differences // American University Law Review. 1980 - 1981. Vol. 30.

Capeta T. Courts, Legal Culture and EU Enlargement. Croatian Yearbook of European Law and Policy. Vol. 1 (1), 2005.

Cappelletti M. The Law-making power of the judge and its limits: A Comparative Analysis// Monash University Law Review. Vol. 8. September. 81.

D'Amato A. Legal Uncertainty / California Law Review Vol. 71 Issue 1. California, 1983.

David R. Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law 2nd Edition. 1978.

Edward L. Rubin, Malcolm Feely. Creating Legal Doctrine. 1996. Southern California Law review. P. 2006.

G. Dari-Mattiacci, B. Deffains Uncertainty of Law and the Legal Process // Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No.o. 2005-10. Amsterdam, 2005.

Gadzhiev Kh.I. Judicial Lawmaking in International Justice // Magazine of Foreign Legislation and Comparative Legal Studies. Third issue (No. 70) 2018.

Huber M. (the President of the Permanent Court of International Justice in 1925 – 1927) / Spiermann O. Judge Max Huber at the Permanent Court of International Justice// The European Journal of International Law Vol. 18 no. 1. 2007.

Khabrieva T.Ya. Doctrinalnyi cennosti rossiiskoy constitutsii [Doctrinal value

of the Russian Constitution] // Journal of Russian Law. 2009. No. 2.
Klatt M. Taking right less seriously. A Structural analysis of judicial discretion, Ratio juris 20, 2007.
Koopmans T. Legislative and judiciary: Present trend. New perspectives for a common law of Europe, Florence-Leiden, 1978.
Koopmans T., Legislature and Judiciary – Present Trends. Leiden: Sijthoff 1978.
Mahoney P. Right to a Fair Trial in Criminal Mattes under Article 6 E.C.H.R. // Judicial Studies Institute Journal Volume 4 No.o. 2 Dublin. 2004.
McNollgast. Polities and the Courts: a positive theory of judicial doctrine and the Rule of law // Southern California Law Review. 1995. P. 1635.
Neuman G. L. Import, Export and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights // The European Journal of International Law. Vol. 19. No. 1. 2008.
Plean W. The Revolutionary Doctrines of European Law and the Legal Philosophy of Robert Lecout // The European Journal of International Law Vol. 28 no. 3.
R. E. Barnett: Why We Need Legal Philosophy. Harvard Journal of Law and Public Policy. 1985, No. 1, Vol. 8.
Sardar M.A., Waqar K. A. Judicial precedent and its authority under international law/ International Journal of Law. Volume 3; Issue 6; November 2017.
Sauveplanne J.G. Codified and Judge Made law. North-Holland Publishing Company. 1982. P. 118.
Stein R. Rule of Law: What Does it Mean? // Minnesota Journal of International Law, Volume 18, Issue 2. 2009.
Williems A. The Court of Justice of the European Union's Mutual Trust Journey in EU Criminal Law: From a Presumption to (Room for) Rebuttal // German Law Journal (2019), 20.
Zorkin V.D. Economica I pravo: novii context [Economy and Law: New Context] / Rossiyskaya Gazeta. 2014. May 22.
Zorkin V.D. Kinstitutzionny Sud Rossii: doctrina I practica [Constitutional Court of Russia: Doctrine and Practice]. Moscow, 2018.
Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford – New York, 1998.

проф. д-р Валериј Лазарев[62]
д-р Канлар Гаџијев[63]
Светлана Грачева[64]
Андреј Сидоренко[65]

УЛОГАТА НА СУДСКАТА ДОКТРИНА ПРИ ЕВОЛУЦИЈАТА НА ПРИМЕНАТА НА ПРАВОТО: МЕЃУНАРОДНИ И НАЦИОНАЛНИ АСПЕКТИ

Резиме

Оваа статија го анализира развојот на националното судско извршување од аспект на влијанието на факторите на меѓународната судска практика и интегративната судска практика, која развива нови пристапи за толкување на правото на национално ниво.

Во правната теорија и практика вниманието на судското извршување најчесто е насочено кон прашањата на судскиот активизам и правната сила на пресудите. Тоа го подразбира проблемот на спорот за надлежностите (за судската дискреција во механизмот за практикување на јавната власт), што е точка на сопнување во обидот да се разбере и толкува суштинската идеја за судското право и судското законодавство. Меѓутоа, проблемот со судската регулатива тешко се препознава во земјите со ултра-позитивистичка структура на правото. Така, во националниот правен дискурс недоволно се изразени идеите за целите, вредностите што се подразбираат од самото судско извршување кои се однесуваат на судското толкување (не само во текстуален контекст).

Авторите дојдоа до заклучок дека е важно да се истакне идејата за судските доктрини, кои, во современи услови на конвергенција на правните системи и развој на интегративната перцепција на правото, може да се сметаат како докажан и прогресивен метод на судска дискреција и

[62] Доктор по правни науки, главен истражувач на Институтот за законодавство и компаративно право.

[63] Доктор по правни науки, главен истражувач на Институтот за законодавство и компаративно право, поранешен судија на Европскиот суд за човекови права.

[64] Кандидат по правни науки, постар истражувач на Институтот за законодавство и компаративно право.

[65] Кандидат по правни науки, самостоен истражувач на Институтот за законодавство и компаративно право.

расправање, кои ги приближуваат судовите, во однос на нивната улога, до законодавниот процес во однос на околностите на случаите што ги разгледуваат. Поврзувањето помеѓу судските активности и доктрините во правото, исто така, придонесува за емпириско збогатување и ефективност на правото.

Клучни зборови: *судска доктрина, судска дискреција и извршување, правен систем, интегративна перцепција на правото.*

доц. д-р Љупчо Стојковски[1]

ДОБРОТО ПРОТИВ ЗЛОТО?
ВОЈНАТА ПРОТИВ ТЕРОРИЗМОТ И ИСИС

УДК: 343.85:[343.341:28
1.01 Изворна научна статија

„Непријателот има лице. Тој се вика Сатана. И ние ќе го уништиме.“
поручник генерал Гарет Бренд[2]
„Имај самоконтрола и биди претпазлив. Твојот непријател, Ѓаволот, демне наоколу како разбеснет лав и бара некого да растргне.“
Св. Петар, 5:8

Резиме

Од 2014-та ИСИС доминира во јавниот дискурс. Политичарите, медиумите и безбедносните експерти редовно посочуваат на заканата која овој феномен ја претставува и го опишуваат како најновиот најголем непријател на човештвото. Меѓутоа, ако внимателно разгледаме три клучни фактори преку може да се процени силата на ИСИС – опсегот на територијата која ја контролира, бројот на борци и на извршени напади – ќе забележиме дека ИСИС не е е толку моќен или сеприсутен како што е јавната перцепција за него. Зошто е тоа така? Зошто ги перципираме и конструираме нашите непријатели како многу помоќни отколку што тие реално се? Овој труд смета дека тоа е последица на длабоко вкоренетиот религиски наратив за битката на Доброто против Злото. Како резултат на оваа религиска матрица, како и на човековата пристрасна себеперцепција дека сме добри индивидуи, ние го негираме злото како човечка карактеристика. Ова, од своја страна, продуцира утописки очекувања за нашето справување со злото и ние завршуваме во магичниот круг на вечната битка.

[1] Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[2] Цитарно кај J. Gray, *Black Mass: Apocalyptic Religion and the Death of Utopia,* Penguin Books, 2008, стр. 24

Клучни зборови: *ИСИС, војна против тероризмот, религија, доброто против злото, себе наспроти другиот.*

Вовед

Во јуни 2014-та година светот се шокира од навидум нов феномен. Една група од исламски џихадисти го окупираше вториот најголем ирачки град Мосул и тргна кон Багдад. Групата себе си се нарекува Исламска држава на Ирак и Сирија (ИСИС, ИСИЛ, ИС) и тврди дека воспостави вистинска Исламска држава – калифат. Нивната декларирана цел е обединување на сите муслимани во една држава на чело со еден Калиф и под стриктно шеријатско право, а со намера да се впушти во конечна битка против Западот.[3] ИСИС ја демонстрира својата моќ преку извршување на брутални и грозоморни акти на насилство – обезглавувања, распнувања, поробувања, силувања, етничко чистење, воени злосторства, уништување на културното наследство, итн. – и истите ги објавува онлајн како дел од нивната воена стратегија.[4]

Меѓутоа, за да се процени опсегот и силата на ИСИС, потребно е да се премине преку нивните брутални практики и да се погледнат три различни фактори: територија, број на борци и извршени напади. Во периодот на експанзијата на ИСИС во 2014-та година,[5] ИСИС контролирал територија со големина од околу 80.000 квадратни милји (околу 130.000 км^2) и околу 10 милиони луѓе.[6] Поседувањето на територија е клучно за постоењето на групата. Затоа е многу попрецизно ИСИС да се опишше како псевдодржава отколку како терористичка организација.[7] Меѓутоа, 90 % од контролираната територија била пустина (што го објаснува релативно брзото и лесно приграбување на истата), а оттогаш ИСИС има изгубено 22 % од таа територија.[8]

Војската на ИСИС се проценува дека брои околу 22.000 членови. И покрај тоа што привлекува многу борци од странство, неодамнешните документи откриваат дека речиси три–четвртини од војската ја сочинуваат

[3] W. McCants, "*The ISIS Apocalypse:The History, Strategy and Doomsday Vision of the Islamic State",* New York: St.Martin's Press, 2015.

[4] За злосторствата и повредите на меѓународното право од ИСИС, види го на пример извештајот на ОН Комисијата за истражување на Сирија достапен на http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20113&LangID=E

[5] Иако ИСИС постои уште од 2006 година.

[6] J. V. Micallef, "*The Islamic State One Year Later: Who's Winning the War?",* The World Post, 28 June 2015, http://www.huffingtonpost.com/joseph-v-micallef/the-islamic-state-one-yea_b_7684358.html

[7] A. K. Cronin, "*ISIS is not a Terrorist Group",* Foreign Affairs, March/April 2015, https://www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/isis-not-terrorist-group

[8] H. Johnson, *Mapped: "The Islamic State is Losing Teritory – and Fast",* Foreign Policy, 16 March 2016, http://foreignpolicy.com/2016/03/16/mapped-the-islamic-state-is-losing-its-territory-and-fast/

борци од арапските држави.[9] Освен тоа, многу џихадистички групи се заколнале на верност кон ИСИС.[10] Меѓутоа тоа биле веќе постечки групи кои продолжуваат да функционираат главно автономно и како такви претставуваат само симболично зголемување на моќта на ИСИС.

Освен овие два фактори, наводната глобална моќ на ИСИС се базира и на перцепцијата дека ИСИС спроведува теористички напади низ целиот свет. Сепак, ако се погледнат бројките, надвор од регионот на Блискиот Исток и Северна Африка, ИСИС бил директно одговорен само за три напади во Западна Европа (и неколку во Азија).[11]

Меѓутоа и покрај овие факти, перцепцијата за ИСИС е дека е многу помоќна и сеприсутна закана. Истражувањата на јавните мислења во САД[12] и Европа[13] покажуваат дека луѓето од Западот убедливо веруваат дека ИСИС е способен да спроведе голем терористички напад во нивната земја во било кој момент или пак дека таков напад е неизбежен. Оправдувањата кои политичките лидери ги употребуваат за воздушната кампања над ИСИС во Ирак и Сирија, примарно се базираа на зголемување на националната безбедност на сопствените граѓани.[14] Уште позагрижувачко е поистоветувањето на ИСИС со Исламот генерално, направено од некои десно ориентирани политичари и нивните поддржувачи кои се скептични и дискриминирачки настроени кон нивните муслимански сограѓани кон зголемениот и растечки број на бегалци во нивните

---

9 K. Diab, "*ISIL and the Myth of the European Jihadist Hordes",* Aljazeera. 17 March 2016, < http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/03/isil-myth-european-jihadist-hordes-160314143607169.html>

10 W. McCants, "*The ISIS Apocalypse:The History, Strategy and Doomsday Vision of the Islamic State",* стр. 140, 141

11 K. Yourish, D. Watkins and T. Giratikanon, "*Where ISIS has Directed and Inspired Attacks Araound the World", The New York Times,* 22 March 2016, <http://www.nytimes.com/interactive/2015/06/17/world/middleeast/map-isis-attacks-around-the-world.html?_r=0>. Категоријата „насилство инспирирано од ИСИС" кое неодмана се појави во некои светски медуими не е земена предвид тука. Напротив, поврзувањето на изолирани ("lone–wolf") напади со ИСИС, а не со глобалниот џихадизам, или пак претставувањето на ИСИС како главен или единствен претставник на глобалниот џихадизам само ја потврдува главната теза на овој труд.

12 Види го испитувањето на јавното мислење на американските граѓани спроведено од CNN на 7 декември 2015 година, достапно на <http://i2.cdn.turner.com/cnn/2015/images/12/06/rel12d.-.obama.isis.pdf>

13 Види го на пример испитувањето на јавното мислење на германските граѓани спроведено од YouGov во декември 2015 година достапно на http://www.express.co.uk/news/world/630456/EU-migrant-crisis-shock-poll-two-thirds-Germans-expect-ISIS-terrorist-attack или на британските граѓани спроведено од Daily Mail во ноември 2015 година, достапно на http://www.comres.co.uk/polls/daily-mail-terrorism-poll-2/ .

14 Види го на пример обраќањето на францускиот претседател Франсоа Оланд пред Парламентот на 16-ти ноември 2015 година, достапно на http://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/defence-security/parisattacks-paris-terror-attacks-november-2015/article/speech-by-the-president-of-the-republic-before-a-joint-session-of-parliament

држави. Медиумите исто така придонесуваат кон митот за неограничената моќ на ИСИС. Во потрагата кон ексклузивитет, тие пренесуваат безброј информации кои често знаат да бидат непроверени и непрецизни, и со тоа ефективно да придонесат во ширењето на страв и паника.

Секако, стравот од ИСИС изразен во гореспоменатата форма е очекуван во вакви ситуации. Истиот потекнува главно од природата на терористичката закана – таа е тајна, прикриена, непредвидлива, со потенцијални тешки последици, и иако далеку помалку од што се мисли, со глобален опсег. Во ситуации „кога луѓето се депривирани од контрола, тие се многу повеќе склони кон увидување на слики или обрасци на случајни работи и кон прибегнување на суеверни верувања или конспиративни теории“.[15] Дополнително, ставање на лик на терористичката закана потекнува од човековата потреба да припише агентура (agency) на своите дневни случувања кои се надвор од нивниот досег. Потребен е некој на кого ќе му го припишат сопственото страдање и сопствените стравови, некој кон кого ќе го насочат сопствениот гнев и кон кого ќе ги мобилизираат сопствените извори и енергија.

Како резултат на ова, ИСИС стана најновиот главен непријател на човештвото. Претходно тоа беше Ал Каеда, а пред неа Истокот и Западот си беа меѓусебни најголеми непријатели. По сè изгледа дека, на страна нивната реална моќ, луѓето исто така си ги конструираат своите непријатели и ги пренагласуваат нивните реални способности. Зошто се случува ова? Овој труд смета дека тоа е последица на длабоко вкоренетиот религиски наратив за битката на Доброто против Злото. Како резултат на оваа религиска матрица, како и на човековата пристрасна себеперцепција дека сме добри индивидуи, ние го негираме злото како човечка карактеристика. Ова, од своја страна, продуцира утописки очекувања за нашето справување со злото и ние завршуваме во магичниот круг на вечната битка.

Религијата и нејзината битка

Религијата отсекогаш играла голема улога во човековиот живот. Религијата била присутна во животот на луѓето во различни времиња и простори и според истражувањето на Pew истражувачкиот центар, истата нема во брзо време да исчезне. Напротив, светот во целина станува повеќе религиозен отколку порано.[16] Меѓутоа, во светската политика, главно под влијание на тезата за секуларизација, сè до неодамна религијата главно отсуствувала од редовниот

---

[15] J. A. Whitson, and A. D. Galinksy, “*Lacking Control Increases Illusory Pattern Perception*.” *Science*, 3 October 2008, стр.115–117.

[16] Pew Research Center, „*The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010–2050*“, 2 Април 2015, http://www.pewforum.org/2015/04/02/religious-projections-2010–2050/

дискурс. Терористичките напади од 11 септември 2001 година биле искрата која го означила „враќањето на религијата“ како фактор во меѓународната политика. Уште еден друг фактор, исто така придонел за раѓањето на „векот на Господ“[17] во меѓународната политика. Тоа е процесот на глобализација и намалувањето на улогата на државата како извор на политички идентитет. Ова создало празнина и ја оставило незадоволена човековата потреба за припадност и идентификација. Во недостаток на државата, овие потреби се задоволувале со други извори – пред сè религијата и етникумот. Овие неколку фактори во комбинација ја вратиле религијата на предната сцена во светската политика.

И покрај сите детали и можни дефиниции[18], многу религии, а особено Аврамските религии – кои опфаќаат 55 проценти од сите светски религии[19] – се базирани на три основни примеси (надодадени секако на стожерната дека Господ го создал човекот и светот). Прво, животот е поставен како битка помеѓу два поларитети. Тие може да имаат различно име како светлина против темнина, доблест против грев и сл., но во суштина се сведуваат на битка на Доброто против Злото. Второ, во оваа битка сите треба да се придружиме на страната на доброто и да работиме за негова победа. Трето, во финалната пресметка, Доброто ќе извојува конечна победа и ќе ја добие таа битка еднаш засекогаш.

Ова накратко е симплифицирано објаснување на религискиот наратив. Без оглед дали истиот е базиран на дуалистички (Зороастрински или Маникијански перспективи за Доброто и Злото ги третираат овие сили за еднакви) или монотеистички (злото според Св. Августин претставува отсуство на добро) перспективи за доброто и злото, сите тие заклучуваат дека апокалипсата е неизбежна и дека доброто ќе победи. Освен ова, тие креираат и ликови кои се носители на доборото и злото. Секако персонификација на доброто е Господ додека на злото е Сатаната. Според оваа претстава, Господ е одговорен за сето добро кое се случува на земјата додека Ѓаволот – оној кој се обидува да ги измами и зароби душите на луѓето – е одговорен за сите лоши нешта.

Она на што се потпира оваа света битка, е човековиот најголем страв – смртта. Стравот од смрт се користи за мобилизирање за сопствената казуа. Целта, секако, не е само да се обезбеди некаков безначаен отстанок. Битката не (треба да) се води само заради осигурување на спиритуална бесмртност. Таа има инкорпорирано и (секуларна) цел – да се прават вистински дела, добри дела, дела кои (нашиот) Бог ги бара (од нас). Оттука, иако првично битката

[17] M. D. Toft, D. Philipott and T. S. Shah, *“God’s Century: Resurgent Religion and Global Politics”,* W.W. Norton & Company, Inc. USA, 2011.

[18] Види на пример кај William T. Cavanaugh, „*What is Religion“,* во „*Religion and International Relations: A Primer for Research“*, The Report of the Working Group on International Relations and Religion of the Mellon Initiative on Religion Across the Disciplines, University of Notre Dame, 2013.

[19] Pew Research Center, „*The Global Religious Landscape,* 18 декември 2012 година, http://www.pewforum.org/2012/12/18/global-religious-landscape-exec/

имала чисто инструментална цел, како што поминувало времето, кон истата се додала и беневолентна земјина смисла. На овој начин, битката станува очигледно неопходна – луѓето можат да бидат спокојни дека водат живот со смисла, дека се добри луѓе кои придонесуваат кон триумфот на доброто и со тоа ја обезбедуваат сопствената бесмртност.

Вака концептуализирана светата битка има два главни проблеми.[20] Прво, таа е соочена со проблемот на дефиниција – што претставува „добро“ и како ние би можеле да спознаеме дека навистина правиме добро? Дали воопшто е можно да се согласиме на некоја универзална дефинициија за „добро“, и ако не, како да ги помириме повеќето вистини? Вториот проблем е симплифицираната црно-бела дихотомија која ја нуди овој наратив. Тој ги класифицира сите луѓе (и опции) или како целосно добри или како целосно лоши. Како што укажува и Зимбардо, оваа поделба на добри и лоши луѓе е „извор на комфор од најмалку две причини. Прво, создава бинарна логика во која злото е *есенцијализирано...* [Второ], ги ослободува од одговорност „добрите“ луѓе. Тие се слободни дури и од воочување на сопствената улога во креирањето, одржувањето, овековечувањето или допуштањето на околностите кои придонесуваат за деликвенција, криминал, вандализам, задевање, булинг, силување, тортура и насилство.“[21]

Себе и Другиот – формирање на идентитетот

Без оглед на различните филозофски стојалишта за тоа што се подразбира под поимот човечко суштество, луѓето имаат тенденција да се сметаат себе си за похумани и подобри од останатите луѓе. Бројни студии ги потврдуваат овие две пристрасности (bias) – себехуманизирачката (self–humanizing)[22] и себеподобрувачката (self–enhancement)[23] пристрасност. Според истражувањата, овие пристрасности се смета дека се најмалку пан-културни, па дури и универзални човечки манифестации. Ова сугерира дека без разлика на нашето реално однесување, ние се сметаме себе си за „вистински“ луѓе, за „добри“ луѓе. Ова сè уште не докажува дека ги сметаме другите за „лоши“, но тие сепак не се толку добри како нас. Дали другите ќе бидат третирани како лоши зависи од други фактори. Во секој случај, нашата лична себеперцепција

[20] Освен, секако, филозофските проблеми за постоењето на Господ и за смислата на животот.

[21] P. Zimbardo, “*The Luciffer Effect: Understaning How Good People Turn Evil”,* New York: Random House Trade Paperbacks, 2008, стр. 6,7.

[22] S. Loughnan et al., “*Universal Biases in Self-perception: Better and more Human than average*”, British Journal of Social Psychology, January, 2010, стр. 627–636

[23] J. Park, “*More Human Than Others, but Not Always Better: The Robusstness of Self-Humanizing Across Cultures and Interpersonal Comparisons*”, Journal of Cross-Cultural Psychology, 2013, стр. 671–683.

дека сме добра индивидуа е зададен, *пре-политички идентитет*.[24]

Епистемолошкиот Друг станува особено релевантен кога е во прашање конструкцијата на нашиот *политички идентитет*. Во оваа сфера, нацијата-држава била доминантниот извор на политички идентитет сè до 80-тите години на минатиот век. Меѓутоа, главно заради процесот на глобализација, таа го има изгубено убедливото водство за сметка на други форми на политички идентитет (изразен глобално или локално) како што се етникумот, религијата, родот, сексуалноста, итн. Овие примарно културни идентитети почиваат на вреднување на одреден начин на живеење кој ја разликува нашата група од останатите групи. Меѓутоа, токму во оној момент кога нашите „ценети вредности и верувања" се под закана, ние почнуваме да имаме „непријателска имагинација" и да развиваме психолошки конструкции за Другиот како за непријател, за нечовек. Ние почнуваме да креираме стереотипи за Другиот, ние го дехуманизираме и го перципираме како злобно чудовиште.[25] Како што истакнува Ричард Рорти:

> Повеќето луѓе ... едноставно не се сметаат себе си, прво и основно, за луѓе. Наместо тоа, тие се сметаат себеи дека се одреден *добар* вид луѓе – вид кој е дефиниран во целосна спротивност со одреден лош тип луѓе. Она што е клучно за нивното чувство кои се всушност они, е дека они *не* се неверници, *не* се квир (queer), *не* се жена, *не* се недопирливи... Од оној ден кога зборот „човек" станал синоним со „член на нашето племе", ние имаме претстава за луѓето во согласност со *парадигматичните* членови на видот. Ние ги спротивставуваме *нас*, *вистинските* луѓе, со рудиментарните или перципираните или деформираните примери на луѓе.[26]

Имајќи го предвид сето погоре кажано, присуството на религиската матрица во војната против ИСИС сега станува поочигледна. За членовите на Исламската држава, постои преклопување помеѓу нивниот пре-политички и нивниот политички идентитет. За ИСИС, да се биде *добар*, *вистински* човек значи да се биде Суни Муслиман од 7-от век. Секој друг не е достоен да се нарече човек. Уште повеќе, сите оние кои го опонираат ваквиот вистински човек претставуваат зло.[27] Заради тоа, сите мерки се дозволени во имплементирањето на Божјата волја, која на крајот ќе доведе до преовладување на „доброто".

[24] M. R. Somers, "*The Narrative Constitution of Identity: A Relational and Network Approach*." Theory and Society, 1994, стр. 605–649.

[25] P. Zimbardo, "*The Luciffer Effect: Understaning How Good People Turn Evil"*, стр. 11.

[26] R. Rorty, "*Human Rights, Rationality and Sentimentality*", во *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*, од Stephen Shute and Susan Hurley, 111-135. New York: Basic Books, 1994, стр 126.

[27] Некои го „опонираат" со самото нивно постоење или со делата на нивните далечни (национални или религиски) предци.

Иако за нијанса поинаку отколку кај ИСИС, влијанието на религиската матрица на борбата помеѓу доброто и злото е забележливо и кај анти-ИСИС коалицијата. За разлика од ИСИС, овде доминантиот политички идентитет на оние кои се вклучени во битката против ИСИС е нерелигиозен. Иако во групата која се спротивставува на ИСИС има и експлицитно религиски фигури и ентитети (како на пример, некои Шиа муслимански групи или Суни лидери), наративот кој се користи и идентитетот на кој се повикуваат во битката против ИСИС се базирани на тоа дека она што ги здружува, е заедничката цел да се сопре овој „нечовечки“ феномен. Со ова, анти-ИСИС групацијата се повикува на пре-политичкиот идентитет – на бидувањето (вистински) *човек*.

Како што беше кажано и претходно, да се биде човек кој е подобар од другиот, не значи дека автоматски Другиот е лош. Но, кога прифатениот и ценет животен стил на групата со која (најмногу) се идентификуваме е протресен, како на пример, при смртоносен терористички напад, злото се лоцира кај различниот Друг – во случајов ИСИС. Напаѓањето на нашиот (*добар*) начин на живот е недопустливо. Обидувајќи се да си објасниме зошто вакви нешта им се случуваат на невини луѓе, а притоа водени од нашата пристрасност дека сме добри индивидуи и охрабрени од оптимизмот дека доброто секогаш на крајот победува, ние се впуштаме во битка со злиот феномен кој нè нападнал.

Неопипливоста на заканата

Друга битна карактеристика на војната против тероризмот која ја прави подобна за да на неа се аплицира религиската ментална матрица, е неопипливоста на заканата. Слично на постењето на злото во религискиот наратив кое демне од секоја страна, природата на терористичката закана се карактеризира со високо ниво на непредвидливост и прикриеност. Различно од конвенционалните војни каде борбата и самиот непријателот се претежно лоцирани на бојното поле, војната против тероризмот ги проширува бојното поле и потенцијалните непријатели насекаде и како резултат на тоа стравот за страдањето и штетата што може да ја предизвикаат, е пораснат и постојано присутен. Работејќи на страната на доброто, ние треба да бидеме претпазливи и да ја лоцираме човечката инкарнација на злото. Откако ќе го лоцираме злото, ние треба да му се спротивставиме и да се обидеме да го искорениме.

Водејќи се од оваа религиска матрица и во обид да ја смират својата егзистенцијалистичка анксиозност, сè поголем број политички лидери од Западот и нивните поддржувачи, погрешно ги поистоветуваат исламскиот фундаментализам и Исламот како религија. Како резултат на ова поистоветување, тие посочуваат на карактеристиките на злото кај нивните сограѓани од

муслиманска вероисповед или кај зголемениот број бегалци во нивните држави. Ова придонесува за употреба на говор на омраза и дела од омраза против овие групи.[28] Дури и некои политичари кои не се (крајно) десно ориентирани, паднаа на оваа религиска замка на доброто против злото. Тие го персонифицираат ИСИС како извор на нивните страдања. Одлучни во нивната намера да ги казнат злосторниците на ужасните терористички напади кои се случија во нивните држави, тие се впуштија во кампања да го „деградираат и конечно уништат" ИСИС. Сепак, по сѐ изгледа дека во оваа војна против тероризмот нема да може да има конечен победник. Борбата против глобалниот џихадизам како идеја, бара поинакви средства. Пред ИСИС, Ал-Каеда беше на чело на кормилото, а којзнае што ќе дојде после дисолуцијата на ИСИС. По сѐ изгледа дека во овој „заеднички потфат" (mutual enterprise) наречен војна против тероризмот, „двете страни си се меѓусебно потребни со цел да продолжи потфатот на војната и затоа војната тежнее да биде долга и незавршена. Тенденцијата на ваквите војни не е војна без граници, туку војна без крај".[29] Двете страни, како што тврди Калдор, можеби имаат економски и политички причини да ја продолжат војната – како на пример, зацврстување на сопствената политичка легитимност (за политичарите од Западот и за ИСИС) или за економски придобивки (воената индустрија за Западот или пак, финансиските придобивки за ИСИС). Но, апокалиптично-утопискиот[30] религиски светоглед е оној кој е во основата на овој потфат. Тоа е вечната борбата на доброто против злото во кое доброто на крајот сепак ќе победи. Знаејќи дека двете страни себе си се перципираат како добри (без оглед на нивното фактичко однесување), кој и да ја изгуби моменталната битка, тоа ќе го интерпретира само како моментален пораз. Секако, што претставува пораз е различно за секоја од страните – за ИСИС тоа би можело да биде убивањето на некој од нивните религиски лидери или загубата на територија додека пак, за Западот тоа би бил, на пример, голем терористички напад во некоја од светските метрополи – но тоа во секој случај е само една фаза која води до ултимативната пресметка. Како последица од оваа перспектива, војната ќе продолжи сѐ до Судниот ден и финалната пресметка.

Прифаќањето на злото и справување со тероризмот

[28] Види ги, на пример, говорите на Трамп или Мари Ле Пен во претседателските кампањи во нивните земји, или пак, насловната страница на полскиот магазин насловена „Исламското силување на Европа" која уследи по инцидентот во Келн, а кој вклучи грабежи и сексуални напади од страна на некои од бегалците во овој град. Види, на пример https://www.theguardian.com/world/2016/feb/18/polish-magazines-islamic-of-europe-cover-sparks-outrage.

[29] M. Kaldor,"*In Defence of New Wars*." Stability, 2013, 2(1): 4, 1-16, стр. 13.

[30] J. Gray, "*Black Mass:Apocalyptic Religion and the Death of Utopia",* Penguim Books, 2008.

Прифаќањето на религискиот ментален склоп довел до окарактеризирање на војната против тероризмот како борба на доброто против злото. Борбата против ИСИС е само последната етапа од оваа општествена парадигма. Реториката што се употребуваше при претседателствувањето на Обама, не беше толку директна репрезентација на оваа матрица како што тоа беше во времето на Џорџ Буш и неговата „оска на злото“.[31] Дискурсот кој се користи(ше) во борбата против ИСИС е за нијанса променет. Сепак, ИСИС сè уште е персонификација на злото на 21-от век, сè уште е најголемиот непријател на човештовото слично како што беше Хитлер и неговиот фашизам. Но, судејќи според капацитетите и моќта, ИСИС е далеку од глобалната безбедносна закана како што бил фашизмот. Ние го креиравме ова уверување во неговата моќ со цел да го локализираме изворот на заканата против која се бориме и да ја оправдаме силата употребена против него. Меѓутоа користењето на воена сила – главно изразена преку воздушни бомбардирања – е употребена од погрешни причини. Имено, оправдувањето за истата е дека таа ќе обезбеди поголема национална безбедност за граѓаните на Западот во нивните сопствени држави. Секако, самото деградирање на борбените капацитети на ИСИС ќе ја подобри националната безбедност, но постои консензус помеѓу безбедносните експерти дека за посериозна деструкција на ИСИС потребни се трупи на терен, кои засега никој не е подготвен да ги испрати.

Од друга страна пак, главната причина зошто сила треба да се употреби против ИСИС не е наводната глобална закана која групата ја претставува, ниту заштитата на сопствените граѓани во нивните држави. Сила против ИСИС треба да се употреби, прво и основно, за заштита на популациите кои се под директна закана од ИСИС – како, на пример, Јазидите, Шиитите, Христијаните, Курдите или генерално ирачкиот и сирискиот народ. Еден од трите носечки пилари на меѓународната заедница, развиен особено по Втората светска војна, е заштитата и почитувањето на човековите права, искажани во ветувањето „никогаш повторно“ (never again) да не се дозволи да се случат такви злосторства (како Холокаустот). Другите два пилара – почитување на суверенитетот и територијалниот интегритет, и неупотребата на сила во меѓународните односи – се исто така масовно прекршени од ИСИС. Повредите на овие три принципи, а не избрзаните реакции мотивирани од страв и одмазда, се повеќе од доволна основа за интервенирање против ИСИС.

Но, употребата на сила против ИСИС не е доволна мерка ако притоа не се работи и на разрешување на Сириската граѓанска војна и на ситуацијата во Ирак. Шест години од започнување на војната во Сирија, ова делува како прилично тешка задача. Како резултат на погрешно научените лекции од окупацијата на Ирак во 2003 и последиците од тоа – дека било каква воена инволвираност

[31] А изгледа дека под претседателот Трамп ова може да биде полошо од било кога.

на Блискиот Исток треба да се избегнува затоа што може да заврши во хаос – и на интервенцијата во Либија во 2011 година – дека интервенцијата била „злоупотребена“ за промена на режимот на Гадафи – пропуштени беа можности да се интервенира во Сириската војна долго пред истата да стане толку жестока и комплицирана и пред ИСИС да се појави на сцената (иако ИСИС и претходно постоел)[32]. Набрзо потоа Сирија стана геополитичко жариште, а војната се претвори во прокси (proxy) пресметка на различни поголеми играчи. Затоа сега е практично невозможно да се реши со било какво ефективно воено решение.

Како што беше и погоре кажано, ако судиме според бројките, ИСИС не претставува сериозна егзистенцијална закана по секојдневниот живот на граѓаните од Западот, а уште помалку на целиот свет, надвор од Блискиот Исток. Но, потпирање само на статистиката нема да нè направи посмирени или поуверени дека насилството низ светот се намалува и дека ние денес ги живееме најмирните времиња на човештвото.[33] Ние нема да се увериме само од бројки дека ние или нашите најблиски нема да бидат жртва на следен терористички напад. Природата на транснационалната терористичка закана создаде нов тип страв, страв кој заради својата непредвидливост е далеку поголем од оној кој потекнува од класични фронтални битки.

Овој нов страв всушност е реинкараницја на најстариот од сите стравови, стравот од Злото кое демне и може да си прикраде од секаде. Јавниот страв е толку голем, што ние со нашите реакции ја реконструираме религиската приказна во овој случај. Прво, ние му дадовме лице на злото – тоа сега се вика ИСИС. Потоа, ние (добрите луѓе), се впуштивме во борба против него. Не само во неговото седиште на Блискиот Исток, туку насекаде, вклучувајќи ги и заедници на нашите муслимански сограѓани. На некој начин природно, за да има смисла овој цел голем потфат, ние ја преувеличивме безбедносната и егзистенцијалната закана која тоа ја претставува по нашите животи. Уште повеќе, ние „изреагиравме претерано, изреагиравме несоодветно или потфрливме да реагираме“[34] на секој инцидент надвор од Блискиот Исток и со тоа индиректно ја поддржавме играта на ИСИС и на исламскиот џихадизам генерално.

---

32 Сириската војна доведе до над 450.000 жртви и над 11 милиони раселени лица. Види ги проценките на специјалниот посредик за Сирија Стефан ди Мистура http://www.unmultimedia.org/radio/english/2016/04/syria-envoy-claims-400000-have-died-in-syria-conflict/#.WKHJgIErIdU и на ОН Канцеларијата за хуманитарни работи http://www.unocha.org/syria.

33 S. Pinker and A. Mack, "*The World Is Not Falling Apart",* Slate, 22 December 2014, http://www.slate.com/articles/news_and_politics/foreigners/2014/12/the_world_is_not_falling_apart_the_trend_lines_reveal_an_increasingly_peaceful.html. Повеќе за оваа теза види кај Steven Pinker, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined,* Penguin Books, 2011.

34 D. Rothkopf, "*Our Reaction to Terrorism Is More Dangerous Than the Terrorists",*Foreign Policy, 25 November 2015, http://foreignpolicy.com/2015/11/25/our-reaction-to-terrorism-is-more-dangerous-than-the-terrorists-trump-obama-eu-isis/

Религиското барање да се спротивставиме на злото и да правиме добро има моќен наратив. Меѓутоа, во својата суштина овој наратив целосно го негира постоењето на човековата „темна страна“. Овој наратив ја промовира идејата дека под човек се подразбира само личност која е посветна на правење и чувствување само добро, а доброто е интерпретирано според една единствена вистина – онаа на нашиот личен Бог. Ако ја прифатиме оваа дихотомија на добри-лоши нешта и луѓе, ние завршуваме во негирање на една половина од нас. Прифаќањето на тоа дека ние имаме и треба да имаме и „лоша страна“, не значи дека ние треба да делуваме согласно неа (во секоја можна инстанца). Тоа само значи дека ние ќе бидеме повеќе свесни за нас самите и нема толку лесно да го обвинуваме различниот Друг како ексклузивно зло секој пат кога ќе се случи нешто надвор од наша контрола. Најголем дел од реакциите во војната против ИСИС се последица на длабоко вкоренетиот религиски наратив во менталниот склоп на луѓето. Тие се засноваат на егзистенцијалниот страв од смрт и имањето смисла во животот. Освен ова, тие се водени од утопиското гледиште дека злото може и треба да се победи (еднаш за секогаш). Ова всушност значи дека „западните лидери (и најголем дел од нивите поддржувачи) реално не веруваат во злото како трајна реалност во човечкиот живот“. Како што истакнува Џон Греј, „справувањето со злото подразбира прифаќање дека злото нема никогаш да исчезне.“[35]

Она што е потребно во борбата против тероризмот, е нова парадигма и нов наратив која ќе го намали степенот на злото со кое треба да се справиме. Од друга страна, „да се намали нешто, не значи тоа да се игонира. Не постои разумна одбрана против злосторства од тероризам во слободни општества. Но, постои одбрана против нивната цел. Тоа е да се избегне хистерија, да се покаже претпазливост и храброст, а не да се падне во јавен страв. Не да се менуваат законите, да се скратуваат слободите или да се прогонуваат Муслиманите“.[36] Само преку усвојување на нова перспектива која нема да вклучува битка на добри наспроти лоши луѓе, значи која ќе го прифати злото како човечка карактеристика, која ќе прифати дека злото постои и ќе постои, само тогаш ќе може суштински да се обидеме да излеземе од овој магичен круг кој денес се нарекува војна против тероризмот и да се впуштиме во справување со ужасите на денешниот свет.

---

[35] J. Gray, “*The Truth About Evil”,* The Guardian, 21 October 2014, http://www.theguardian.com/news/2014/oct/21/-sp-the-truth-about-evil-john-gray

[36] S. Jenkins, “*The Scariest Thing About Brussels is our Reaction to it”,* The Guardian, 24 March 2016, http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/mar/24/scariest-brussels-reactoin-paranoid-politicians-isis-atrocity-belgium

Користена литература:

1. John Gray, *Black Mass: Apocalyptic Religion and the Death of Utopia,* Penguin Books, 2008;
2. William McCants, "*The ISIS Apocalypse:The History, Strategy and Doomsday Vision of the Islamic State",* New York: St.Martin's Press, 2015;

UN Commission of Inquiry on Syria, "*ISIS is committing genocide against the Yazidis*" http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20113&LangID=E#sthash.zVQvrSlx.dpuf

Joseph V. Micallef, "*The Islamic State One Year Later: Who's Winning the War?",* The World Post*,* 28 June 2015, http://www.huffingtonpost.com/joseph-v-micallef/the-islamic-state-one-yea_b_7684358.html

Audrey K. Cronin, "*ISIS is not a Terrorist Group",* Foreign Affairs*,* March/April 2015, https://www.foreignaffairs.com/articles/middle-east/isis-not-terrorist-group

Henry Johnson, *Mapped: "The Islamic State is Losing Teritory – and Fast",* Foreign Policy*,* 16 March 2016, http://foreignpolicy.com/2016/03/16/mapped-the-islamic-state-is-losing-its-territory-and-fast/

Khaled Diab, "*ISIL and the Myth of the European Jihadist Hordes",* Aljazeera*.* 17 March 2016, < http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/03/isil-myth-european-jihadist-hordes-160314143607169.html>

Karen Yourish, Derek Watkins and Tom Giratikanon, "*Where ISIS has Directed and Inspired Attacks Araound the World", The New York Times,* 22 March 2016, <http://www.nytimes.com/interactive/2015/06/17/world/middleeast/map-isis-attacks-around-the-world.html?_r=0>

CNN Poll, 6 December 2015, http://i2.cdn.turner.com/cnn/2015/images/12/06/rel12d.-.obama.isis.pdf

YouGov Poll, December 2015, http://www.express.co.uk/news/world/630456/EU-migrant-crisis-shock-poll-two-thirds-Germans-expect-ISIS-terrorist-attack

Daily Mail Poll, November 2015, http://www.comres.co.uk/polls/daily-mail-terrorism-poll-2/.

Обраќање на францускиот претседател Франсоа Оланд пред Парламентот на 16-ти ноември 2015 година, достапно на http://www.diplomatie.gouv.fr/en/french-foreign-policy/defence-security/parisattacks-paris-terror-attacks-november-2015/article/speech-by-the-president-of-the-republic-before-a-joint-session-of-parliament

Jennifer A. Whitson, and Adam D. Galinksy, "*Lacking Control Increases Illusory Pattern Perception*." *Science*, 3 October 2008, стр. 115–117;

Pew Research Center, „*The Future of World Religions: Population Growth Projections, 2010–2050“,* 2 април 2015, http://www.pewforum.org/2015/04/02/religious-projections-2010-2050/

Monica Duffy Toft, Daniel Philipott and Timothy Samuel Shah, *"God's Century: Resurgent Religion and Global Politics",* W.W. Norton & Company, Inc. USA, 2011;

William T. Cavanaugh, „*What is Religion",* in „*Religion and International Relations: A Primer for Research"*, The Report of the Working Group on International Relations and Religion of the Mellon Initiative on Religion Across the Disciplines, University of Notre Dame, 2013;

Pew Research Center, „*The Global Religious Landscape,* 18 декември 2012 година, http://www.pewforum.org/2012/12/18/global-religious-landscape-exec/

Philipp Zimbardo, "*The Luciffer Effect: Understaning How Good People Turn Evil",* New York: Random House Trade Paperbacks, 2008;

Steve Loughnan, Berhard Leidner, Guy Doron, Nick Haslam, Yoshihisa Kashima, Jennifer Tong, and Victoria Yeung, "*Universal Biases in Self-perception: Better and more Human than average*", British Journal of Social Psychology, January, 2010, стр. 627–636;

3. Joonha Park, Nick Haslam, Hiroshi Shimizu, Yoshihisa Kashima, and Yukiko Uchida, "*More Human Than Others, but Not Always Better: The Robusstness of Self-Humanizing Across Cultures and Interpersonal Comparisons*", Journal of Cross-Cultural Psychology, 2013, стр. 671–683;
4. Margaret R. Somers, "*The Narrative Constitution of Identity: A Relational and Network Approach*." Theory and Society, 1994, стр. 605–649;
5. Richard Rorty, "*Human Rights, Rationality and Sentimentality*", во *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures 1993*, од Stephen Shute and Susan Hurley, 111–135. New York: Basic Books, 1994;
6. Mary Kaldor,"*In Defence of New Wars*." Stability, 2013, 2(1): 4, 1–16;

Steven Pinker and Andrew Mack, "*The World Is Not Falling Apart",* Slate, 22 December2014,http://www.slate.com/articles/news_and_politics/foreigners/2014/12/the_world_is_not_falling_apart_the_trend_lines_reveal_an_increasingly_peaceful.html

7. Steven Pinker, *The Better Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined,* Penguin Books, 2011;

David Rothkopf, "*Our Reaction to Terrorism Is More Dangerous Than the Terrorists",*Foreign Policy, 25 November 2015, http://foreignpolicy.com/2015/11/25/our-reaction-to-terrorism-is-more-dangerous-than-the-terrorists-trump-obama-eu-isis/

"Syria envoy claims 400,000 have died in Syria conflict", UN multimedia, http://www.unmultimedia.org/radio/english/2016/04/syria-envoy-claims-400000-

have-died-in-syria-conflict/#.WLOkS4ErIdV
Syrian Arab Republic, UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, http://www.unocha.org/syria
John Gray, "*The Truth About Evil",* The Guardian, 21 October 2014, http://www.theguardian.com/news/2014/oct/21/-sp-the-truth-about-evil-john-gray
Simon Jenkins, "*The Scariest Thing About Brussels is our Reaction to it",* The Guardian, 24 March 2016, http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/mar/24/scariest-brussels-reactoin-paranoid-politicians-isis-atrocity-belgium

Ass. Prof. Dr.sc Ljupcho Stojkovski[37]

THE GOOD VS. THE EVIL – ISIS AND THE WAR ON TERROR

Summary

Since 2014 ISIS has dominated the public discourse. Politicians, media and security experts regularly point out to the threat this phenomenon presents, virtually describing it as the humanity's newest enemy number one. However, if one looks carefully at three key factors to assess its strength - territory, fighters and attacks carried – we will notice that ISIS is not as powerful or ubiquitous as the public perception of it is. Why is this so? Why do we perceive and construct our enemies much more powerful than they actually are? This paper argues that this is a consequence of the deeply entrenched religious narrative concerning the battle of the good against the evil. As a result of this religious matrix, as well as our biased self-perception as good human beings, we end up denying evil as a human trait. This on the other hand, produces utopian believes about our engagement with evil occurrences and we end up in a vicious circle of perpetual battle.

Key words: *ISIS, war on terror, religion, the good vs. the evil, self vs. the other.*

[37] Assistant professor at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje.

проф. д-р Катерина Тошевска-Трпчевска[1]
асс. м-р Љубен Коцев[2]
Александар Паришев[3]

ПОДОБРУВАЊЕ НА ЕФИКАСНОСТА НА МЕХАНИЗМОТ ЗА РЕШАВАЊЕ ТРГОВСКИ СПОРОВИ НА СВЕТСКАТА ТРГОВСКА ОРГАНИЗАЦИЈА

УДК: 341.6:[339.54:061.1(100)СТО
341.9:[339.54:061.1(100)СТО
1.04 Стручна статија

Резиме

Предмет на анализа на овој труд е согледување на ефикасноста на Механизмот за решавање трговски спорови што функционира во рамките на Светската трговска организација (во понатамошниот текст СТО). Анализата на ефикасноста на механизмот започнува со објаснување на процедуралните подобрувања што се постигнати со основањето на СТО и Договорот за правилата и постапките за решавање на трговските спорови.[4] Во трудот авторите обработуваат еден од најкомплексните спорови во историјата на СТО, а тоа е спорот за забраната за увоз на хормонски третирано говедско месо во Европската Унија. Преку укажување на главните недоследности, како што се непримена на донесените одлуки на Телото за решавање на спорови и одлуките на Апелациониот орган, како и отсуството на јасни и прецизни решенија, авторите на овој труд ги анализираат слабостите на Механизмот. Преку анализата на слабостите, авторите нудат соодветни решенија за надминување на недоследностите.

Клучни зборови: *Светска трговска организација, Механизам за решавање трговски спорови, забрана за увоз, хормонски третирано говедско месо, реторзивни мерки.*

[1] Вонредна професорка на Економски факултет – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[2] Асистент – докторанд на Економски факултет – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[3] Демонстратор на Економски факултет – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.
[4] Изворно: Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Annex 2 of the WTO Agreement, 1995.

Вовед

Водењето на различни политики на државите во однос на меѓународната трговија со земјоделски производи, односно од една страна обидот да се подобри извозот и пласманот на месо преку намалување на трошоците за одгледување на добитокот, и од друга страна обидот за пружање на поголема заштита на здравјето на луѓето, довело до настанување на еден од најпознатите спорови во историјата на мултилатералниот трговски систем.

Соединетите Американски Држави (во понатамошниот текст САД) и Европската Унија (во понатамошниот текст ЕУ) се вклучени во долгогодишен трговски спор кој произлегува од забраната на ЕУ за увоз на говедското месо третирано со хормони. Покрај долгорочните преговори, постапки и одлуки за решавање на спорот во СТО, постои континуирано несогласување помеѓу САД и ЕУ за голем број правни и процедурални прашања, како и за научни докази и консензус во врска со безбедноста на хормонски третираното месо. Денес, Европската Унија и понатаму го забранува увозот на вакво месо и ја ограничува количината на увозот на висококвалитетно говедско месо со сертификат што потврдува дека е произведено без хормони.[5]

Предмет на разработка на овој труд се утврдените слабости во функционирањето и неефикасноста на Механизмот за решавање на трговските спорови преку анализа на спорот за говедско месо третирано со хормони. Во трудот најпрво ќе се обработи начинот на кој се решавале споровите согласно Општата спогодба за царини и трговија од 1947 година [General Agreement on Tarrifs and Trade, во понатамошниот текст ГАТТ – 1947], а потоа ќе биде анализиран новиот Механизам за решавање спорови на Светската трговска организација, за кој може да се каже дека е наследник на стариот механизам, но со одредени подобрувања. Централно место во овој труд ќе биде дадено на објаснувањето на комплексните аспекти што настанале во текот на спорот за забрана на увозот на хормонски третираното говедско. На крајот од текстот на трудот, ќе се обидеме да дадеме одредени видувања за можностите за подобрување на механизмот и неговата ефикасност.

1. Решавање спорови според Општата спогодба за царини и трговија – ГАТТ од 1947 година

Во меѓународното право постојат два пристапа во однос на примената на донесените меѓународни спогодби во одделните национални законодавства.

[5] R. Johnson, *The U.S.-EU Beef Hormone Dispute* (Washington, Congressional Research Service, 2015) p. 1, available at: https://fas.org/sgp/crs/row/R40449.pdf

Според првиот т.н. монистички пристап, меѓународните акти стануваат дел од националните законодавства со самото потпишување односно ратификација и не е потребен дополнителен чекор за нивно транспонирање во домашниот правен систем. Според монистичкиот систем меѓународните спогодби не може да се менуваат со закон од страна на државите потписнички, па следствено на тоа добиваат посилно правно дејство од законите, односно тие се супериорни во однос на домашното право и државите се должни во целост да ги почитуваат.[6]

Вториот или таканаречен дуалистички пристап, прави дистинкција помеѓу домашни и меѓународни акти. Самиот чин на ратификација на меѓународен акт не е доволен за негова примена на територијата на една држава, туку е потребно носење на закон од законодавното тело за успешно транспонирање во националниот систем. Според овој пристап, и покрај тоа што државата прифатила одредени меѓународни обврски и правила за регулирање на определена област, нејзините субјекти не се должни да ги почитуваат доколку тие не се инкорпорирани во домашното право.[7] Притоа, домашното законодавство може да даде свое толкување на погоре споменатите конвенции, спогодби и сл.

Поради ова постои можност за различно толкување на обврските што произлегуваат од меѓународните инструменти, па така настануваат спорови меѓу државите членки. ГАТТ од 1947 година ја предвидела можната појава на овие недоразбирања и за нивното решавање бил усвоен методот на дипломатски консултации. Во рамките на спогодбата бил дефиниран членот XXIII што претставувал општа одредба што повикувала на „благонаклонето одлучување“ и консултации во врска со сè што подразбира примена на Спогодбата.[8] Членот создал посебен механизам за да се избегне „ништовност и неприменливост“ на бенефитите, односно, предностите кои за државите членки произлегуваат од оваа спогодба. Така, до ништовност и намалување на предност, односно бенефит за земја членка која произлегува од ГАТТ – 1947 може да дојде доколку:

1. конкретна договорна страна не успее да ги исполни обврските преземени со ГАТТ;
2. една договорна страна примени определена мерка против друга договорна страна, независно дали таква мерка е во спротивност со ГАТТ;
3. се случи каква било друга „ситуација“ што е проблематична.[9]

---

6 С. Шкариќ и Г. Сиљановска-Давкова, *Уставно Право*, 2 издание (Скопје, Култура, 2009), стр.552.

7 З. Јолевски, *Светскиот трговски систем* (Скопје, Матица, 2006) стр.257.

8 М. Мацушита et al., *Светска трговска организација – право, практика и политика*, (Скопје, Просветно дело, 2009) стр. 105.

9 Ibid.

На почетокот на функционирањето на ГАТТ од 1947 несогласувањата меѓу државите се решавале преку дипломатски преговори, што претставувало единственото средство за решавање спорови. Подоцна биле формирани таканаречени работни групи што требало да спроведуваат истраги и да формулираат препораки. Тие биле составени од претставници од разни земји членки што работеле под инструкции на сопствените влади. Во 1955 год. договорните страни на ГАТТ започнале да ги доверуваат споровите за решавање на т.н. панели составени од неутрални експерти. Иако извештаите на овие панели не биле правно обврзувачки, сепак државите договорнички на ГАТТ ги земале предвид. Тие се применувале сѐ почесто и се покажале како успешни. Така се јавила потребата од нивно формализирање. Во таа насока се развила серија на спогодби и меморандуми за решавање споровите како додаток на членот XXIII. Панелите почнале да се трансформираат во квази-судски институции со строго дефинирани правила. Странките почнале сѐ почесто да се повикуваат на членот XXIII за да ги заштитат своите права според ГАТТ. Одлуките на панелите почнале да се почитуваат, а државите сѐ почесто да ги спроведуваат.[10]

Но и покрај целиот овој успех на панел-системот на ГАТТ од 1947, тој имал повеќе недостатоци што се одразувале на неговата ефикасност. Такви недостатоци биле можноста за одложување на формирањето на панелите, одолговлекување на работата на панелот, одложувања на спроведувањето на одлуките и сл. Процедурите за решавање на споровите во стариот ГАТТ немале дефинирани временски рокови, донесувањето на одлуките можело лесно да биде блокирано од некоја земја и на тој начин, многу трговски спорови биле одолговлекувани и никогаш не биле завршени или спроведени.[11] Според проф. Кикеркова една од главните слабости на ГАТТ е тоа што немал својство на правно лице и следствено на тоа не поседувал механизам со кој ќе ги примора државите да ги почитуваат нејзините одредби. Па така дури и антидампиншките спорови се воделе по неколку децении без успешна завршница, а во ситуации кога биле носени одлуки, истите не биле почитувани и спроведувани од страна на државите.[12] Сите овие согледани недостатоци со основањето на Светската трговска организација биле вклучени во новите преговори и бил направен обид да се изнајдат решенија во новиот Механизам за решавање на трговски спорови.

---

[10] Ibid, стр. 107.

[11] К. Тошевска, ‘Решавање трговски спорови во рамките на СТО – некои примери од надворешнотрговската размена на Европската Унија’, во *Годишник на Економскиот факултет* – Скопје, (Скопје, Економски факултет, 2006) стр.515, на стр. 515.

[12] За повеќе види: И. Кикеркова, *Надворешна трговија*, (Скопје, Економски факултет, 2008) стр. 116.

2. Механизам за решавање на трговски спорови на Светската трговска организација

Механизмот за решавање на трговски спорови на СТО, кој стапил на сила на 1 јаунари 1995 година, е една од најзначајните придобивки од Уругвајската рунда на преговори. Механизмот според начинот на функционирање многу наликува на меѓународен трговски суд. Тоа е така, бидејќи во овој систем постојат задолжителни правила врз основа на кои се носат одлуки, одлуките се задолжителни за страните во спорот и доколку страните не ги спроведат, можни се санкции. Од политичка гледна точка, целта на новиот систем била да понуди фер и еднакви можности за сите членки.[13] Послабите или понеразвиените држави можат да започнат спор против развиените, односно државите со силни позиции и обратно. На тој начин, двете страни добиваат еднаков третман без разлика на нивната политичка и економска моќ. Со други зборови, основната цел кон која бил насочен новиот Механизам за решавање на трговски спорови на СТО требало да биде неутрализирање на моќната политика создадена со системот на ГАТТ од 1947 година.

Овој механизам бил изграден врз основа на претходниот режим на ГАТТ од 1947 година. Документот со кој Механизмот бил воспоставен е Договор за правилата и постапките за решавање спорови, кој е усвоен на Уругвајската рунда.[14] Овој документ е клучен инструмент што ги дефинира правилата и процедурите за решавање на споровите што произлегуваат од одредбите содржани во сите спогодби донесени под закрилата на Светската трговска организација: ГАТТ, ГАТС и ТРИПС.[15] Покрај основните одредби предвидени во Договорот за правилата и постапките за решавање на спорови, постојат и специјални, односно дополнителни правила и процедури, што имаат приоритет при решавањето на одредени спорови.[16]

Исто така, формирано е Тело за решавање на спорови [Dispute Settlement Body], кое во основа е Генералниот совет на организацијата, чии задачи се: организирање на панели; усвојување на извештаите од панелите и на извештаите на Апелациониот орган [Appelatte Body]; вршење надзор при спроведувањето на одлуките и препораките од државите, како и давање овластувања за суспензија на отстапки и преземање реторзивни мерки во случаите кога земјата што го загубила спорот не ги презема препораките за нејзино приспособување.[17]

Постапката за решавање спорови, според регулативата на СТО, подраз-

[13] Н. Бејн и С. Вулкок, *Нова економска дипломатија – Донесување одлуки и преговарање во меѓународните економски односи,* (Скопје, Нампрес, 2007) стр.329.

[14] Мацушита, op. cit. 4, стр. 108.

[15] Јолевски, op. cit. 3 стр.260.

[16] Ibid.

[17] Мацушита, op. cit. 4, стр. 108.

бира преземање прецизни процедури со кои се решаваат барањата поднесени од која било членка на СТО во случаи кога други членки на СТО ги прекршиле правилата за слободна трговија. Целта на оваа постапка е да се избегне каква било конфронтација на билатерална основа, што би можела да резултира со преземање реторзивни (повратни) мерки за другата страна.[18] Во новиот механизам постојат три начини за решавање на несогласувањата меѓу членките и тоа:

1. Водење заемни консултации – Државите на почетокот се упатени на меѓусебни консултации со цел да се реши проблемот и доколку во рок од 60 дена не постигнат заемно прифатливо решение, државата тужител[19] може да побара формирање на панел. Резултатите од неуспешните консултации, се доставуваат до Телото за решавање на спорови;
2. Услуги на добра волја, помирување и посредување – Овие услуги се можни во текот на целиот процес;
3. Основање панел што треба да донесе решение на спорот – Панелот треба да биде формиран од 3 до 5 експерти, номинирани од конкретен список или од страна на Секретаријатот. Државите членки можат повремено да побараат да бидат додадени нови квалификувани експерти во споменатиот список. Панелистите треба да бидат квалификувани владини или невладини лица.[20]

Постапката за покренување трговски спор започнува со тоа што барањето за решавање на спор преку консултации треба да биде поднесено од определена земја членка. Од барањето треба да произлегува дека дошло до намалување или губење на погодностите на државата која тужи заради активности преземени од тужената држава, при што, како активности кои предизвикуваат намалување или губење на погодностите може да се појават следниве: прекршување на одредбите од договорите, примена на мерка која иако не е во спротивност со одредбите од договорите, сепак довела до намалување или губење на погодностите на државата која тужи, и која било друга ситуација што довела до намалување или губење на погодностите.[21]

[18] Б. Секуловска-Габер, *Меѓународни организации и интеграции*, (Скопје, Економски факултет, 2003) стр.113.

[19] Иако според одредбите на Договорот за правилата и постапките за решавање на споровите постапката за решавање на спорови не се започнува со тужба и се разликува од конвенционалниот начин на водење парница, сепак страните се заведуваат како Тужител и Тужен.

[20] M. Trebilcock and R. Howse, *The Regulation of International Trade*, (Oxon and New York, Routledge, 2005) p. 124.

[21] B. Hoekman and M. Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System, The WTO and Beyond,* (New York, Oxford University Press, 2009) pp. 87–88.

Како најзначајна новина кај Механизмот за решавање спорови, се смета пропишувањето на рокови кои мора да се почитуваат и тоа при: решавањето на споровите, усвојувањето на извештаите и препораките на панелот и усвојувањето на извештаите и одлуките на Апелациониот орган.[22] При појава на спор меѓу државите членки, во денешни услови, според Договорот за правилата и постапките за решавање на спорови, треба да се почитуваат роковите прикажани во табела 1.

Новина во Механизам за решавање спорови, покрај Телото за решавање спорови, е и постоењето на Апелациониот орган. Кај него страните можат да ги обжалат одлуките на панелот, доколку сметаат дека тие се неправилни. Апелациониот орган, по разгледувањето на сите околности на спорот, го објавува својот извештај што содржи конечни одлуки и што страните треба да ги применат без одложување. Како слабост на Механизмот во овој дел од спорот е непостоењето на орган што би ги присилил или казнил страните што одбиваат да ги спроведат одлуките.

Табела бр. 1 Рокови за решавање трговски спорови во СТО

60 дена	Консултации, посредување и сл.
45 дена	Основање панел и именување панелисти
6 месеци	Доставување извештај од панелот
3 недели	Дистрибуција на извештајот до сите членки на СТО
60 дена	Усвојување на Извештајот од Телото за решавање на спорови
Вкупно = 1 година	Без жалба до Апелациониот орган
60–90 дена	Доставување извештај од Апелациониот орган
30 дена	Усвојување на Извештајот на Апелациониот орган од Телото за решавање спорови
Вкупно = 1 година и 3 месеци	Доколку има жалба

Извор: WTO, *Trading into the Future,* Geneva, 1997, p. 32

Накратко, можеме да заклучиме дека стариот систем за решавање на спорови во ГАТТ од 1947, се разликува од новиот механизам за решавање на спорови на СТО според неколку нешта:

- Основната разлика е тоа што со новиот механизам не може да се спречи формирањето на панелот или да не се прифати неговиот извештај, освен со негативен консензус. На тој начин се надминала главната слабост на

[22] Јолевски, op. cit. 3, стр.261.

стариот систем на ГАТТ. Денес, постои автоматизам во спроведување на процесот на панелот без оглед на мислењата на странките во спорот, што значи дека колку и да се одолговлекува спорот, на крајот мора да се донесе и усвои определена одлука.

- Дополнително подобрување на механизмот е направено со основање на Апелациониот орган каде државите можат да ги обжалат донесените одлуки, а откако ќе биде донесена одлуката на овој орган, државите мора да постапат по неа. Па така, ако во времето на ГАТТ од 1947 решавањето на споровите траело дури и по 20 години, во СТО тоа не е случај и еден спор просечно трае до 2 години.[23]

Со овие подобрувања новиот механизам постигнал поголема дисциплина и транспарентност во временското спроведување на споровите и во донесувањето на крајните одлуки, но определена доза на неизвесност сè уште постои во спроведувањето на донесените одлуки.[24]

Во продолжение на трудот ќе биде анализиран Спорот за хормонски третирано говедско месо, каде се става на тест ефикасноста на Механизмот за решавање на спорови и неговиот недостаток на капацитет да се справи со случаите кога членките одбиваат да ги усогласат сопствените трговски политики со одредбите на СТО.

3. Краток осврт на Спорот за говедско месо третирано со хормони

САД и Европската Унија воделе различна трговска политика со цел да го подобрат земјоделството и трговијата со земјоделски производи. САД пробувале да се здобијат со конкурентска предност на пазарот преку изнаоѓање на нови начини, методи и техники применливи во земјоделството, со што би довеле до намалување на производствените трошоци. За прв пат во педесеттите години од минатиот век, бил пронајден и употребуван првиот хормон за раст на животните, диетилстилбестрол – ДЕС [diethylstilbestrol – DES]. По само неколкугодишна употреба на овој хормон во исхраната на животните, се покажало дека тој е штетен за здравјето на луѓето, односно канцероген. Но, на САД им биле потребни приближно две децении (до крајот на седумдесеттите години) за да ја забранат неговата употреба.[25]

[23] Hoekman and Kostecki, op. cit. 16, p. 87–88.

[24] Тошевска, Решавање трговски спорови во рамките на СТО – некои примери од надворешнотрговската размена на Европската Унија, loc. cit. 7, стр. 516

[25] C. Devereaux, et al., *Case studies in US Trade negotiation vol. 2*, (Washington DC, Peterson Institute for International Economics, 2006) pp. 35–36

Едновремено, во истиот период во Италија се дошло до едно вознемирувачко сознание. Во едно училиште на неколку десетици момчиња им се развиле гради, а пак на исто толкав број девојчиња на возраст од 5 до 6 години им се појавиле првите знаци на пубертет. Дури имало и случај каде едно осумгодишно девојче било развиено како возрасна жена. По спроведеното истражување се докажало дека тие симптоми биле предизвикани од високо ниво на присуство на женскиот хормон естроген во организмот на пациентите, но не можело да се открие како дошло до тоа. Некои научници кажале дека причината за тоа би можела да биде неконтролираната исхрана со говедско месо што се служело во мензата на училиштето. Всушност, тие укажале дека учениците преку тоа месо консумирале неметаболизиран естроген, што бил резултат на неправилно поставен хормонски имплант во животното. Така на пример, ако некој сточар го поставил имплантот во вратот на животното, наместо позади увото, месото што би излегло од вратот би содржало голема количина на хормони.[26]

Набрзо по овој немил настан било откриено дека 30.000 теглички на бебешка храна го содржеле хормонот ДЕС. Се појавило сомневање дека ова можеби се случувало затоа што сточарите во САД и понатаму го употребувале овој хормон и покрај забраната, бидејќи тој давал најефикасни резултати. Но, ова не можеле да се потврди, бидејќи во тоа време употребата на хормони била дозволена и во некои европски земји што можеле да го извезуваат споменатото месо во Италија.

Поради сите овие случувања, како и поради стравот од болеста луди крави што се појавила во Европа, свесноста за храната кај европските потрошувачи се подигнала на повисоко ниво. Европските потрошувачи почнале да внимаваат и на зголемената употреба на хормони за развој на добитокот, затоа што сметале дека е опасна по здравјето на луѓето. Овие хормони се употребувале во САД, а во повеќето од државите на Европската Унија била забранета нивната примена во одгледувањето на добитокот, но сепак во некои земји тие сè уште се применувале.

Во овој период се одвивале подготовките за формирање на Единствениот пазар меѓу државите членки на ЕУ, што покрај останатите обврски, подразбирало и усогласување на сите технички стандарди, стандарди за квалитет и сите останати стандарди меѓу државите.[27] По долги дискусии, во 1981 година е донесена првата Директива 81/602/ЕЕЗ на Советот,[28] што претставува почеток

[26] Ibid, p. 38.

[27] К. Тошевска, *Либерализација на меѓународната трговска размена помеѓу Европската Унија и Светската трговска организација*, магистерски труд, (Скопје, Економски факултет, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, 2006) стр. 191–192.

[28] Директива 81/602/ЕЕЗ на Советот од 31.07.1981 година (Council Directive 81/602/EEC of 31 July 1981 concerning the prohibition of certain substances having a hormonal action and of any substances having a thyrostatic action).

на борбата на ЕУ (тогашна Европска економска заедница) против користење на хормони и трговија со хормонски третирано месо. Подоцна во 1987 год. биле донесени уште две директиви кои се однесуваат на забрана за користење на хормони при одгледување на добиток[29] и забрана за трговија со месо кое е третирано со хормони[30], коишто стапиле на сила во 1989 год. Со овие директиви Унијата забранила секаква употреба на хормони, како и увоз на животни и месо од животни третирани со хормони. Со воведувањето на овие директиви се појавиле првите бранувања на меѓународната трговска сцена, бидејќи САД претрпеле сериозни штети со тоа што го загубиле европскиот пазар за говедско месо.

3.1. Хронологија на спорот

Во 1989 година Европската Унија вовела целосна забрана за увоз на месо и производи од месо од животни третирани со шест хормони за раст, од кои три биле природни: естрадиол 17β, прогестерон и тестостерон, а другите три биле синтетички: зеранол, тренболон и меленгестрол.[31] Овие шест хормони биле одобрени за употреба во САД. Забраната на ЕУ значајно го намалила извозот од САД на говедско месо во Европската Унија. САД, покренале реторзивни мерки во износ од 100 % ad valorem царина за увозот од Европската Унија во вредност од 93 милиони долари, што биле на сила до мај 1996 год., кога САД поднеле барање за консултации во однос на стандардите за увоз поставени од ЕУ.[32]

Во 1995 година со основањето на Светската трговска организација стапила на сила и Спогодбата за санитарни и фитосанитарни мерки [The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, во понатамошниот текст СПС]. САД барале воспоставување на панел во СТО за решавање на спорот со ЕУ, при што тврделе дека забраната за увоз на хормонски третираното говедско месо не била во согласност со обврските на ЕУ кон СТО. Австралија, Канада и Нов Зеланд им се придружиле на САД во барањето. Европската комисија издала нова Директива 96/22/ЕЗ на Советот[33] со која се отповикале прет-

---

[29] Директива 88/146/ЕЕЗ на Советот од 07.3.1988 година (Council Directive 88/146/EEC of 7 March 1988 prohibiting the use in livestock farming of certain substances having a hormonal action).

[30] Директива 88/299/ЕЕЗ на Советот од 17.5.1988 година (Council Directive 88/299/EEC of 17 May 1988 on trade in animals treated with certain substances having a hormonal action and their meat, as referred to in Article 7 of Directive 88/146/EEC).

31 Johnson, op. cit. 1, p. 30

32 Request for consultations by the United States, available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114629.pdf..

[33] Директива 96/23/ЕЗ на Советот од 29.4.1996 година (Council Directive 96/23/EC of 29 April 1996 on measures to monitor certain substances and residues thereof in live animals and animal products

ходните директиви, но се потврдила и продолжила забраната. Новата директива стапила на сила на 1 јули 1997 год.

Панелот за решавање на спорови во 1997 година го издал својот извештај, во кој пресудил дека забраната на ЕУ за употреба на хормони за раст на говедата е неконзистентна со обврските што произлегуваат од СПС спогодбата (поточно член 3.1, 5.1, и 5.5), со тоа што забраната не била базирана на научни истражувања или на соодветна проценка на ризик или соодветните меѓународни стандарди.[34] Европската Унија поднела жалба за одлуката на панелот, а воедно и иницирала серија научни истражувања за овие шест хормони.[35]

Апелациониот орган ја потврдил одлуката на панелот, но отфрлил некои од неговите наоди.[36] Апелациониот орган одлучил дека Европската Унија не докажала научно дека хормоните за кои станува збор, предизвикуваат појава на рак кај потрошувачите. Органот потврдил дека државите можат да усвојат построги стандарди ако се поддржани со соодветна проценка на ризик. Било утврдено дека забраната на Европската Унија не претставува скриена бариера за меѓународната трговија. ЕУ изјавила дека ќе постапи по наодите во одлуката на СТО во најкратко можно време. Ниту една од страните не била во состојба да се договори колку и што значи „разумен временски период“ за спроведување, па така арбитрите одлучиле дека Европската Унија има рок од 15 месеци – заклучно од 13 мај 1999, за спроведување на одлуката.[37]

Во рамките на дефинираниот разумен временски период за спроведување на одлуката, Европската Унија пристапила кон дополнителни испитувања и спроведување научни студии за утврдување на штетноста на хормоните. Иако резултатите од студиите и истражувањата не покажувале штетност од примената на забранетите хормони, Европската Унија не ја укинала забраната за увоз на хормонски третирано говедско месо. Како одговор на ова, САД и Канада побарале дозвола од СТО да покренат реторзивни царини кон Европската Унија. Телото за решавање трговски спорови донело одлука за зголемување на царините од САД во износ од 116,8 милиони долари и 11,3 милиони долари за Канада.[38] Канцеларијата на трговскиот претставник на САД (United States Trade Representative – USTR) ја објавила својата одлука за наметнување 100 % ad

and repealing Directives 85/358/EEC and 86/469/EEC and Decisions 89/187/EEC and 91/664/EEC).

34 Panel Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Complaint by the United States, WT/DS26/R/USA, adopted 13 February 1998, available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114640.pdf

35 Johnson, op. cit. 1, p. 30.

36 Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2003/november/tradoc_114638.pdf

37 Johnson, op. cit. 1, p. 31.

38 Ibid.

valorem стапка на царина за листа на специфични производи од одредени земји членки на ЕУ. Таа листа вклучувала говедско месо, свинско месо, црн дроб од гуска, сирење, тартуфи, кромид, моркови, конзервирани домати, колбаси, супи, предиво, сенф, сок, цикорија, тост леб, чоколадо, џемови, лепак, и волнена маст и била насочена кон производи од Франција, Германија, Италија и Данска, но не и кон Обединетото Кралство.[39]

Во мај 2000 година, Европската Унија го издала своето второ испитување и мислење што било базирано на студии од Научниот комитет за ветеринарни мерки поврзани со јавното здравје за потенцијалните ризици врз здравјето на луѓето поврзани со консумирањето месо третирано со хормони. Испитувањето дошло до заклучок дека новите информации не обезбедиле убедливи податоци и аргументи со кои би се појавила потреба за ревизија на претходните заклучоци. Всушност резултатите од новото испитување не се разликувале од оние во 1999 год.

Конгресот на САД го изгласал Законот за трговија и развој од 2000 год. [Trade and Develompent Act of 2000], со кој се барало од Трговскиот претставник на САД (USTR) да ја прегледа и периодично да ја ревидира и намалува листата на производи што се предмет на реторзивни мерки. Оваа периодична ревизија на листата на продукти станала позната како „рингишпил одмазда".[40]

Во април 2002, Европската Унија го објавила и своето трето истражување и мислење врз основа на студии од Научниот комитет за ветеринарни мерки поврзани со јавното здравје за потенцијалните ризици врз здравјето на луѓето поврзани со потрошувачката на хормонски третирано месо. Истражувањето дало осврт на 17 студии иницирани во 1998 год. и повторно ги потврдило претходните наоди од двете претходни истражувања во 1999 год. и во 2000 год.[41] Сепак, во септември 2003 година, Комисијата издала Директива 2003/74 на Европскиот парламент и Советот, за измена на Директивата 96/23/ЕЗ,[42] со која трајно забранила употреба на естрадиол на животните одгледувани на фарма и привремено ја забранила употребата на другите пет хормони, додека не се обезбеделе комплетни научни информации. Со ова, Европската Унија сметала дека покажува сериозен обид да ја замени првобитната забрана со привремена што, според неа, било во согласност со обврските преземени кон СТО, цитирајќи го членот 5.7 од СПС спогодбата за т.н. „принцип на претпазливост". Согласно принципот на претпазливост од СПС спогодбата, државите членки смеат прив-

[39] Ibid.
[40] Ibid.
[41] Ibid.
[42] Директива 2003/74/ЕЗ на Европскиот Парламент и Советот од 22 септември 2003 (Directive 2003/74/EC of the European Parliament and of the Council of 22 September 2003 amending Council Directive 96/22/EC concerning the prohibition on the use in stockfarming of certain substances having a hormonal or thyrostatic action and of beta-agonists).

ремено да применат повисоки санитарни и фито-санитарни мерки од оние што се научно докажани, доколку непримената на мерката може да доведе до штетни последици за земјата и додека не се обезбедат соодветни научни докази и не се спроведе соодветна проценка на ризикот.[43]

Европската Унија продолжила да ја применува забраната за увоз на говедско месо третирано со хормони, а САД и Канада продолжиле да ги применуваат реторзивните мерки кон неа. Сметајќи дека со донесувањето на Директивата 2003/74, Европската Унија постапува во согласност со насоките дадени во одлуката на панелот, а кои биле потврдени од Апелациониот орган, во 2003 година ЕУ покренала спор против САД и Канада за неоснована примена на трговските санкции кон неа. Во рамките на СТО бил основан нов панел како продолжување на несогласувањата меѓу ЕУ и САД, но поради комплексноста на спорот, бројните административни и процедурални прашања и вклученоста на научни прашања, панелот ја одложувал својата работа и носењето на конечниот извештај.[44]

Кога во 2008 година конечно бил составен и даден до членките за усвојување, извештајот на панелот на СТО констатирал грешка кај сите три страни: ЕУ, САД и Канада, на различни важни и процедурални аспекти на спорот. Извештајот на панелот тврдел дека ЕУ не презентирала доволно научни докази за да ја оправда својата забрана за увоз, вклучувајќи го и извештајот за проценка на ризик од 2003 год. Извештајот на панелот ги обвинил САД и Канада за продолжување на нивните трговски санкции. Трите страни поднеле жалба, наведувајќи процедурални грешки и несогласувања со наодите на панелот.[45]

Во октомври истата година, Апелациониот орган на СТО објавил мешана одлука што им овозможила продолжување на трговските санкции на САД и Канада кон ЕУ, но исто така додал дека Европската Унија може да продолжи со примената на забраната за увоз на говедско месо третирано со хормони од САД и Канада. Апелациониот орган ја променил одлуката на панелот дека забраната на ЕУ е некомпатибилна со правилата на СТО и ѝ овозможил поголема слобода на ЕУ при нејзиното одлучување за основата на прописите за безбедност на храната.[46]

Во мај 2009, по серија на преговори, САД и ЕУ потпишале Меморандум за разбирање,[47] во обид да се реши овој долгогодишен спор со натамошно отворање на пазарот на ЕУ за месо што не е третирано со хормони. Условите

---

43 The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Article 5.7.

44 Johnson op. cit.1, p. 32.

45 Ibid.

46 Ibid.

47 Изворно Memorandum of Understanding Regarding the Importation of Beef from Animals Not Treated with Certain Growth-Promoting Hormones and Increased Duties Applied by the United States to Certain Products of the European Union.

на овој договор требало да бидат отстранети во текот на наредните години. Меморандумот во основа значел постепено отворање на европскиот пазар за увоз на висококвалитетно говедско месо што не е третирано со хормони и постепено намалување и отстранување на високите реторзивни царини наметнати кон увозот на селектирани европски производи.[48]

4. Препораки за подобрување на Механизмот за решавање трговски спорови

Анализата на спорот за хормонски третираното говедско месо покажува дека станува збор за комплексен спор што вклучува повеќе научни, технолошки, политички, правни, економски и медицински аспекти. Сето тоа имало влијание врз одолговлекувањето на повеќе фази при решавањето на спорот и пропуштање на повеќе рокови. Сепак, и покрај комплексноста и должината на траењето на спорот, сметаме дека најголемиот преседан е направен со донесената одлука на Апелациониот орган во 2008-та година. Со оваа одлука им се дозволило на САД и на Канада да продолжат со примената на реторзивни мерки, а истовремено ѝ се дозволило на Европската Унија да продолжи да ја применува забраната. Оваа одлука не донела решение, туку напротив го вратила спорот во првобитната форма и сметаме дека на тој начин е направен преседан и е поткопано постоењето на целиот концепт на Механизмот за решавање на спорови.

Иако со анализа на донесените извештаи за овој спор и нивното неприменување од државите членки може да се зборува за неефикасност на Механизмот на СТО за решавање трговски спорови, сепак, ние сме на мислење дека оваа ситуација е исклучок. Овој спор покажува дека иако механизмот за решавање спорови е многу подобар од оној на ГАТТ – 1947, сепак не е совршен и потребни се многу подобрувања. Во таа насока, сметаме дека Механизмот за решавање трговски спорови во рамките на СТО може да се подобри со преземање на следните чекори:

1. При појава на комплексен спор што допира повеќе подрачја, а особено оние што се чувствителни за човекот и животната средина, неопходно е да се остави подолг временски период за страните да може да дојдат до цврсти докази;
2. Потребно е да се зголеми бројот на експерти од различни области при работата на панелот со цел да може да се донесе поточна и поправедна одлука;
3. Потребно е да се води сметка за професионалната и образовната компе-

[48] Johnson op. cit.1, p.33.

тентност на панелистите за областа на конкретниот спор;

4. Постои потреба од создавање на тело кое би имало инструменти да ги обврзе страните да ги спроведуваат донесените одлуки од панелот или од Апелациското тело;
5. Исто така, неопходно е создавање на работна група што ќе прави истражувања за негативните последици врз вклучените страни во одреден спор и што ќе ги убедува и ќе ги води страните кон надминување на спорот со меѓусебно договарање и помирување.

Заклучок

Со разработката на спорот видовме дека тој е еден од најсложените, па затоа и Механизмот за решавање на спорови на СТО не можел да го реши толку долго време. Во овој спор имало преплетување на економијата, правото, политиката, медицината, биотехнологијата, новите научни откритија, сознанијата од областа на хемиската наука, социјалната и моралната свест, национализмот, итн. Всушност, неговата тежина произлегува од сложената историска позадина на спорот. Очевидно е дека станува збор за судир на интереси на двете најмоќни економски сили во светот. Но, тука не се работи само за нивниот, туку и за интересот на разни индустрии, лоби групи, бизниси, земји, групи и сл. Сето ова укажува дека брзиот развој на светот преку технологијата, индустријата, науката и слично, ја раѓа потребата од ист таков развој и на институциите и на организациите од рангот на Светската трговска организација. Неминовен е фактот дека Механизмот е значително подобрен, но тој и понатаму ќе мора да се развива. Сепак, самата завршница на спорот укажува на тоа дека колку и да се унапреди Механизмот, на крајот страните се тие што одлучуваат за своите постапки и тие мораат да покажат одреден степен на разбирање, како и желба за негово позитивно разрешување.

Механизмот за решавање на трговски спорови во СТО претставува централен елемент во обезбедувањето сигурност и предвидливост на мултилатералниот трговски систем. Ефективното спроведување на преземените обврски во мултилатералниот трговски систем е предуслов за негово успешно функционирање. Ефикасноста на Механизмот за решавање спорови во СТО зависи од одговорноста на поединечните земји членки во спроведувањето на одлуките и следењето на нивната примена, а не од страна на Секретаријатот или друг орган на СТО.

Според тоа можеме да заклучиме дека Механизмот на СТО е многу подобар од оној што функционирал во времето на ГАТТ од 1947 год. но, исто така, тој треба да биде подобрен со некои дополнителни промени. Неговата немоќ

особено доаѓа до израз во ситуации кога економски моќните земји не ги спроведуваат донесените одлуки на Телото за решавање спорови и на Апелацискиот орган.

Користена литература

Литература на македонски јазик:

1. Бејн Н. и Вулкок С., Нова економска дипломатија – Донесување одлуки и преговарање во меѓународните економски односи, (Скопје, Нампрес, 2007);
2. Јолевски З., *Светскиот трговски систем*, (Скопје, Матица, 2006);
3. Кикеркова И., *Надворешна трговија*, (Скопје, Економски факултет, 2008);
4. Мацушита М., Шонбаум Џ.Т. и Мавроидис Џ.П., *Светска трговска организација –право, практика и политика*, (Скопје, Просветно дело, 2009);
5. Секуловска-Габер Б., *Меѓународни организации и интеграции*, (Скопје, Економски факултет, 2003);
6. Тошевска К, *Либерализација на Меѓународната трговска размена помеѓу Европската Унија и Светската трговска организација*, Магистерски труд, (Скопје, Економски факултет, 2006);
7. Тошевска К., 'Решавање спорови во рамките на СТО – Некои примери од надворешнотрговската размена на Европската Унија', во *Годишник на Економскиот факултет – Скопје,* (Скопје, Економски факултет, 2006) стр. 515–524.

Литература на англиски јазик:

1. Devereaux C., Lawrence Z.R., Watkins D.M., *Case studies in US Trade negotiation vol. 2*, (Washington DC, Peterson Institute for International Economics, 2006);
2. Hoekman B. and Kostecki M., *The Political Economy of the World Trading System, The WTO and Beyond,* (New York, Oxford University Press, 2009);
3. Johnson Renee, *The U.S.-EU Beef Hormone Dispute*, (Washington, Congressional Research Service, 2015), available at: https://fas.org/sgp/crs/row/R40449.pdf;
4. Trebilcock J. Michael and Howse Robert, *The regulation of International Trade*, 3rd edition, (Oxon and New York, Routledge, 2005).

Првни извори на СТО:

1. Договор за правилата и постапките за решавање спорови од 1995 година;
2. Општата спогодба за царини и трговија од 1947 година (ГАТТ – 1947);
3. Спогодбата за санитарни и фитосанитарни мерки од 1995 година.

Правни извори на ЕУ:

1. Директива 81/602/ЕЕЗ на Советот од 31.7.1981 година;
2. Директива 88/146/ЕЕЗ на Советот од 7.3.1988 година;
3. Директива 88/299/ЕЕЗ на Советот од 17.5.1988 година;
4. Директива 96/23/ЕЗ на Советот од 29.4.1996 година;
5. Директива 2003/74/ЕЗ на Европскиот парламент и Советот од 22 септември 2003.

Останати извори:

1. The Wall Street Jurnal, December 26, 2002;
2. WTO, Trading into the Future, Geneva, 1997;

www.wto.org

Assoc. Prof. Dr.sc Katerina Toshevska Trpchevska[49]
GRTA Ljuben Kocev[50]
Aleksandar Parishev[51]

IMPROVING THE EFFICIENCY OF THE DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Summary

The aim of this paper is analysis of the efficiency of the World Trade Organization Dispute Settlement System. The analysis of the efficiency of the Dispute Settlement System begins with explanation of the the procedural enhancement done with the establishmenet of the World Trade Organization and with the signing of the Dispute Settlement Understanding. The paper explains one of the most complex disputes in the history of the WTO which is the dispute for EU ban for hormones treated beef. Through poining to certain inconsistencies as non-application of the decisions of the Dispute Setllement Body and the decisions of the Appelate Body, as well as to brining certain unclear and precise decisions we try to stress the weaknesses of the Understaning and in the same time offer solutions on how it can be improved in the future.

Key words: *World Trade Organization, Dispute Settlement System, Import ban, Beef Hormone Dispute, Retorsive Measures.*

[49] Associate professor at Faculty of Economics – Skopje, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.
[50] Teaching and Research Assistant at Faculty of Economics – Skopje, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.
[51] Junior teaching associate at Faculty of Economics – Skopje, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

м-р Анастасија Муратовска[1]

СОЦИЈАЛНА РЕУПОТРЕБА НА КОНФИСКУВАН ИМОТ

УДК: 343.272:316.42(4)
343.272:364(4)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Конфискацијата е сложен и повеќефазен процес, чија последна фаза е управувањето со конфискуваниот имот. Предмет на интерес на трудот е токму последната фаза на конфискацијата и можноста за употреба на конфискуваните средства во општествено корисни цели. Државите имаат воспоставено различни механизми за управувањето со имотот којшто е конфискуван, а во некои од нив е предвиден и концептот на социјална реупотреба како алтернативен начин за искористување на конфискуваното. Трудот се фокусира на компаративен преглед врз воспоставените практики на социјална реупотреба на конфискуван имот во неколку европски држави. Оттука, детектирајќи ги недостатоците на концептот извлечени од практиката, дава предлози за потенцијални легислативни решенија во прилог на евентуално имплементирање на концептот во внатрешното право. Од друга страна се извлекуваат најдобрите практики на програми и механизми за остварување на социјален ребаланс преку реупотреба на имот кој бил нелегално стекнат, а потоа одземен од државата.

Клучни зборови: *конфискација, социјална реупотреба, конфискуван имот, управување со одземен имот, индиректна реупотреба, директна реупотреба.*

1. За концептот social reuse

Невоедначената практика и скудна теоретска анализа на концептот доведуваат до непостоење на конзистентна дефиниција за социјалната реупотреба

[1] Демонстраторка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, стручна соработничка во Комисијата за спречување и заштита од дискриминација.

на конфискуван имот. Таа не е предмет на дефинирање ниту во ЕУ регулативите, ниту во меѓународните стандарди и покрај тоа што како механизам постои во повеќе европски држави. Сепак, неколку ЕУ акциски планови, извештаи и стратегии истакнуваат потреба од регулација што се однесува на социјалната реупотреба на конфискуван имот.[2]

На крајот од секоја кривична постапка насочена кон одземање на приносите од криминал, се поставува прашањето што со тие средства? Суверено право на секоја држава е да одлучи на кој начин ќе ги употреби или алоцира конфискуваните средства. Од аспект на финансиски менаџмент, државите се соочуваат со предизвик како да ги максимираат бенефитите преку алокација на конфискуваните средства. Дали воспоставените механизми и легислативни решенија јасно ја пренесуваат пораката на конфискација: „криминалот не се исплати“ или е потребно да се оди чекор понапред преку воспоставување транспарентни и општествено корисни политики?

Комплексноста на процесот на конфискација не се исцрпува со постапката за конфискација, следствена фаза и интегрален дел од овој процес е менаџментот (управување) со конфискуваните средства.

Штетата предизвикана од организираниот криминал и другите форми на сериозен криминал често не се идентификува со конкретен оштетен и на генерално ниво може да ја погоди целата заедница (на пр., корупција, перење пари, трговија со дрога). Исклучиво во тие случаи може да се зборува за концепотот на социјална реупотреба, каде не постои конкретен оштетен, па конфискуваниот имот станува сопственост на државата. Оттука, може да се претпостави дека концептот на ефикасен начин ќе најде соодветна компензација за заедницата погодена од ваквите непожелни појави и ефектите предизвикани од нив. Суштинската идеја која ја нуди концептот е конфискуваниот имот да се искористи за општествено корисни цели. Бидејќи не постои стриктно правило за тоа што е општествено корисна цел, самиот концепт нуди ширина за државата самата да одлучи во која сфера е најпотребно или најпогодно да го реупотреби конфискуваниот имот. (тоа значи дека државата би требало да детектира на кое поле е најпотребно да стимулира економски развој)

Сопственоста на конфискуваниот имот и имотна корист се трансферира во корист на државата, во момент кога ќе истечат роковите за жалби предвидени во судската одлука со која е утврдено извршување на кривичното дело или доколку жалби се поднесени, во момент кога судската одлука ќе стане правосилна и извршна. Тоа е случај кога мерката конфискација е предвидена во рамки на казнена постапка, или пак кога поради фактички или правни пречки не е можно

[2] Basel Institute on Governance, The Need for New EU Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes, Brussels, 2012, стр.23

водење на казнена постапка против сторителот на кривичното дело, односно во рамки на посебна постапка за конфискација. По овој момент, надлежните државни органи може да размислуваат за распределба, отуѓување, давање под закуп и сè она што би претставувало управување со таквиот имот.

Селекцијата на соодветните шеми на управување ќе зависи од засебните услови на секоја држава. За националните власти појдовна точка во процесот на донесување одлука е да се воочи дали воопшто има потреба од воспоставување на механизам за поврат на имот или едноставно средствата ќе се вратат преку буџетот. Доколку националните власти увидат дека конкретните механизми ќе помогнат да се постигне одредена цел, тогаш се појавува серија од споредни прашања, а преку нивно одговарање ќе се дојде до најсоодветниот механизам.[3]

Кога постои волја за воведување на алтернативни начини во управувањето со конфискувани средства, важно е пред сè да се изберат носителите на таквата задача, дали тоа ќе бидат востановени владини агенции и тела или за таа цел ќе се основаат нови, како и соодветна правна регулатива водена од досегашните искуства на држави кои веќе имаат воспоставено механизми во оваа сфера.

Еден од тие начини е давање на дел од средствата на органите учесници во процесот на конфискација кои дале придонес за успешно завршување на истиот. Овој метод се применува и кај нас, па така Агенцијата за управување со одземен имот, на барање на државните органи, редовно им отстапува конфискувани возила. Ваквиот начин на управување со конфискувани возила овозможува Агенцијата во најкраток можен рок да се ослободи од нив, а на сметка на тоа државните органи да ги намалат буџетските расходи наменети за набавка на превозни средства. Сето тоа, имајќи предвид дека употребната вредност на стварите од овој вид за краток временски период се намалува, како и статистичкиот податок дека најголем процент од конфискуваните ствари се возила, оваа практика досега се покажала како успешна во управувањето со овој вид ствари.

При определување на соодветната алокација на конфискуваните средства, важно е да се земе предвид не само финансискиот аспект, односно износот на пари што ќе се распредели помеѓу секторите, програмите, активностите и институциите, туку и резултатот што се очекува да биде постигнат.[4]

Генерален заклучок изведен од оваа тематика е дека недоволно внимание било посветено на прашањето за социјална реупотреба во рамки на ЕУ, а она што било, може да се сублимира низ следниве активности:

Directive 2014/42/EU on the Freezing and Confiscation of Instrumentalities and Proceeds of Crime in the European Union

[3] The World Bank, STAR Initiative, Stolen Asset Recovery – Management of Returned Assets, Washington, 2009, стр.17

[4] Ibid. стр.7

Главно ги повикува државите членки да предвидат мерки со кои ќе се овозможи конфискуваниот имот да биде користен за цели од јавен интерес или социјални намени. Таквата определба е статуирана во членот 10 од Директивата. Исто така, се специфицира некои мерки, меѓу другото да се користат за проекти во превенција на криминалот и примена на правото. Меѓутоа, дел од теоретичарите се на мислење дека Директивата не ги обврзува државите членки задолжително да ги усогласат националните законодавства по ова прашање, бидејќи од текстот на Директивата не произлегува обврска за воспоставување конкретни форми на социјална реупотреба.[5]

European Parliament Resolution of 25 October 2011 on organised crime in the European Union

Се потенцира дека реупотребата на конфискувани средства за социјални цели негува позитивен став во стратегиите наменети за решавање на организираниот криминал, и тоа во двојна насока: придонесувајќи во превенција од организираниот криминал и зајакнувајќи го економскиот и социјален развој. Ја истакнува потребата од законско регулирање на концептот во ЕУ, како би се овозможило капиталот на криминалните организации да се трансформира во легални и транспарентни економски текови.[6]

The 2010 Justice and Home Affairs Council Conclusions on confiscation and asset recovery

Се истакна дека вниманието треба да биде насочено кон сите фази на конфискација, како и потребата од воспоставување механизми насочени кон зачувување на средствата во текот на постапката за конфискација, заради нивна реупотреба. [7]

The Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 20 November 2008

Се препозна различна практика кај земјите членки во однос на местата каде се наоѓаат конфискуваните добра, како и различни пристапи во нивниот поврат. Во документот се истакнува дека е пожелно унапредување на практиките кои веќе се покажале како ефективни на национално ниво, вклучувајќи и некои форми на институционална и социјална реупотреба, како оние кои постојат во Обединетото Кралство и Италија.[8]

[5] Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union of 28 April 2014 OJ L 127/39

[6] European Parliament Resolution on organised crime in the European Union of 25 October 2011 OJ CE 131/66

[7] Council Conclusions on Confiscation and Asset Recovery of 28 May 2010 OJ 7769/3/10 REV 3

[8] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 20 November 2008 COM(2008) 763 final

2. Искуства на европски држави

Од анализата на националните законодавства за располагање со конфискувани средства, направена при проектот RECAST[9] е увидено дека продажбата на конфискувани средства е претежна опција во државите членки. Околу две третини од државите членки предвидуваат (иако не секогаш како примарна опција) различни форми на реупотреба на средствата, преку нивен трансфер на:

- државни/локални институции што се нарекува **институционална реупотреба**;
- општеството/невладини организации, позната како **социјална реупотреба**.

Особеноста на реупотребата на конфискувани средства за социјални цели е самата видливост на средствата што се конфискувани за граѓаните. Кај традиционалните форми на реупотреба средствата се користат за јавни цели (откако ќе станат дел од државниот буџет), каде се мешаат со останатите државни приходи. На тој начин граѓаните не можат да го поврзат оригиналното потекло на така реупотребените конфискувани средства. Социјалната реупотреба го прави тоа експлицитно, на начин – тоа што произлегува од криминал се враќа на општеството и се користи за општествени потреби. Па така, не само што е механизам за социјален ребаланс[10], туку и алатка преку која се шири пораката дека „криминалот не се исплати". Граѓаните кои се свесни за оваа порака и кои увиделе како правосудниот систем одговара на потребите на заедницата, настојуваат да го вреднуваат легалното наспроти нелегалното, повеќе веруваат во државниот механизам и се поттикнати да пријавуваат сомнително однесување. Така се создава и свест за почитување на законите, а сè тоа би било ефективна бариера на патот до криминалот.

Теоретски се прави дистинкција помеѓу два основни модели на социјална реупотреба прифатени кај европските држави:

- <u>директна реупотреба на конфискувани средства за социјални цели</u> – Државите кои го имаат воспоставено овој модел, конфискуваните средства погодни за социјална реупотреба директно ги распределуваат до корисниците (ваков е моделот на Италија и Унгарија).

- <u>индиректна социјална реупотреба</u> – Државите со модел на индиректна социјална реупотреба конфискуваниот имот го продаваат, па така добиените средства се префрлаат во специјализирани фондови за социјална реупотреба, кои најчесто се користат за:

- проекти за превенција на криминал;
- шеми за борба против криминал.

---

[9] EU – funded project Reuse of confiscated assets for social purposes: towards common EU standards

[10] Тоа што било незаконито, на овој начин станува корист за општеството

Распределбата на средствата се врши посредно преку фондови, а најчесто за таа намена се основани и специјализирани тела кои раководат со фондовите. Преку овој модел конфискуваните средства не се пренесуваат јасно на општеството, бидејќи приходите добиени од конфискација се користат не само за непосредни, туку и за посредни општествени потреби. Овој модел се поврзува со Франција, Шпанија и Шкотска.

Франција е застапничка на моделот на индиректна социјална реупотреба на конфискуван имот, која ја реализира специјализирано тело – MILDT преку посебен фонд. Меѓуминистерска мисија за борба против дрога и зависност[11] како владино тело, за својата работа одговара пред премиерот, а главна задача му е организација и координација на националните активности во однос на борба против дрога и зависност. Она што е важно на оваа тема е дека MILDT раководи со фонд[12] во кој се прибираат приходите од конфискувани средства поврзани со трговија на дрога. Процедурата е следна:

Конечен налог за конфискација во кој се содржани подвижните и недвижни ствари кои се конфискувани, а кои се резултат на кривични дела поврзани со дрога, се препраќаат до MILDT.

Од друга страна, во Франција е воспоставено јавно-административно тело, односно владина агенција – AGRASC[13], која спаѓа под Министерството за правда и Министерството за буџет, а чија задача е заплена, конфискација и управување со одземен имот.[14] Исто така, има главна улога за справување со конфискувани средства, како во однос на нивна продажба, така и за нивно евентуално уништување. Агенцијата управува со аукциските продажби на конфискувани средства, а така добиените приходи, од буџетот на Агенцијата се префрлуваат во буџетот на MILDT. На годишно ниво се врши распределба помеѓу неколку државни институции, врз основа на претходно предложени проекти. Средствата кои ги добиваат институциите, во голем дел се користат за набавка на опрема која служи за борба против трговија со дрога, додека средствата на MILDT се користат директно за социјални цели. Голем дел од средствата се прераспределуваат на Министерството за социјални работи и Министерството за здравство на Франција, кои се користат за промоција на социјални и здравствени кампањи против злоупотреба на дроги, како и спречување на други видови зависност. Министерството за образование средствата ги користи за кампањи со иста содржина во рамки на училиштата и универзитетите. Во секој случај, MILDT има ексклузивно право да одлучи кои од проектите ќе бидат финансирани од овој фонд.

[11] The Interministerial Mission in the Fight against Drugs and Drug Addiction, orig. Mission Interministérielle de Lutte contre la Drogue et la Toxicomanie или скратено MILDT

[12] orig. Fonds de concours

[13] orig. Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et contisqués, во продолжение Агенцијата

[14] Достапно на: http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/

Италијанскиот концепт за социјална реупотреба на конфискувани средства се врзува за организираниот криминал и мафијата. Регулативата која ја покрива оваа област, е содржана во Кодексот Антимафија. Клучна улога во процесот на социјална реупотреба во Италија има ANBSC[15], која е надлежна во сите фази од постапката за конфискација.

Откако Агенцијата ќе добие судски налог за конфискација, во рок од 90 дена, а во посложени случаи до 180 дена, извршниот комитет на Агенцијата носи одлука за социјална реупотреба. Средства погодни за социјална реупотреба се подвижни предмети и недвижнини, како и компании.

Листата на недвижности предвидени за социјална реупотреба, Агенцијата во рок од шест месеци од добивање на налогот за конфискација ја објавува на својата веб-страница, со цел да се информираат потенцијалните корисници и истите да можат да аплицираат.

Недвижностите во контекст на социјална реупотреба државата може да ги користи за потребите на правосудството или пак, за други владини и јавни потреби, во врска со извршување на институционални активности од страна на државни органи, финансиски институции, универзитети или културни установи. Тие можат да се користат за економски цели, по претходно добиена дозвола од министерот за внатрешни работи. Владението врз недвижностите може да се пренесе на локалните власти во општините или регионите каде што се лоцирани. Тие имаат можност непосредно да управуваат со имотот или пак, без надомест да го доделат на заедницата или на здруженија во неа, како на пример, младински центри, хуманитарни организации, центри за рехабилитација итн. Во случај на доделување на имотот се составува договор меѓу доделувачот и корисникот, со кој се уредуваат времетраењето, модалитетите на реупотреба, како и процесот на мониторинг. Средствата кои не се распределени, локалните власти смеат да ги користат за профитабилни цели, но приходите добиени на тој начин мора да бидат искористени за социјални цели. Доколку органите на локалната власт во рок од една година не успеат да ги распределат средствата, Агенцијата ќе го отповика трансферот на истите.

Во однос на социјална реупотреба на **компаниите**, Агенцијата има можност да ги издаде без надомест на работнички кооперативи, да ги издаде со надомест на државни или приватни претпријатија, да ги продаде или истите да се ликвидираат.

Конфискуваните **подвижни ствари** неретко се користат за потребите на институциите, но освен на државните институции, Агенцијата може да ги распредели на локални тела или хумантирани организации. Добрата се доделуваат од Агенцијата на локалните тела и понатаму од локалните тела на општестве-

[15] orig. Agenzia nazionale per l'amminstrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, во продолжение Агенцијата

ните заедници или здруженија, врз основа на нивните потреби и проектите за социјална реупотреба на кои аплицирале. И покрај тоа што одлуката за доделување на добрата е дискрециона, сепак при изборот мора да биде обезбеден еднаков третман на апликантите.

Конфискуваните добра во Унгарија постои можност да се користат во добротворни цели или како тие тоа го нарекуваат „употреба за јавен интерес“.[16] Примената на овој концепт е ограничена исклучиво врз средства за лична употреба, додека примената на концептот за недвижнини и возила е целосно исклучена. Согласно Актот, добрата за да бидат подобни за социјална реупотреба, потребно е да исполнуваат некој од следните услови, поточно да бидат подобни за користење во следниве сфери:

Исхрана	Едукација
Хигиена	Култура
Привремено домување	Спортска опрема
Апарати за домаќинство и алати	Облека
Кујнска опрема и прибор	Играчки

Во праксата 98 % од репотребените добра наменети за добротворни цели се фалсификувани стоки. Корисници на овие добра се секогаш индивидуи на кои навистина им се потребни тие предмети. Од таа причина добрата никогаш не се пренесуваат на јавни институции, ниту на приватни организации, што е во согласност со целта на концептот.

Постапката за овој вид социјална реупотреба започнува со конечна одлука за конфискација, додека надлежно тело за спроведување е Советот за добротворни цели. Всушност, конфискуваните добра се префрлуваат во надлежност на секторот за менаџмент во надлежниот суд, кој потоа оценува дали конкретното конфискувано добро е погодно за социјална реупотреба и за тоа го информира Советот. Членовите на Советот за добротворни цели се искусни хуманитарни организации кои располагаат со широка мрежа на локални канцеларии, до кои стигаат барањата за донации, така што тие во секое време располагаат со информации за локалните потреби. Кога Советот ќе донесе одлука за доделување на конфискуван предмет, хуманитарните организации во рамки на Советот се грижат предметот да стигне до крајниот корисник. Како што беше напоменато, огромен дел од добрата наменети за социјална реупотреба се фалсификувани стоки, па оттука произлегува и процесната претпоставка за отпочнување на постапката за распределување – согласност од сопственикот на оригиналниот бренд.

Во Луксембург во 1992 година е воспоставен „Фонд за борба против трговија со дрога“, со цел унапредување, координација и имплементација на

[16] Act XIII of 2000 and Government Decree No 65/2000

инструментите за борба против трговија со дрога, зависност од дрога и сите директни и индиректни ефекти од дрога. Фондот е владина институција што ги прибира конфискуваните приноси кои потекнуваат од трговија со дрога, перење пари и ги поддржува програмите за борба против овие форми на криминал. Корисници на Фондот се меѓународни организации, национални институции и невладини организации. Понатаму, како корисници на Фондот се јавуваат и:

- јавниот сектор од областа на правосудството и полицијата, со проекти насочени на јавното обвинителство (за тренинзи и опрема потребни во борба против трговија со дрога);
- здравствениот сектор (на пример, со проект на Министерството за здравство за изградба на центар за зависници од дрога);
- финансискиот сектор (за проекти насочени кон перење пари);
- невладини и други организации, како:
    * Caritas – со проекти за третман и рехабилитација на зависници од дрога.[17]
    * Pompidou Group (Council of Europe) – со проект за превенција од дрога и третман на затвореници зависници од затворите во Молдавија, Романија, Украина и Балканот.[18]

Фондот континуирано ја следи работата на финансираните проекти и може да ги укине во случај на недоследности или доколку тие не ги остваруваат очекуваните резултати.

Шкотска се служи со моделот на индиректна социјална реупотреба преку воспоставената „Cashback fot Communities“ програма. Се работи за програма на шкотската Влада, преку која „валкано“ стекнатите криминални добивки се инвестираат во програми и активности наменети за заедницата, како и кон младите луѓе кои се во ризик да потпаднат под криминално и антисоцијално однесување. Приносите од кривични дела се инвестираат во спортски, културни, едукативни или менторски активности за млади луѓе и нивната заедница. Процедурата започнува со предавање на налогот за конфискација од SCS (Scottish Courts Service) до физичкото или правното лице кон кое се однесува. Откако паричните средства наведени во налогот за конфискација ќе бидат исплатени на сметката на SCS, потоа тие се трансферираат до шкотската Влада. Владата ги користи средствата за финансирање на партнерските организации и здруженија, со цел тие да ги реализираат програмите за активности или пак, да изградат спортски објекти за заедницата во согласност со Cashback for Communities Programme.[19] Како апликанти на програмата, односно партнерски организации

[17] Достапно на: https://www.caritas.org/
[18] Достапно на: https://www.coe.int/en/web/pompidou/home
[19] Достапно на: https://cashbackforcommunities.org/

можат да се јават од големи државни организации и здруженија до мали third sector organisations.[20] Апликациите кои тие ќе ги доставаат, потребно е да содржат активности усогласени со целите на програмата. Партнерските организации се предмет на редовни финансиски и организациски проверки и мониторинг. Во една од рубриките на веб-страницата на оваа програма се сублимирани личните искуства на повеќе млади луѓе, од каде може да се увиди импактот на оваа шкотска програма, како и придобивките од вака воспоставениот концепт на социјална реупотреба.[21]

Концептот на социјална реупотреба во Шпанија е исто така индиректен и е ограничен исклучиво на реупотреба на приносите стекнати преку кривични дела поврзани со дрога. Располагањето со приносите од трговија со дрога е воспоставено со Law No 17 of 29 May 2003, понатаму развиено во правила наречени ‘Ley del Fondo’, односно Закон за фондот, со кој се воспоставува фонд кој се финансира од средствата конфискувани од трговија со дрога и поврзани кривични дела, а се користи за:

- финансирање на програми за превенција од зависност со дрога, помош на зависници од дрога и за социјална и професионална рехабилитација на зависниците;
- за промовирање и подобрување на мерки за превенција, истрага, гонење и репресија на кривичните дела поврзани со дрога;
- унапредување на меѓународната соработка во оваа област.

Тоа би значело дека сите конфискувани добра кои се поврзани со овој вид кривични дела, можат да се искористат за социјални цели: подвижни, недвижни ствари, како и компании.

Корисници на фондот можат да бидат владини агенции со надлежности во борба против наркотици, невладини и непрофитни организации со фокус на работа во полето на злоупотреба на супстанции, регионални и локални власти и нивни тела, меѓународни организации, како и владината делегација за Националниот план за дрога.[22] Тоа е владино тело кое спаѓа под Министерството за здравје, социјални работи и еднаквост и е одговорно за механизмот на социјална реупотреба во Шпанија. Кога ќе се донесе конечен налог за конфискација, се известува телото, потем му се предава заедно со листата на средства за конфискување. Главен ентитен во рамки на телото со задача за менаџирање на фондот е Координативното биро за алокација.[23]

---

[20] Достапно на: https://www.nao.org.uk/successful-commissioning/introduction/what-are-civil-society-organisations-and-their-benefits-for-commissioners/

[21] ODS Consulting, ‘National Evaluation of the CashBack for Communities Programme, Final Report, 2017’

[22] orig. Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas

[23] orig. Mesa de Coordinatión Adjudicationes

Споредба на искуствата на социјална реупотреба во ЕУ

Погоре разработените практики на социјална реупотреба значително варираат во однос на корисниците, модалитетите, постапката и видот на средствата кои се вклучуваат во процесот.

Споредувајќи ги, може да се забележи дека шемите на **вклучени корисници** на социјална реупотреба варираат широко од држава до држава. Тие вклучуваат:

- меѓународни организации (како Шпанија и Луксембург);
- државни институции (како Франција, Италија, Шпанија, Луксембург);
- локални тела (Италија и Шпанија);
- добротворни организации (Унгарија);
- граѓански здруженија, организации.

Што се однесува до **процедурата за распределба на средствата** во рамки на моделот на директна реупотреба (Италија и Унгарија), за распределбата одлучува надлежен орган врз основа на формално барање од подобни корисници, додека во однос на процедурата за распределба на средствата во рамки на моделот на индиректна реупотреба (Франција, Луксембург, Шкотска, Шпанија) постојат два пристапи. Првиот не предвидува никаква компетитивна процедура, бидејќи самата распределба на приходите е пропишана со закон (Франција). Од друга страна е случајот со Шпанија, Луксембург и Шкотска, кои на телата надлежни за менаџирање со фондовите им даваат повеќе дискрециони права, а самата постапка за поделба на средствата подлежи на компетитивна процедура.

Различен пристап постои и во однос на видовите **конфискувани средства погодни за социјална реупотреба**. Во некои од државите исклучиво подвижните ствари се предмет на социјална реупотреба (Унгарија), додека во други концептот се применува и врз компании, земјишта, недвижнини (Италија и Шпанија). Во дел од државите социјална реупотреба се поврзува исклучиво со конфискувани средства кои потекнуваат од определен вид кривични дела, најчесто со кривични дела поврзани со трговија со дрога, како во Шпанија и Франција. Во Италија се поврзува со дела од организиран криминал, додека во Луксембург е предвидена за сите видови потешки кривични дела.

3. Проблеми поврзани со социјалната реупотреба на конфискуваните средства

Преку анализа на постоечките практики на социјална реупотреба, се наидува на повеќе недостатоци со кои се соочува концептот и истите може да се поделат во неколку категории:

Недостатоци врзани за правната рамка

Во овој контекст се издвојуваат законските ограничувања во однос на потенцијалните корисници. Законско ограничување од овој вид има во унгарското право, кое предвидува како корисници на социјална реупотреба да се јават исклучиво поединци, со што се ограничува групата на корисници (на пример, училишта, болници не се погодни корисници). Но, како и да бидат воспоставени законските услови за потенцијални корисници, она што е важно е дека овој концепт носи бенефит за целата заедница. Тука би се вброиле и законските ограничувања кои се однесуваат на типот конфискувани средства кои се подобни за социјална реупотреба, исто така карактеристични за унгарскиот модел.

Недостатоци поврзани со конфискуваните средства

Од самата природа на стварите произлегува проблемот во праксата – за реупотребата на недвижности државата да вложи поголеми напори. Самата продажба на недвижности е временски консумирачки процес, кој изискува вложување на ресурси од страна на државата за одржување на недвижноста во периодот до нејзината продажба. За разлика од недвижностите, конфискуваните подвижни ствари се продаваат на релативно побрз и полесен начин. Овие недостатоци се однесуваат општо на управувањето со конфискуван имот, а кога ќе се стават во контекст на социјална реупотреба, се однесуваат на моделот на индиректна реупотреба.

Друг проблем што потенцијално се јавува кај управувањето со недвижности е кога ќе се јават побарувања на трети лица кои произлегуваат од заедничка сопственост на конкретната недвижност. Во ваков случај не само што може да се оневозможи реупотребата на недвижноста, туку оттука да произлезат и судски спорови.

Забележани се и случаи во праксата во кои лицата кои противправно го стекнале имотот, изреволтирани од одземањето и реупотребата, истиот го вандализирале.

Недостатоци врзани со процедурата и надлежните институции

Од анализата на моделите во европските држави може да се заклучи дека во речиси секоја од државите процедурата за реупотреба на конфискуваниот имот е премногу комплексна. Вклучени се голем број институции, а во некои од нив за таа намена се создадени специјализирани тела. Секоја дополнителна активност на институциите, како и воспоставување специјализирани тела се

финансиско оптоварување за државниот буџет. Од таа причина, државите кои во иднина би го предвиделе концептот, би требало да ги поставaт процесните аспекти на начин што ќе биде најефикасен. Секако дека не постои правило во однос на тоа кој би бил најадекватен носител на надлежностите при социјална реупотреба. Конкретно во Република Северна Македонија би можело тоа да биде Агенцијата за управување со одземен имот, бидејќи таа не само што е последна институција во синџирот на конфискација, туку е и надлежна за управувањето со конфискуваниот имот. Веќе воспоставена институција да се користи за целите на социјална реупотреба е финансиски поисплатлива алтернатива за државата, со тоа што неопходно би било да се интервенира во Законот за управување со конфискуван имот, имотна корист и одземени предмети во кривичната и прекршочната постапка или пак, за предвидување на социјалната реупотреба да се донесе нов закон.

Во однос на времетраењето на постапката за социјална реупотреба на конфискуван имот, во праксата на опфатените држави се покажало дека и покрај воспоставените временски рокови за нејзиното траење, таа често се одолжува. Долгото времетраење на постапката за конфискација има исто така негативен импакт врз постапката за социјална реупотреба. Како резултат на таквата временска дистанца, може да дојде до влошување на состојбата на конфискуваните средства, до степен тие повеќе да не бидат погодни за реупотреба.

Недостатоци во однос на транспарентноста и евалуација на концептот

Социјалната реупотреба за да ја пренесе пораката дека „криминалот не се исплати", потребно е на транспарентен начин да биде прикажана. Тоа пак, е речиси невозможно доколку не се систематизирани податоците од самиот процес. На пример, во Унгарија иако постојат статистички податоци, не е воспоставен директен механизам кој ќе ги систематизира истите и ќе ја информира пошироката јавност. При истражувањето беше воочен проблемот со водење на статистика и транспарентноста на целокупниот процес на конфискација во Република Северна Македонија. Имено, ниту еден од органите кои учествуваат во постапката за конфискација не располага со сеопфатни податоци, што следствено укажува на потенцијален проблем дека истата пракса ќе се преслика при евентуално воведување на социјална реупотреба на конфискуваниот имот.

Во праксата на горепосочените европски држави е забележано дека информациите во однос на средствата достапни за социјална реупотреба се недоволно транспарентни. На тој начин се стеснува кругот на лицата кои би аплицирале за добивање на средствата, во случај кога е предвидена компетитивна процедура. Исто така, се посочува недостаток на систематизирана евалуација на

исходите од режимот на социјална реупотреба, што понатаму негативно влијае врз усовршување на воспоставениот модел и евентуални законски измени.

Заклучок

Од компаративната анализа на концептот социјална реупотреба на конфискуваниот имот се воочува потреба од воспоставување на конзистентна дефиниција за социјална реупотреба и за терминот „општествена цел". Тоа би придонело не само за поширока компаративна анализа, туку и кон усогласување на разнообразните толкувања. Непостоењето на кодифицирани извори кои би наложиле меѓународно - правна обврска за државите да го имплементираат концептот, доведува до диверзитет во однос на неговата примена кај државите.

Во трудот беа опфатени неколку типични примери од двата доминантни модели на социјална реупотреба, индиректната и директната социјална реупотреба. Од воспоставената практика на анализираните држави се извлекоа недостатоците со кои се соочува концептот, како и потенцијалните недостатоци кои би можеле да се појават доколку овој начин на употреба на трајно одземениот имот се воведе во внатрешното право на државата. Она што е заедничко за сите опфатени модели е дека тие се поставени на начин да дел или целото општество има бенефит од конфискуваниот имот. Од друга страна секој од моделите е уникатен, а тие се разликуваат во однос на видот на средствата врз кои е апликабилен концептот, корсниците, надлежните органи и процедурата за распределба на средствата.

Рационалната потреба за имплементирање на концептот во домашното законодавство е очигледна, особено кога се пристапува од гледиште на организираниот криминал. Доколку се тргне од премисата дека организираниот криминал, односно ефектите кои ги предизвикува, ја погодуваат локалната заедница и општеството како целина, преку механизмот на социјална реупотреба државата ја подобрува нивната положба. Истото се однесува и на оние кривични дела кои не се насочени кон конкретен оштетен, туку имотната корист е направена на штета на државниот буџет, што е само посреден начин на наштетување на општеството. Во овој конктекст пред сѐ се мисли на корупцијата, која директно влијае врз економскиот и социјален развој на државата.

Доколку во иднина државата покаже интерес за имплементирање на овој општествено-корисен концепт, пожелно би било во процесот да биде вклучен и граѓанскиот сектор. Тоа би било двојно конструктивно, од причина што граѓанскиот сектор може да придонесе во детектирање на општествените потреби и своевидно да биде бариера при евентуални злоупотреби на шемите на социјална реупотреба, имајќи го предвид високиот степен на корупција во државата.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Стручна литература

- Аврамовски Д., Петровска Н., Коалиција „Сите за правично судење“ (2019). „Конфискација на имот во судските постапки поврзани со корупција“, УСАИД, Скопје.
- Аврамовски Д., Петровска Н., Коалиција „Сите за правично судење“ (2021). „Практична примена на мерката конфискација во кривичните постапки во Република Северна Македонија“, УСАИД, Скопје.
- Ветори Б., Камбовски В., Мисоски Б. (2010). „Спроведување конфискација на приноси од кривични дела по реформите на Кривичниот законик од 2009“ – Прирачник за практичари, ОБСЕ, Скопје.
- Голобинек Р. (2007). „Преглед на законодавството на конфискација на имот стекнат преку вршење на кривични дела во Југоисточна Европа“, Страз-бур.
- Камбер К., Ферис В., Харби К. et al., Прирачник за ефективно одземање на имотна корист од кривично дело во согласност со европските и меѓународните стандарди, AIRE центар, РАИ.
- Калајџиев Г., Бужароска Г., Неделкова Л., Денковска М., Тромбева М., Вит-ларов Т., Јанкуловска П., Кадиев Д. (2018). „Коментар на Законот за кривична постапка“, ОБСЕ, Скопје.
- Наумова З. „Постапување со конфискуван имот, имотна корист и одземени предмети во кривична и прекршочна постапка“.
- Тасева С., Петровска Н., Митевски М., Аврамовски Д., (2021). „Анализа на спроведувањето на Стратегијата за финансиски истраги и праксата на конфискување на имот“, Институт за демократија „Социетас Цивилис“, Скопје.
- Andrea di Nicola, Barbara Vettori, “The social reuse of confiscated assets in EU Member States: From current experiences to an EU policy for a “powered-by-citizens” fight against crime”.
- Basel Institute on Governance (2012). “The Need for New Legislation Allowing the Assets Confiscated from Criminal Organisations to be Used for Civil Society and in Particular for Social Purposes”.
- House of Commons, Home Affairs Committee, (2016). “Proceeds of Crime“.
- Katalin Ligeti, Michele Simonato, (2017). “Chasing Criminal Money: Challenges and Perspectives on Assets Recovery in the EU”.
- Misoski B., “The impact of the EU Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime to the Mecedonian criminal justice system”.
- Stefano Moltando, (2015) “Directive 2014/42/EU and Social Reuse of

Confiscated Assets in the Advancing a Culture of Legality", New Journal of European Criminal Law, Vol. 6, Issue 2.
- The World Bank, STAR Initiative, (2009). "Stolen Asset Recovery – Management of Returned Assets", Washington.
- United Nations Office on Drugs and Crime- Vienna, (2012). "Manual on International Cooperation of Proceeds of Crime". New York.
- United Nations Office on Drugs and Crime- Vienna, (2017). "Effective management and disposal of seized and confiscated assets", Vienna.
- Vettori B., (2006). "Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU", The Netherlands.
- Vettori B., Kolatov T., Rusev A., (2014). "Disposal of Confiscated Assets in the EU Member States", Center for the Study of Democracy, Sofia.
- Vettori B., Misoski B., (2019). "Social reuse of confiscated assets in the EU: Current experiences and potential for its adoption by other EU and non – EU countries", MANU, Skopje.

Прописи

- Закон за управување со конфискуван имот, имотна корист и одземени предмети во кривична и прекршочна постапка на РСМ
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 20 November 2008 COM(2008) 763 final
- Council Conclusions on Confiscation and Asset Recovery of 28 May 2010 OJ 7769/3/10 REV 3
-Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the Freezing and Confiscation of Instrumentalities and Proceeds of Crime in the European Union [2014] OJ L127/39.
- European Parliament resolution on organised crime in the European Union of 25 October 2011 OJ CE 131/66

Користени веб-страници

http://www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/agrasc-12207/
https://www.caritas.org/
https://www.coe.int/en/web/pompidou/home
https://cashbackforcommunities.org/
https://www.nao.org.uk/successful-commissioning/introduction/what-are-civil-society-organisations-and-their-benefits-for-commissioners/

LL.M. Anastasija Muratovska[24]

SOCIAL REUSE OF CONFISCATED ASSETS

Summary

Confiscation is a complex and multi-phase process of permanent seizing of illegally acquired assets. The final stage of this executive operation is the management of the confiscated assets. The subject of interest in the following paper is more precisely the last stage of confiscation and the possibility of using the confiscated assets in socially useful goals. States have established different mechanisms for managing the asset that is confiscated, and in some of them the concept of social reuse is foreseen as an alternative way to take advantage of the confiscated assets. The paper focuses on a comparative overview of established practices of social reuse of confiscated assets in several European countries. Hence, detecting the shortcomings of the concept drawn from practice, suggestions are given for potential legislative solutions in addition to possible implementation of the concept in the domestic law. Lastly, best practices of programs and mechanisms are obtained for achieving social rebalance through reuse of asset that was illegally acquired and subsequently confiscated from the state.

Key words: *confiscation, social reuse, confiscated assets, managing of the confiscated assets, direct social reuse, indirect social reuse.*

---

[24] Junior teaching associate at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje,

м-р Михаела Мострова[1]

НАДЛЕЖНОСТ RATIONE MATERIAE НА МЕЃУНАРОДНИОТ ЦЕНТАР ЗА РЕШАВАЊЕ НА ИНВЕСТИЦИОНИ СПОРОВИ (ICSID)

УДК: 341.636:339.727.22
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Фокусот на овој труд е надлежноста ratione materiae на Центарот за решавање на инвестициони спорови (ICSID) преку која се наметнува условот дека Центарот за решавање на инвестициони спорови има надлежност да постапува само доколку станува збор за правен спор, кој произлегува непосредно од вложувања (инвестиции). За таа цел, а поради фактот што финалната верзија на Вашингтонската конвенција не ги дефинира овие поими, со овој труд ќе биде опфатен дел од широкото сфаќање, како и дел од арбитражната пракса на ICSID која има значаен придонес во одредувањето на поимот инвестиција. Понатаму, во трудот ќе бидат обработени и дефиниции на поимот правен спор, како и релевантни случаи во контекст на истиот, токму поради специфичноста на овој термин и можноста за појава на различни несогласувања и двојби. Поради природата на инвестиционите спорови во кои како страни се појавуваат странски инвеститор и држава домаќин, од исклучително значење е сигурноста на странските инвеститори. Во таа насока, посебно внимание во овој труд се посветува на инвестиционата арбитража, истата исклучително актуелна во моментот, со специфични карактеристики кои ја зголемуваат довербата на странките во ефикасно решавање на евентуалните спорови.

Клучни зборови: *ICSID, Вашингтонска конвенција, ratione materiae, правен спор, инвестиција.*

[1] Демонстраторка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

Вовед

Инвестиционата арбитража како посебен вид арбитража овозможува решавање на споровите помеѓу странските инвеститори и државата домаќин. Неспорни се придобивките кои страните ги имаат со отпочнување на инвестициона арбитражна постапка. Имено, во споредба со судската заштита каде постои можност странскиот инвеститор да се соочи со голем број неизвесности и нерамноправна положба пред судот на државата домаќин, кај инвестиционата арбитража ситуацијата е сосема поинаква. Инвестиционата арбитража ја елиминира можноста за протекционизам и пристрасност кон домашната држава и им овозможува на инвеститорите како процесно легитимирана страна, да ги заштитат своите права и интереси, пред непристрасен, меѓународен форум.[2]

Во насока на заштита на правата и интересите на странските инвеститори, во 1965 година е донесена Конвенцијата за решавање на инвестициони спорови помеѓу државите и државјаните на другите држави, позната како Вашингтонска конвенција, со која е создадена и најзначајната меѓународна арбитражна институција наменета за решавање на инвестиционите спорови Меѓународен центар за решавање на инвестициони спорови– ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes)

ICSID претставува специјализирана институционална арбитража со уникатни карактеристики и е една од петте меѓународни организации на Светска банка, со седиште во Вашингтон.

Во последните години, инвеститорите и државите значително поголем број од нивните спорови ги поднесуваат на решавање пред ICSID Центарот. Ова се должи на предностите и специфичните карактеристики кои тој ги поседува. Имено, станува збор за неутрален и самостоен (независен) систем, бидејќи избраното место (седиште) на арбитражата од страна на страните во постапката нема никакво влијание и не го одредува процесното право на постапката. Затоа се вели и дека процесот при водење на ICSID арбитража е целосно независен и делокализиран.[3] Во насока на зголемување на транспарентноста, со амандманите донесени во 2006 година им се дозволува на страните кои не се странки во постапката (пр. невладини организации, Европска комисија и сл.) да присуствуваат на усните расправи. Како резултат на овој новитет, во 2010 год., забележани се пет ICSID случаи за кои страни, кои не се странки во постапката (non-disputing parties) поднеле писмени поднесоци–observations.. Придобивката на секоја од државите од зголемувањето на транспарентноста при одлучување за

[2] Дескоски Тони, Доковски Вангел „Арбитражата како механизам за правна заштита на странските инвестиции во Република Македонија“

[3] Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, ‘Guide to ICSID Arbitration’, Second edition, Kluwer Law International, стр. 14–15

случаи од овој тип е тоа што истите ќе бидат идентификувани како држави каде се посветува внимание на инвестициите и е актуелен трендот на внесување нов капитал преку истите. Во насока на зголемување на транспарентноста, од исклучително значење е носењето на UNCITRAL правилата за транспарентност кои се збир на правила, благодарение на кои арбитражните постапки се отворени и достапни за јавноста. Потребата од нив, е токму поради природата на инвестиционите спорови, кои претставуваат спорови од јавен интерес, т.е спорови кои се протегаат на прашања од областа на природните ресурси, екологијата, даночните обврзници и сл. Уште еден значаен факт со кој ни се доловува важноста на инвестиционата материја и нејзиниот јавен интерес е тоа дека правилата содржат критериуми според кои дури и трети страни (amicus curiae) и страни кои не се договорни страни можат да поднесуваат поднесоци. Меѓутоа, значајно е да се напомене дека во рамки на Правилата постојат и дополнителни заштитни мерки за да не дојде до неправедно нарушување или несоодветно оптоварување на арбитражната постапка.[4]

Како едно од клучните прашања кои се поставуваат, е во насока на утврдување кога Центарот има надлежност да постапува по спорови. Имено, надлежноста на Центарот зависи од исполнување на одредени претпоставки кои се однесуваат на предметот на спорот (ratione materiae) и на странките (ratione personae).

Концептот на инвестиција како објективна претпоставка за надлежност на ICSID Центарот

1. Анализа на Конвенцијата за решавање на инвестиционите спорови помеѓу државите и државјаните на другите држави

Како една од специфичните карактеристики на ICSID е тоа што само одредени спорови може да се изнесуваат пред ICSID арбитража. Член 25 од Вашингтонската конвенција претставува специфична одредба во која е пропишано кои спорови се погодни за решавање пред ICSID. Членот предвидува исполнување на четири услови за засновување на арбитражната надлежност на ICSID. Засновувањето на надлежноста на ICSID е ограничено со исполнување на овие услови кои се задолжителни, а доколку истите не се исполнети, ќе биде одбиено да се постапува по спорот.

Првиот услов или основ за воспоставување надлежност на ICSID е постоењето согласност (во писмена форма), спорот да биде изнесен пред

4 Достапни на: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/transparency/faqs

ICSID арбитражата.[5] Овој услов на практичен начин ја доловува суштината на максимата која поттекнува од Римското граѓанско право, arbiter nihil extra compromissum facere potest…Надлежноста за одлучување по спорот арбитрите ја добиваат исклучиво од страна на странките.[6]

Вториот услов претставува субјективната надлежност или надлежност *ratione personae*. Истиот предвидува дека е неопходно едната странка да биде држава потписничка на Конвенцијата, а втората инвеститор, државјанин на друга држава-потписничка. Државата-домаќин претставува местото каде инвестицијата е реализирана од страна на странскиот инвеститор. Истата инвестиција се врши врз основа на, и во согласност со билатерален договор за заштита и унапредување на инвестициите склучен помеѓу државата домаќин и државата на инвеститорот, националното инвестиционо законодавство или врз основа на директен договор склучен помеѓу страните. ICSID Конвенцијата се протега и ги опфаќа договорните држави, па поради тоа и во една од нејзините одредби е дефиниран поимот договорна држава. Имено, концептот договорна држава е дефиниран како држава која ја ратификувала, прифатила или одобрила ICSID Конвенцијата. Инвеститорот пак мора да биде државјанин на друга договорна држава, т.е истиот неопходно е да биде странски инвеститор.

Член 25 став 2, го дефинира поимот странски инвеститор. Во оваа одредба се прави разлика помеѓу две категории на инвеститори, за кои ICSID Конвенцијата пропишува дека спаѓаат под концептот странски инвеститори.[7]

Првата категорија ги опфаќа сите правни лица кои се државјани на друга договорна држава, различна од државата домаќин во спорот, во време кога страните се согласуваат таков спор да биде изнесен пред арбитража.

Втората категорија се компании, правни лица кои имаат државјанство на договорната држава на денот кога страните се согласиле спорот да биде изнесен пред ICSID, но поради странски контроли, страните се согласиле компанијата да се третира како државјанин на друга договорна држава.[8]

Третиот услов предвидува дека мора да станува збор за правен спор и четвртиот и последен услов за засновување на арбитражната надлежност на ICSID е дека правниот спор треба да произлегува непосредно од вложувања (инвестиции). Токму овие два пропишани услови ја одредуваат надлежноста ratione materiae.

Она што е значајно да се напомене, е дека пропишаните четири услови во членот 25 од Вашингтонската конвенција неопходно е да се исполнат и истите

[5] Andrea Marco Steingruber, ‘Consent in International Arbitration’, Oxford University Press, стр.186

[6] Sadie Blanchard ‘State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration’, Washington University Global Studies Law Review, 2011, стр. 424

[7] ICSID Convention, Article 25

[8] ICSID Convention, Article 25

не можат да се заменат. Со други зборови истите се задолжителни и доколку не се исполнети, Центарот ќе одбие да постапува во спорот.

2. Поим на правен спор

Специфична одредба значајна за засновување на надлежноста на ICSID е членот 25 од Вашингтонската конвенција. Со него е опфатена и надлежноста ratione materiae и истата го опфаќа покрај поимот инвестиција и поимот на правен спор. Имено, Вашингтонската конвенција се применува исклучиво на правни спорови кои произлегуваат непосредно од вложувања (инвестиции). Консеквентно, неопходно е најпрво да се установи дали воопшто постои спор и да се одреди неговата правна природа.

Меѓутоа, проблемот настанува во делот на конвенциското решение, во кое не постои дефинирање на поимот правен спор. Токму поради тој факт можно е настанување на различни несогласувања.

Случајот Mavrommatis Palestine Concessions case[9] го дефинира поимот спор, а дефиницијата е подоцна усвоена и од ICJ (International Court of Justice) и ICSID трибуналите. Дефиницијата укажува дека спор претставува несогласување во однос на некој факт и конфликт на различни правни гледишта меѓу две страни. Неопходен услов за да постои еден спор е страните да имаат законско право или интерес од исходот на спорот. Во оваа насока се поставува и прашањето зошто во конвенцијата е наведено дека спорот неопходно е да биде правен.

Во правната наука постои сфаќање дека правен спор настанува кога на било каков начин се засегнати правата и обврските на странките кои можат да произлезат од договорот склучен помеѓу истите. Имајќи го предвид претходно наведеното, спор кој се однесува на целисходноста на некоја економска активност, а притоа не ги засега правата и обврските на страните, не би спаѓал во опсегот на надлежноста на ICSID Центарот. Меѓутоа ситуацијата е отежната поради фактот што секогаш не може однапред да се одреди дали спорот ќе биде правен, па затоа се вели дека околностите играат огромна улога во квалификување на спорот.[10]

Дополнително, практичната примена на Вашингтонската конвенција е отежната и поради кумулативната претпоставка дека правниот спор треба да произлегува непосредно од вложувања (инвестиции). Преку овој услов вметнат

[9] Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK), достапно на: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm

[10] Eduard Kunshtek- Arbitrazhna nadlezhnost ICSID (Medzunarodni Centar za Rjeshavanje Ulagachkih Sporova Izmedzu Drzhava I Drzhavljana Drugih Drzhava), стр. 90-91

во Вашингтонската конвенција, се создава врска помеѓу правниот спор и вложувањето (инвестицијата), а никаде дополнително не постои образложение кога постои истата. Па затоа, постои можност странките да се соочат со проблеми во однос на надлежноста на ICSID центарот, а истото би значело негова ненадлежност и нерешавање на спорот.[11]

Меѓутоа одредени автори сметаат дека постои можност за поефикасно решение доколку дојде до претходно наведениот проблем и незасновување на надлежност на ICSID. Еден од нив е Едуард Кунштек, кој смета дека би било корисно за странките во спорот, доколку истите договорат можност за водење на спорот пред некоја друга институционална или ad hoc арбитража, во случај на непостоење на непосредна врска помеѓу правниот спор и вложувањето (инвестицијата), или можност за водење на спорот пред друго дополнително тело, согласно чл.2 (b) од Правилата за Додатни тела.[12] Исто така, Кунштек смета дека постои опасност од незасновување на надлежноста на Центарот, доколку се доведат во прашање други подоцна појавени желби, услуги и противуслуги. Незасновувањето на надлежноста на Центарот може во овој случај да се појави поради фактот што со чл.46 од ICSID Конвенцијата[13] е образложено дека сите дополнително појавени проблеми, желби на некоја од странките, ќе бидат во надлежност на Центарот доколку се во делокругот на она што странките претходно го договориле и секако, доколку постои непосредна врска помеѓу нив и предметот на спорот. Секако, доколку истите услови не се задоволени, Центарот нема да ја заснова својата надлежност, а странките ќе се соочат со проблем поради нерешавање на спорот.

3. Поим на вложување во практиката на ICSID

Иако постоењето на инвестиција е неопходно за засновување на ICSID надлежност, сепак Вашингтонската конвенција не дава дефиниција за тоа што претставува поимот инвестиција. Причината за недефинирање на концептот инвестиција во одредбите на Вашингтонската конвенција е со цел да се создаде поширок простор за нејзино толкување.[14] Во спротивно, доколку се дефинирал концептот, постоело можност дефиницијата да биде премногу тесна. Некои автори го наведуваат овој недостаток на Конвенцијата како нејзина предност, поради фактот што истата може да се прилагоди на различни типови инвестиции,

[11] Eduard Kunshtek- Arbitrazhna nadlezhnost ICSID (Medzunarodni Centar za Rjeshavanje Ulagachkih Sporova Izmedzu Drzhava I Drzhavljana Drugih Drzhava), стр. 95-103

[12] http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility-archive/3.htm

[13] https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf

[14] ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments- Julian D. M. Lew(*), стр. 2

дури и на инвестиции кои во периодот кога истата се пишувала можеби и не биле познати.[15]

Имено, Вашингтонската конвенција пропишува само одредени ограничувања во однос на надлежноста за страните кои одлучуваат да го изнесат спорот на решавање пред ICSID арбитража, препознаени од страна на меѓународниот трибунал како 'juge d`exception'. Токму поради фактот што за пропишаните ограничувања не постојат строго дефинирани дефиниции, истите оставаат простор за договор помеѓу страните како и за либерално толкување од страна на трибуналите.[16]

Развојот на практиката на ICSID Центарот во однос на разбирање на концептот инвестиција започнува со одлуката во спорот Fedax v. Venezuela и дополнително со таканаречениот Салини тест.

3.1. Случајот Федекс

Значаен придонес во праксата на ICISD Центарот има случајот *Федекс*. Анализирано од хронолошки аспект случајот *Федекс* му претходел на таканаречениот Салини тест.

Во овој случај формираниот трибунал одлучил во насока на тоа дека купувањето државни обврзници на одредена држава од страна на странски субјект во странска држава, се квалификува како инвестиција. Поконкретно, во случајот, трибуналот одлучил дека станува збор за директни и индиректни инвестиции опфатени со членот 25 од Вашингтонската конвенција, па затоа и истите државни обврзници, кои биле предмет на разгледување, треба да се квалификуваат како инвестиција во смисла на истиот член 25 од Вашингтонската конвенција[17]

Основното и главно прашање во случајот кое го покренува Венецуела е она за надлежноста на ICSID Центарот. Всушност, Република Венецуела приговара на надлежноста на ICSID Центарот, со образложение дека во случајот не станува збор за директно вложување, а консеквентно на тоа образложува дека купувањето државни обврзници од страна на тужителот не може да се квалификува како инвестиција согласно одредбата од Конвенцијата, бидејќи истите се стекнати по пат на индосирање.[18] Судот оди во насока на тоа дека е клучно прашањето дали воопшто се работи за вложување, независно дали истото е директно или индиректно, бидејќи и индиректните вложувања не се исклучени од одредбите на Вашингтонската конвенција и истите спаѓаат под

---

15 Andrea Marco Steingruber: Consent in International Arbitration, стр. 259, точка 13.23

16 ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities " Clifford Larsen(*), стр. 1

17 Andrea Marco Steingruber: Consent in International Arbitration, Oxford University Press, стр. 260

18 https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf точка 18

надлежност на ICSID Центарот. Судот образложува дека поради фактот што обврзниците се најчест начин на кредитирање, а Венецуела ги издала со намера да го осигура меѓународното кредитирање – биле издадени во долари, а не во домашна валута, истите претставуваат вложување или инвестиција.[19] Оттука, Трибуналот сметал дека државните обврзници претставувале „инвестиции" предвидени со оваа Конвенција, како и со гореспоменатиот билатерален договор.[20]

Ова е случај за кој е донесена првата арбитражна одлука во која се расправа за дефинирање на поимот инвестиција, во рамки на ICSID. Истиот е од исклучително значење бидејќи ги дефинира инвестициите преку неколку карактеристики и тоа– одредено времетраење, одредена регуларност на профит и поврат, претпоставка за постоење ризик, суштинска посветеност и значење за развојот на државата домаќин.[21] Претходно наведеното укажува на фактот дека покрај четирите карактеристики втемелени во Салини тестот, случајот *Федекс* втемелува уште една дополнителна карактеристика на економската активност, а тоа е редовниот профит.

3.2. *Салини-тест*

Случајот се заснова на дилема за поимот вложување во смисла на Вашингтонската конвенција, а со тоа и дилема околу надлежноста на ICSID. Предмет на разгледување во овој случај било изградбата на автопат и дали тој претставувал вложување во смисла на Вашингтонската конвенција.

Така, спорот упатен до Арбитражниот суд е помеѓу италијанските компании *Salini Costruttori S.p.A., Italstrade S.p.A* и Кралството Мароко.

Она што е значајно да се напомене е дека Трибуналот донел одлука во насока на тоа дека станува збор за инвестиција во смисла на Билатералниот договор и во смисла на член 25 од Вашингтонската конвенција.[22] Дотогаш, речиси и да немало случаи во кои се оспорува надлежноста ratione materiae, па затоа и Трибуналот немал искуство со претходна пракса за тоа што претставува поимот инвестиција. Истата одлука е од исклучително значење бидејќи ги поставува темелите со помош на кои се одредува поимот инвестиција.

---

19 Eduard Kunshtek- Arbitrazhna nadlezhnost ICSID, Rijeka, 2002, стр.45

20 Major Cases Involving Investment Treaty Arbitration, Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Tribunal [on Objection to Jurisdiction], July 11, 1997, Chapter 5, стр. 993, достапно на: https://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/2013WTO/03_05_reference_1.pdf

21 Дескоски Тони, Доковски Вангел „Арбитражата како механизам за правна заштита на странските инвестиции во Република Македонија", стр. 13

22 Salini Costruttori S.p.A., Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, достапно на: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf

Случајот во арбитражната практика е познат и како Салини тест, според кој поимот на инвестиција треба да содржи четири елементи и тоа **1.** Придонес во пари или други добра со економска вредност **2.** Одредено времетраење **3.** Елемент на ризик **4.** Придонес за развитокот на државата домаќин.[23] Секој од овие елементи е детално разработен благодарение на натамошната пракса. Во однос на времетраењето деловниот потфат треба да трае најмалку две години за да се квалификува како инвестиција. Меѓутоа овој рок со текот на времето е релативизиран, поради фактот што се сметало дека истиот не е објективен бидејќи постои можност да се појават ситуации каде деловна активност со времетраење помалку од две години е доволен временски период за да постои инвестиција, а деловна активност подолга од четири години некогаш не е доволно времетраење за истата да се дефинира и да се квалификува како инвестиција.[24]

Случајот *Салини* со текот на времето станува доминантен пристап во праксата на арбитражните трибунали. Но, неопходно е да се напомене и дека постојат случаи на скратување на четирите елементи на Салини тестот при одредување на поимот инвестиција (вложување). Истите опфаќаат постоење на три суштински елементи – придонес во пари, одредено времетраење и елемент на ризик. Токму овој пристап, кој се вели дека е скратена верзија на т.н. Салини тест претставува дедуктивен начин на одредување на поимот инвестиција и сѐ повеќе преовладува во праксата на арбитражните судови.

3.3. Останати пристапи

По т.н. Салини тест ICSID Центарот воведува две гледишта при дефинирање на инвестициите во смисла на Вашингтонската конвенција и релевантните билатерални договори.

Според првиот пристап, инвестицијата во смисла на Вашингтонската конвенција постои доколку се исполнети претходно наведените карактеристики кои служат како одредници, односно пример за полесно квалификување од страна на трибуналите. Поради тоа се смета дека првиот пристап не ги карактеризира Салини критериумите како стриктен тест,[25] кој е неопходно да се исполни.

Вториот пристап ги квалификува одредените Салини критериуми како елементи кои е неопходно да се исполнат за да постои една инвестиција. Впрочем, истото е во насока на тоа дека за да станува збор за инвестиција

---

23 Дескоски Тони, Доковски Вангел „Арбитражата како механизам за правна заштита на странските инвестиции во Република Македонија“, стр. 13

24 Марко Јовановић: Материјалноправни стандарди третмана страних директних улагања, стр. 32–33

25 Andrea Marco Steingruber, ‘Consent in International Arbitration’, Oxford University Press, стр. 264

мора да бидат кумулативно исполнети неопходните елементи. Меѓутоа сите трибунали не се согласни со овој став.[26] Некои трибунали имаат усвоено само три од вкупно четири Салини критериуми. За разлика од нив постојат трибунали кои вметнуваат дополнителни критериуми, како на пример редовен профит и поврат, инвестирањето да биде направено во добра вера и во согласност со законите на државата домаќин.

Покрај случајот *Федекс* и Салини тестот, случајот Phoenix v. the Czech Republic игра улога во дооформување на арбитражната пракса. Имено, во овој случај станува збор за спор помеѓу тужителот *Phoenix Action Ltd*– израелска компанија регистрирана според законите на Израел, која станува сопственик и единствен акционер на две чешки компании и тужениот Република Чешка. Овој случај, игра значајна улога во дооформувањето на арбитражната пракса на начин што го зголемува опсегот на пропишани услови кои треба да бидат исполнети за активноста да биде квалификувана како инвестиција (вложување).

Првиот услов е средствата да бидат вложени во добра вера и вториот услов е истото да е изведено во согласност со правото на државата каде се врши вложувањето. Имено, во случајот Phoenix v. the Czech Republic тричлениот состав на трибуналот го отфрла барањето на тужителот. *Феникс* е израелска компанија која купила две чешки компании *Бенет Праха* и *Бенет Груп*, воедно и двете вклучени во тековни правни спорови. Поради сознанијата кои одат во насока на тоа дека компанијата *Феникс* е лажен израелски ентитет, креиран од државјанин на Чешка, само со цел постоење на разновидност на националности, Република Чешка ја оспорува надлежноста на ICSID Центарот. И како што е наведено погоре, Трибуналот при одлучувањето решава да не се држи стриктно до т.н. Салини тест и до четирите услови кои тој ги пропишува, туку дополнително додава уште два услови кои е неопходно да бидат исполнети.[27]

Заклучок

Поради големиот број позитивни ефекти од инвестициската арбитража, можеме без двоумење да кажеме дека истата е перспектива и актуелен тренд на решавање на споровите од овој тип. Очигледно е дека бројот на поднесени барања за отпочнување арбитража пред ICSID значително се зголемува. Меѓутоа, новоподнесените барања кои се во континуиран пораст имаат

[26] Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, ‘Guide to ICSID Arbitration’, Second edition, Kluwer Law International, стр. 69

[27] Christophe von Krause (White & Case LLP) / July 8, 2009- достапно на: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/07/08/phoenix-action-ltd-v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/

влијание врз процесот на креирање на правилата за инвестирање. Ова се должи на фактот што потписниците на Вашингтонската конвенција одлучиле да го остават неопределен поимот инвестиција. Па така, билатералните и мултилатералните инвестициски договори, како меѓудржавни договори се основот за засновување надлежност на ICSID и во истите договори државите ги дефинираат инвестициите. Но, сѐ повеќе државите се на став дека од исклучително значење е специфицирање на формулациите кои го дефинираат поимот инвестиција. Во таа насока државите ги ревидираат своите билатерални договори за заштита и унапредување на инвестиции со намера да не се појават проблеми при решавање на инвестициските спорови.

Од сѐ претходно наведено можеме да заклучиме дека сѐ уште ICSID Центарот се соочува со предизвици во однос на својата надлежност. Очигледно е дека судската пракса секогаш не е доволна, па затоа постои потреба од објективно дефинирање на поимот инвестиција како би се поставиле надворешните граници на ICSID.

Користена литература:

Дескоски Тони, Доковски Вангел „Арбитражата како механизам за правна заштита на странските инвестиции во Република Македонија“, стр. 13;

Марко Јовановић: Материјалноправни стандарди третмана страних директних улагања, стр. 32-33;

Andrea Marco Steingruber, ‘Consent in International Arbitration’, Oxford University Press, стр.186

Clifford Larsen(*), ICSID Jurisdiction: The Relationship of Contracting States to Sub-States Entities ” стр. 1;

Eduard Kunshtek– Arbitrazhna nadlezhnost ICSID (Medzunarodni Centar za Rjeshavanje Ulagachkih Sporova Izmedzu Drzhava I Drzhavljana Drugih Drzhava), стр. 90-91;

Grabowski Alex, op. cit., стр. 289;

ICSID Convention, Article 25;

Julian D. M. Lew(*), ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments ” стр. 2;

Lucy Reed, Jan Paulsson, Nigel Blackaby, “Guide to ICSID Arbitration”, Second edition, Kluwer Law International, стр. 14– 15;

Sadie Blanchard ‘State Consent, Temporal Jurisdiction, and the Importation of Continuing Circumstances Analysis into International Investment Arbitration’, Washington University Global Studies Law Review, 2011, стр. 424;

Интернет- извори:

Christophe von Krause (White & Case LLP) / July 8, 2009- достапно на: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2009/07/08/phoenix-action-ltd-v-the-czech-republic-icsid-case-no-arb065-award-of-april-15-2009-concept-of-investment-under-the-icsid-convention-revisited/;

Major Cases Involving Investment Treaty Arbitration, Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Tribunal [on Objection to Jurisdiction], July 11, 1997, Chapter 5, стр. 993, достапно на: https://www.meti.go.jp/english/report/downloadfiles/2013WTO/03_05_reference_1.pdf;

Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. UK), достапно на: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm;

Salini Costruttori S.p.A., Italstrade S.p.A v. Kingdom of Morocco, достапно на: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf;

http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/facility-archive/3.htm;

https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf;

https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/transparency/faqs;

https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0315_0.pdf;

LL.M. Mihaela Mostrova[28]

JURISDICTION RATIONE MATERIAE OF THE INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID)

Summary

The focus of this article is the jurisdiction ratione materiae of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), through which is imposed the condition that the jurisdiction of ICSID is restricted only on legal disputes, arising directly out of an investment. For that purpose, due to the fact that the final version of the Washington Convention does not define these terms, this paper will cover a part of the broader understanding, as well as part of the ICSID arbitration practice that has made a significant contribution to the definition of investment. Furthermore, this paper will include definitions of the term legal dispute and relevant cases in this context, precisely because of the specifity of this term and possibility of occurrence of various disagreements and doubts. Due to the nature of investment disputes in which foreign investor and host country appear as parties, the safety of foreign investors is extremely important. In this regard, special attention in this paper is given to investment arbitration, which is extremely current at the moment with specific features that increase the confidence of the parties in the effective resolution of possible disputes.

Key words: *ICSID, The Washington Convention, ratione materiae, legal dispute, investment.*

[28] Junior teaching associate at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

м-р Леона Кичеец[1]

ТЕКОВНИ ДИЛЕМИ И ИДЕН РАЗВОЈ НА МЕЃУНАРОДНОТО ПРАВО ВО ОБЛАСТА НА ДИГИТАЛНАТА ТРГОВИЈА

УДК: 347.7:339.9
339:004.738.5
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Предмет на разработка во овој труд ќе бидат прашањата кои дигиталната трговија ги импилицира врз правото, како и некои можни решенија на истите.

Најпрво, ќе се стави акцент на класификацијата на дигиталните добра и услуги и фактот дека таквата дихотомија не е соодветна со новите категории кои настануваат како резултат на сите можности кои ги дава интернетот. Исто така, класификацијата на сектори и потсектори во ***ГАТС****, не соодветствува на видот и обемот на услуги кои можат да се обезбедат дигитално. Понатаму, ќе се разгледаат позитивно-правните одредби во меѓународното трговско право, кои се релевантни и во регулирањето на дигиталната трговија. Особен акцент во тој дел ќе биде ставен на General Agreement on Trade in Services (***GATS***) и на одредбите за дигитална трговија содржани во договорите за слободна трговија, како и диспаритетот помеѓу решенијата во ГАТС и во договорите за слободна трговија. Како тема од особено значење за развојот и либерализацијата на меѓународната трговија, ќе бидат разгледани бариерите кои постојат во оваа област, какви што се царинските и нецаринските бариери. Во однос на царинските бариери, особено значајно е да се спомне Мораториумот за воведување на царински давачки во дигиталната размена. Како најспецифични нецарински бариери пак, ќе бидат разгледани мерките за локализација на податоците. Следно, ќе бидат разгледани областите во кои е потребно реформирање, како што е подобрувањето на пазарниот пристап во дигиталната трговија, како и совладување на регулаторните бариери на дигиталната трговија. На крајот, ќе се обработат потенцијалните идни решенија de lege ferenda. Како такви посебно ќе бидат разгледани опциите*

1 Демонстраторка на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, адвокатска приправничка во Адвокатско друштво Гоџо, Кичеец и Новаковски.

за нови решенија во рамките на ГАТС, како и нов меѓународен договор кој би ја регулирал дигиталната трговија. Целта е да се укаже на неопходноста за реформирање на постоечката меѓународно-правна рамка која ја регулира дигиталната трговија, феноменот кој ја движи светската економија во изминативе две децении, како и да се разгледаат потенцијалните решенија во насока на нејзино регулирање на меѓународен план.

Клучни зборови*: меѓународно трговско право, интернет трговија, дигитална трговија, е-производи, Светска трговска организација, Мораториум за воведување на царински давачки за електронски преноси, мерки за локализација на податоци, ГАТТ, ГАТС.*

1. Вовед

Широката употреба на интернетот внесе многу промени во секојдневниот живот во дигиталното општество. Еден од феномените кој резултираше токму од ова, е и настанокот како и брзиот развој на меѓународната дигитална трговија (E-commerce). Тоа значи дека многу услуги кои класично биле давани во живо, почнаа да се испорачуваат преку интернет. Освен како нов начин на испорачување услуги, интернетот доведе и до изродување на нови, дотогаш непредвидени индустрии. За разлика од тоа, правото кое ја регулира меѓународната трговија заостанува зад нејзиниот прогрес. Постојните меѓународни правни норми станаа релативно несоодветни и не успеваат да одговорат на новите предизвици кои ги создава дигиталната трговија. И покрај децениските напори во Светската трговска организација да се најдат соодветни решенија, процесот стагнира. Поединечните билатерални и мултилатерални договори меѓу државите кои ја регулираат оваа материја, какви што се Договори за слободна трговија (Free Trade Agreements – FDA), резултираат во непостојни и фрагментирани правни решенија. Со оглед на огромното значење на дигиталната трговија во 21-от век, евидентно е дека е нужно развивање на меѓународното економско право во насока на разрешување на постојните дилеми која би го трасирала патот на развојот на правото *vis a vis* развојот на технологијата во иднина.

2. Дигитални добра – производи или услуги?
2.1. Дефинирање и класификација според СТО

Дигиталната трговија создава значајно прашање за насоката на развој на меѓународното трговското право со тоа што не се вклопува лесно во рамките

на постоечките негови категории. Меѓународно трговско право, кое се состои првенствено од правото на СТО, ги користи меѓусебно исклучувачките категории на „стоки“ и „услуги“. Во правото на Светската трговска организација (СТО), трговијата со производи е уредена со General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)[2] кој беше ажуриран во 1994 година со Анекс 1А[3] од Договорот за основање на Светската трговска организација[4] како еден од мултилатералните договори за трговија со производи. За разлика од производите со General Agreement on Trade in Services (GATS)[5] кој е единствен договор во посебен Анекс во рамките на Договорот за СТО. Консеквентно, класификацијата на определена категорија како производ или услуга директно влијае на тоа кој од овие два договора ќе се примени, како и тоа каква правна заштита е достапна. Дилемата тука е како да се разграничат производите од услугите. Правото на СТО не дава некоја посебна правна дефиниција која би ја решила оваа дилема. Како резултат на овој недостаток на јасно дефинирање и дистинкција меѓу овие две категории, најчесто се употребува „тестот за опипливост“[6] на истите, односно се смета дека производите се физички опипливи, а услугите не.

Предизвик претставува класифицирањето на добра кои во нивната традиционална форма се класифицираат како производи и се опипливи, можат да имаат и своја дигитална форма како, на пример, музика, филмови и сл. кои можат да имаат и свој физички облик како, на пример, ЦД. Ако овие т.н. „е-продукти“ се класифицираат како услуги и потпаднат под ГАТС, а истите во нивниот физички облик се класифицираат како производи, доаѓа до нелогичен исход, бидејќи според правото на СТО, поточно извештајот на Апелациониот орган на СТО во European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products[7] тие се „слични продукти“. Во таков случај, кога електронските верзии на физички производи се класифицираат како услуги, а тие, според дефиницијата претставуваат „слични продукти“, доаѓа до сосема апсурден исход.

Евидентно е дека тестот за опипливост покажува недостатоци во однос на класификацијата на дигиталните производи. Како алтернатива за нивна класификација економистот Петер Хил предлага нова „теорија на ентитет“ според која „една од основните карактеристики на производот е тоа што тој е еден целосен ентитет, врз кој можат да се засноваат сопственички права и чиј соп-

[2] GATT 1994: General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994.

[3] GATT 1994:General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994).

[4] WTO Agreement: Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154, 33 I.L.M. 1144 (1994).

[5] GATS: General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994.

[6] *Види* Stewart **A.** Baker et al., *E-Products and the WTO,* **35 INT'L** LAW. *supra* note 26, at 9 (2001).

[7] Appellate Body Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products.*

ственик извлекува некаква економска корист“[8].

2.2. Нелогичности и предизвици при примена на правото на СТО

Дигиталната трговија исто така создава и практични потешкотии при апликацијата на меѓународното трговско право. Најголемиот проблем кој се јавува кога е во прашање дигиталната трговија, е што основниот договор при СТО кој ја уредува трговијата со услуги – ГАТС, не содржи адекватни решенија во однос на дигиталните услуги. Самите правила на СТО се создавани во време кога единствениот начин на кој се одвивала трговијата на стоки и услуги бил физички. Една од пречките која се јавува во однос на услугите давани преку интернет, е тоа што обврските кои произлегуваат од ГАТС, се применуваат само на сектори на услуги кои се експлицитно наведени во „Распоредот на обврски" („Schedule of commitments"), во кој државите членки преземаат обврски[9]. За разлика од тоа, според ГАТТ, обврските кои произлегуваат за државите членки, како што се пристап до пазарот и обврска за национален третман, важат за сите производи. Класификацијата на услужни сектори во ГАТС е ексклузивна, односно една услуга може да се класифицира само под еден сектор[10]. Проблемот настанува со тоа што најголемиот дел од дигитални услуги се мултинаменски, што значи дека се даваат различни услуги кои спаѓаат во различни сектори. Така на пример Гугл (Google), комбинира услуги за пребарување на интернет за корисници со рекламни услуги. Согласно таквата структура на ГАТС, дигитална платформа како Гугл не може истовремено да се класифицира под категоријата на компјутерски и сродни услуги, телекомуникациски услуги и рекламни услуги, иако *de facto* ги врши сите наведени категории на услуги[11].

2.3. Ставот на државите

Овие навидум технички прашања за класификација на е-производите зад себе содржат и одреден политички наратив. Двата главни играчи во меѓународната трговија, САД и Европската Унија, не се повлекуваат од своите ставови во однос на класифицирањето на е-производите. Соединетите Американски

[8] Peter Hill, *Tangibles, Intangibles and Services: A New Taxonomy for the Classification of Output*, 32 CAN. J. ECON. 437-441 (1999).

[9] GATS, *supra* note 24, arts. XVI:1, XVII:1.

[10] Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, ¶ 172, WTO Doc. WT/DS285/AB/R (adopted Apr. 20, 2005)

[11] Giacomo Luchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?* 10 J. COMPETITION L. & ECON. 185, 186 (2014).

Држави се на страната е-производите да бидат класифицирани како стоки заради „поширокиот дофат на дисциплините на СТО дадени од ГАТТ...“[12] Спротивно на тоа, Европската Унија е на ставот дека „електронските испораки се состојат од набавки на услуги кои спаѓаат во опсегот на ГАТС“.[13] Овој став е во насока на тоа „музиката, филмовите и сличните производи испорачани по електронски пат да спаѓаат во ефективното исклучување на аудиовизуелните услуги на Европската заедница од ГАТС (преку исклучоците на најповолната нација на Европската заедница и отсуството на национален третман и обврски за пристап до пазарот за овој сектор) наместо да биде предмет на ГАТТ 1994 година.“[14]

3. Регулирање на дигиталната трговија на меѓународно ниво

Во 1998 година, Генералниот совет на СТО ја воспостави Програмата за работа за електронска трговија[15], сеопфатна програма за работа што ги испитува сите прашања кои се однесуваат на глобалната електронска трговија. Програмата за работа има широк поглед на електронската трговија и ги задолжува четирите субјекти на СТО – Советот за трговија со стоки, Советот за трговија со услуги, Советот за права на интелектуална сопственост поврзани со трговијата и Комитетот за трговија и развој со истражување на врската помеѓу постојните договори на СТО и е-трговијата.[16] И покрај ветувачкиот почеток, идеолошките и политичките разлики меѓу членките на СТО спречија да се дојде до некој значителен напредок.

3.1 General Agreement on Trade in Services – GATS

Постоечката рамка на ГАТС е недоволна за целосно да ја покрие прогресивната дигитална економија, најпрво заради фактот што примената на одредени законски обврски според ГАТС, како што е националниот третман[17] и пристапот до

12 Submission by the United States, *Work Programme on Electronic Commerce*, at 5, WTO Doc. WT/GC/16 (Feb. 12, 1999).
13 Communication from the European Communities and Their Member States, *Electronic Commerce Work Programme*, ¶ 6(a), WTO Doc. S/C/W/183 (Nov. 30, 2000).
14 Tania Voon, *A New Approach to Audiovisual Products in the WTO:Rebalancing GATT and GATS*, 14 UCLA ENT. L. REV. 1, 9 (2007).
15 General Council, *Work Programme on Electronic Commerce*, WTO Doc. WT/L/274 (adopted Sept. 25, 1998) , *supra* note 19, ¶ 1.1.
16 *MC11 in Brief: Electronic Commerce*, WORLD TRADE ORG. https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/briefing_notes_e/bfecom_e
17 *GATS*, *supra*note 19, art. XVII.

пазарот[18], зависи од обемот на обврските што ги презема секоја земја членка во својот Распоред на обврски (Schedule of commitments).[19] Дури и во однос на обврската за најповолната нација (Most favored nation – MFN)[20], секоја земја може да внесе широки исклучоци согласно со ГАТС.[21] Со други зборови, членките на СТО имаат голема автономија во одредувањето степенот до кој тие се подготвени да отворат одреден сектор кон странските компании, и исто така, можат слободно да поставаат ограничувања за отворање на одреден сектор (на пример, за усогласување со домашните услови за лиценцирање, да се ограничи обемот на странски капитал или да се бара специфични технички квалификации).[22] Сепак, границите меѓу содржините на домашна регулатива[23] и пристапот до пазарот[24] се нејасни во ГАТС.

3.2. Фрагментирано уредување преку Договори за слободна трговија (Free Trade Agreements – FTAs)

Иако СТО не успеа да изнајде кохерентен сет правила за дигитална трговија, одредени земји се насочија кон регулирање на дигиталната трговија преку Договори за слободна трговија (FTA). Сепак овој начин на регулирање доведе единствено до невоедначеност во решенијата, без системски придобивки. Решенијата што ги нудат овие договори, се често контрадикторни едни со други и со правилата на СТО и создаваат сериозни ризици дека дигиталната трговија ќе биде расцепкана, наместо олеснета. На пример, Договори за слободна трговија кои содржат одредби со кои се уредуваат одредени аспекти на дигиталната трговија, имаат склучено САД, Јапонија, Австралија, Сингапур како и земји членки на ЕУ. Одредби за електронска трговија се исто така вклучени во неколку Договори за слободна трговија од висок профил кои ги вклучуваат и одново преговараните North America Free Trade Agreement, Договорот за слободна трговија меѓу САД и Кореја Транс-пацифичко партнерство и други. Сепак, одредбите за дигитална трговија во различните договори за слободна трговија се разликуваат во однос на нивниот опсег и барањата, создавајќи фрагментираност во правото кое ја регулира меѓународната дигитална трговија. Некои договори за слободна трговија имаат едноставен пристап кон дигиталната трговија, преку

---

[18] *Ibid.* art. XVI.

[19] *Ibid.* art. XX; *види ibid.* arts. XVI, XVII.

[20] *Ibid.* art. II.

[21] *Ibid.* art. 11:2.

[22] L. *Lee* Tuthill, *Cross-Border Data Flows: What Role for Trade Rules? in* RESEARCH HANDBOOK **ON** TRADE IN SERVICES, *supra*note 18, at 374.

[23] *GATS, supra*note 19, art. VI:4.

[24] *Ibid.* art. XVI.

вклучување единствено на забрани на царински давачки за електронските трансакции и изразување подготвеност за соработка меѓу регулаторните органи.[25] Други договори за слободна трговија, сепак, содржат „длабока интеграција", односно одредби со кои ги прошируваат постојните правила на СТО на нови трговски области како и проширување на обврските во веќе опфатени области со договорите на СТО.[26]

Договорите за слободна трговија може да послужат како експерименти во трасирање на правецот за можните начини за создавање правила за дигиталната трговија и нејзина либерализацијата на мултилатерално ниво.[27] Сепак, тие треба да бидат дополнети со поширoки меѓународни решенија. Во спротивно, на долг рок, глобалната рамка за дигитална трговија може да стане фрагментирана и со тоа да се оневозможи секаков вид хармонизација во оваа обалст.[28]

4. Бариери на меѓународната дигитална трговија

Бариерите за дигитална трговија имаат повеќе форми, вклучувајќи ги и тарифните и нетарифните бариери. Тарифните бариери засега се помал проблем со тоа што СТО воведе серија мораториуми на царинските давачки за прекуграничните електронски преноси. Поспецифични бариери за дигиталната трговија се всушност, нетарифните.[29] Најзначајните нетарифни бариери за дигитална трговија се таканаречените мерки за локализација на податоците, кои го ограничуваат или забрануваат преносот на податоци преку националните граници на една земја.[30]

Покрај мерките за локализација на податоците, постојат и други нетарифни бариери за дигиталната трговија кои исто така ја ограничуваат слободната трговија на интернет. Овие мерки, првенствено фокусирани на заштитата на податоците и приватноста, ја ограничуваат дигиталната трговија преку зголемени административни процедури и трошоци за усогласување со националните прописи. Примери за такви мерки вклучуваат Општа регулатива за заштита на

---

25 WU, *supra* note 97, at 6.

26 Lior Herman, *Multilateralising Regionalism: The Case of E-Commerce* 10-13 (OECD Trade Policy, Working Paper No. 99, 2010), https://www.oecdilibrary.org/multilateralisingregionalism5kmbjx6gw69x.pdf'itemld=%2Fcontent%2Fpaper%2F5kmbjx6gw69xen&mimeType=pdf , *supra* note 99, at 10.

27 Mitchell & Mishra, *supra* note 49, at 1108.

28 Mitchell & Mishra, *supra* note 49, at 1107.

29 *Види* Mitchell & Mishra, *supra* note 49, at 1091.

30 Global Digital Trade 1: Market Opportunities and Key Foreign Trade Restrictions, Inv. No. 332-561, USITC Pub. 4716, at 277 (2014).

податоци (GDPR) на ЕУ [31] и Рамката за приватност на Азиско-пацифичка економска соработка (APEC).[32]

4.1 Царински бариери – Мораториум за воведување на царински давачки на дигитална размена

Значаен да се спомене во контекст на царинските бариери е мораториумот на царинските давачки за дигитални преноси. Овој документ е усвоен на втората министерска конференција на СТО и прошируван на речиси секоја следна министерска конференција. Тој претставува значајна основа за понатамошни мултилатерални преговори за електронска трговија.[33]

Во изминатиот период дури постоеја и заложби за Мораториумот да остане како трајно решение.[34] Сепак, различните членки на СТО имаат и различни ставови по ова прашање.[35] Како најзначајни тркачи на меѓународната трговија, САД и Европската Унијата го поддржуваат мораториумот, но Европската Унија би го прифатила како трајно решение единствено доколку спорните е-производи, за кои беше дискутирано погоре, се класифицираат како услуги.[36] Некои земји во развој стравуваат од трајно губење на царинските приходи во случај мораториумот да остане како трајно решение.[37] Овие грижи се првенствено насочени кон потенцијалната загуба на царинските приходи од е-производи.[38]

Неколку аспекти на мораториумот, и теоретски и практично, доведуваат до сомнеж во валидноста и релевантноста на истиот. Прво, мораториумот не е

---

31 Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation),2016 O.J. (L 119/1).

32 ASIA-PAC. ECON. COOPERATION, PRIVACY FRAMEWORK (2005).

33 *Види на пр.*, General Council Chairman, *Item 4—Work Programme on Electronic Commerce—Review of Progress*, ¶ 1.8, WTO Doc. WT/GC/W/756 (Dec.17, 2018).

34 *Види на пр.*, Mira Burri, *Designing Future-Oriented Multilateral Rules for Digital Trade,in* RESEARCH HANDBOOK ON TRADE IN SERVICES 331, 347 (Pierre Sauve & Martin Roy eds., 2016) , *supra* note 164, at 7.

35 *Види* Communication from the Chairman of the Council for Trade inGoods, *Interim Review of Progress in the Implementation of the Work Programme onElectronic Commerce*, ¶ 4.2, WTO Doc. WT/GC/24 (Apr. 12, 1999).

36 Herman, *supra* note 99, at 9.

37 *Види* Ambassador Alfredo Suescum—Friend of the Chair, *Item 4—Work Programme on Electronic Commerce—Review of Progress*, ¶ 1.6, WTO Doc. WT/GC/W/721, (Aug. 1, 2016).

38 Види Communication from India and South Africa, *Work Programme on Electronic Commerce—Moratorium on Customs Duties on Electronic Transmissions:Need for a Re-Think*, ¶ 2.2, WTO Doc. WT/GC/W/747 (July 12, 2018).

во согласност со широко прифатениот принцип на технолошка неутралност.[39] Според мораториумот, дигиталните преземања на музиката и филмовите се ослободени од царински давачки, додека истите производи кога се испорачуваат во физичка форма не се. Второ, самите технолошки ограничувања се главната пречка за членките на СТО да наметнат царински давачки за електронски преноси.[40] Следствено на тоа, и во случај на укинување на мораториумот, земјите тешко дека би биле во техничка можност да наплаќаат царински давачки. Конечно, мораториумот се однесува само на царинските давачки и не е во можност да ги спречи членките на СТО во прибегнување кон други политички инструменти, како квоти или дискриминаторски даноци, со цел да се спречат или отежнат дигиталните трансакции.[41] Во март 2019 година, француската влада воведе данок на приходите на дигитални компании кои остваруваат приходи во Франција. Иако постојат тврдења дека данокот за дигитални услуги делува како *de facto* тарифа бидејќи фирмите кои би подлежеле на тој данок се во огромен дел од Соединетите Американски Држави,[42] сепак од формално-правен аспект таквиот данок е внатрешен данок што се наплаќа на корпоративните приходи, па така тој не би бил во спротивност со мораториумот на царинските давачки.

Мораториумот на царините за електронските преноси не е неопходен во агендата на мултилатералната дигитална трговија, тој претставува недвосмислен сигнал дека СТО се залага за електронска трговија без бариери.[43]

4.2. Нецарински бариери – Мерки за локализација на податоци

Може да се каже дека е постигнат одреден ограничен напредок во справување со најчестите нецарински бариери за дигиталната трговија – мерките за локализација на податоци. Во обновениот договор за Транс-пацифичко партнерство, на пример, се имплементирани строги одредби за мерките за локализација на податоците кои ги надминуваат типичните барања за пристап на пазарот и националниот третман на ГАТС.[44] Но, овој ограничен напредок сепак, не е постигнат на ниво на СТО.

---

[39] Althaf Marsoof, *A Case for Sui Generis Treatment of Software Under the WTO Regime,* 20 INT'L J. L. & INFO. TECH. 291, 306–07 (2012)., *supra* note 158, at 298.

[40] Baker et al., *supra* note 26, at 10.

[41] *Види Work Programme Note by the Secretariat*, *supra* note 167, ¶ 35; *види* Wunsch-Vincent, *supra* note 36, at 9–10 (discussing other policy options available for regulation of e-commerce).

[42] Wentong Zheng, The Digital Challenge to International Trade Law, 52 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 539 (2020), 580.

[43] Wunsch-Vincent, *supra* note 36, at 10.

[44] Hodson, *supra* note 52, at 4–5.

Бидејќи за создавањето на мултилатерални договори за мерките за локализација на податоците не постојат реални можности и простор во овој момент, СТО треба да најде други решенија. Како едно од можните решенија е да се нападнат мерките за локализација на податоци како спротивни или неусогласени со постоечките правила на СТО.[45] Во таа насока, на пример, тие би можеле да се предизвикаат како спротивни на обврската за националниот третман и обврските за локална содржина според режимот три од релевантните сектори.[46] Најсоодветно би било да се оспорат мерките за локализација на податоците како прекршување на хоризонталната обврска за најповолна нација на членките на СТО, која не зависи од класификација на услужните сектори или изборот на начин на испорачување на одредена услуга.

5. Насоки и области во реформирањето на меѓународното трговско право и потенцијални идни решенија

Поради различните ставови и позиции на земјите членки на СТО, напорите за реформирање на мултилатералните правила за дигитална трговија претрпеа неуспех на Министерската конференција на СТО во Буенос Аирес во 2017 година, каде земјите членки не успеаја да ги консолидираат предлозите што беа претходно поднесени.[47] Во јануари 2019 година, група од седумдесет и шест земји и организации, вклучувајќи ги САД, Европската Унија, Јапонија и Кина се согласија да започнат преговори за поставување на нова рамка за електронска трговија.[48]

Обновениот интерес за решавање на прашањето за правно регулирање на дигиталната трговија укажува на потенцијална можност за изнаоѓање на нови мултилатерални правила. Огромен е бројот експерти кои даваат предлози во таа насока. На пример, Хосук Ли-Макијама тврди дека треба да се развие нова „хоризонтална дисциплина“ за сите аспекти поврзани со трговијата на

---

[45] *Види , на пр.*, DANIEL CROSBY, INT’L CTR. FOR TRADE & SUSTAINABLE DEV. &WORLD ECON. FORUM, ANALYSIS OF DATA LOCALIZATION MEASURES UNDER WTO SERVICES TRADE RULES AND COMMITMENTS 5–6 (2016), http://e15initiative.org/wp-content/uploads/2015/09/E15-Policy-Brief-Crosby-Final.pdf ; L. Lee Tuthill, *Cross-Border Data Flows:What Role for Trade Rules?*, *in* RESEARCH HANDBOOK ON TRADE IN SERVICES, *supra* note 11, at 357, 359, 371.

[46] Tuthill, *supra* note 252, at 371, Tuthill, *supra* note 252, at 371.

[47] Luc Cohen & David Lawder, *Some WTO Members to Push for E-Commerce Rules as Broader Deal Fails*, REUTERS, Dec. 13,2017.

[48] Leika Kihara, *Nearly Half WTO Members Agree to Talks on New E-Commerce Rules*, REUTERS, Jan. 25, 2019, *supra* note 20.
https://www.reuters.com/article/davosmeetingecommerce/davos-nearly-half-wto- members-agree-to-talks-on-new-ecommerce-rules-idUSL3N1ZP329

преносот на податоци, без разлика дали тоа се однесува на трговијата со стоки или трговија со услуги. [49]

Понатаму, Ендрју Мичел и Неха Мишра се залагаат за нов договор на СТО за дигитална трговија кој усвојува „јасна, технолошки неутрална дефиниција за дигитални производи“ и го воведува мораториумот на царинските давачки за електронски преноси како трајно решение.[50] Зијанг Фан, раководител на Светскиот економски форум на дигиталната трговија, исто така, ги повикува земјите членки на СТО да се договорат за нов сет упатства за глобална електронска трговија.[51]

5.1. Нови решенија во рамките на ГАТС

Една од можните опции во рамките на регулирањето на дигиталната трговија е да се изнајдат опции под постојната структура на ГАТС за редефинирање на обврските на земјите членки на СТО според нивниот распоред на обврски. Така, на пример, СТО би можела да усвои нов пристап кон класификацијата на дигиталните производи или да се обиде да постигне консензус меѓу членките во однос на опсегот на услуги опфатени во различни сектори на W/120.[52] Понатаму, во одреден степен, обврските за транспарентност според член III на ГАТС би можеле да им овозможат и на земијте членки на СТО да ја разберат природата на прописите наметнати од земјите и нивното влијание врз дигиталната трговија. Одредени постоечки правила на ГАТС можат да помогнат во усвојувањето на некои регулаторни реформи. На пример, членките на СТО би можеле да усвојат нови национални регулативи неопходни за промовирање прекугранични текови на податоци согласно со ГАТС член VI:4,[53] или би можеле да преземаат дополнителни обврски, како што е референтен документ за Дигитална трговија според член XVIII на ГАТС, кој може да биде потпишан од земјите членки на СТО.[54] Друга опција би можело да биде додавање на Анекс на електронска трговија до ГАТС кој ќе постави нови решенија за електронската трговија кои се обврзувачки за сите членки. Овие дополнителни решенија би обезбедиле поголема јасност во однос на степенот до кој може да се користат исклучоците според членовите XIV и XIV *bis* на ГАТС од страна на членките за да се зачува нивната автономија во регулација на интернетот.

---

49 Lee-Makiyama, *supra* note 53, at 165.

50 Mitchell & Mishra, *supra* note 49, at 1127.

51 Karen Gilchrist, *WTO Risks Lagging Behind the Fast-Moving Digital Economy, World Economic Forum Official Says*, CNBC (Dec. 4, 2018).

52 Види Tuthill, *supra*note 18, at 378–79.

53 Види Shin-yi Peng, *Renegotiate the WTO"Schedules of Commitments"?: Technological Development and Treaty Interpretation,* 45 CORNELL INT'L L.J. (2012)., *supra* note 69, at 1218.

54 Види Burri, *supra* note 2, at 349.

5.2. Нов меѓународен договор под покровителство на СТО

Друго потенцијално решение за регулирање на дигиталната трговија би можел да биде нов договор во рамките на СТО со кој соодветно би се решиле постојните недостатоци на ГАТС, како, на пример, усвојување на јасна, технолошки неутрална дефиниција за дигиталните производи, воведување на мораториумот на царините на електронски преноси како трајно решение и слично.[55] Понатаму, новиот договор би можел да биде од меѓусекторска природа, односно да се однесува и на сектори на услуги кои не се експлицитно енумериратни, за разлика од постоечка структура на СТО.

Иако овој начин на решавање на дигиталната трговија е политички и правно особено предизвикувачки, веројатно би бил позначаен на долг рок бидејќи хоризонталните обврски за електронската трговија кои тој би ги наметнал за државите ќе можат подобро да одговорат на мултисекторската природа на дигиталната економија.

Нов договор за електронската трговија би можел многу добро да соодветствува на формата на плурилатерален договор според член 11.3 од Договорот на СТО.[56] Дури и во таков случај, договорот би требало нужно да опфаќа широк опсег на регулација во областа на дигиталната трговија за да се поттикне учеството и на земјите кои не би биле страни на тој плурилатерален договор, а особено на земјите во развој.

6. Заклучок

Застојот во преговорите во Доха најмногу беше резултат на тоа што ниту развиените економии како САД и Европската Унија, ниту земјите во развој, како Кина и Индија, не беа спремни или способни да направат фундаментални отстапки во однос на оваа проблематика.[57] По четиринаесет години преговори, министрите за трговија од повеќе од сто и шеесет земји членки на СТО на единаесеттата министерска конференција на СТО во Буенос Аирес, Аргентина, во декември 2017 година, во однос на развојот на правото во областа на електронската трговија, единствено се согласија да ја задржат досегашната пракса да не воведуваат царински давачки за електронските преноси до следната министерска конферециja на СТО, која требаше да се одржи во јуни 2020 година во Казахстан, но се одложи заради КОВИД-19 пандемијата и би требало да се

[55] Види Burri, *supra* note 2, at 355

[56] *Види* Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization art. 11.3, Apr.15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154.

[57] *Ibid*.

одржи до крајот на 2021 година во Женева. [58]

Понатаму, неодамнешните напади на Соединетите Држави како предводник на светскиот трговски систем, врз Телото за решавање на спорови на СТО, ја ослабна способноста на СТО да ги спроведува постоечките трговски правила. Кога САД почна да губи важни спорови во рамките на Телото за решавање на спорови на СТО кои вклучуваа трговски мерки за правна заштита, САД покажа сѐ поголема загриженост дека Апелационото тело на СТО отстапи од текстот на договорот да создава свои стандарди.[59]

Најпрактично решение кое би довело до прогрес во правното регулирање на дигиталната трговија, е земјите членки на СТО да се држат подалеку од амбициозните преговори за контроверзни прашања и наместо тоа, да се фокусираат на преговори за адаптација и соодветна примена на основните рамковни правила и широко прифатените правни принципи на СТО во дигиталната трговија. Унапредувањето на дигиталната трговијата на мултилатерално ниво треба да се насочи кон преговарање за основните рамковни правила и примена на широко прифатените, постоечки правила за регулирање на истата. Приоритетите на светската трговската заедница не треба да бидат одредени латерални прашања, како што се класификацијата на дигиталните производи и мораториумот на царински должности за дигитални преноси, кои се повеќе релевантни во теоријата, а помалку во практиката. Наспроти тоа, приоритет на членките на СТО треба да бидат преговорите за нов систем за класификација на услугите според ГАТС кој би ги опфатил мултинаменските дигитални услуги како и обврските за пристап на пазарот и националниот третман кои би оделе заедно со новата класификација. Државите членки на СТО треба колективно да се договорат за тоа кои би биле најдобрите начини да се применат основните правила на СТО за специфичните нецарински бариери за дигиталната трговија, како што се мерките за локализација на податоците.

---

[58] Ministerial Conference - Eleventh Session - Buenos Aires, 10 - 13 December 2017 - Work programme on Electronic Commerce - Ministerial Decision of 13 December 2017; https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/minist_e.htm

[59] Dispute Settlement Body, *Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 8 March 2002*, ¶ 35, WTO Doc. WT/DSB/M/121 (Apr. 3, 2002).

Користена литература

Учебници, монографии, статии, научни трудови

Aaditya Mattoo & Ludger Schuknecht, *Trade Policies for Electronic Commerce* 10 (World Bank Policy Research Working Papers, Paper No. 2380,2000)

Althaf Marsoof, *A Case for Sui Generis Treatment of Software Under the WTO Regime,* 20 INT'L J. L. & INFO. TECH. (2012)

Andrew D. Mitchell & Neha Mishra, *Data at the Docks: Modernizing International Trade Law for the Digital Economy*, 20 VAND. J. ENT. & TECH. L. (2018)

Anupam Chander and Uyen P Le, 'Data Nationalism' (2015) 3 Emory Law Journal

DANIEL CROSBY, INT'L CTR. FOR TRADE & SUSTAINABLE DEV. &WORLD ECON. FORUM, ANALYSIS OF DATA LOCALIZATION MEASURES UNDER WTO SERVICES TRADE RULES AND COMMITMENTS (2016)

Giacomo Luchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?* 10 J. COMPETITION L. & ECON (2014)

Global Digital Trade 1: Market Opportunities and Key Foreign Trade Restrictions, Inv. No. 332-561, USITC Pub. 4716, at 277 (2014).

Gordon M. Goldstein, *The End of the Internet?*, ATLANTIC (July2014).

Karen Gilchrist, *WTO Risks Lagging Behind the Fast-Moving Digital Economy, World Economic Forum Official Says*, CNBC (Dec. 4, 2018)

L. *Lee* Tuthill, *Cross-Border Data Flows: What Role for Trade Rules? in* RESEARCH HANDBOOK **ON** TRADE IN SERVICES

Leika Kihara, *Nearly Half WTO Members Agree to Talks on New E-Commerce Rules*, REUTERS, Jan. 25, 2019

Lior Herman, *Multilateralising Regionalism: The Case of E-Commerce* 10-13 (OECD Trade Policy, Working Paper No. 99, 2010)

Luc Cohen & David Lawder, *Some WTO Members to Push for E-Commerce Rules as Broader Deal Fails*, REUTERS, Dec. 13,2017.

MARC BACCHETTA ET AL., WORLD TRADE ORG., ELECTRONIC COMMERCE AND THE ROLE OF THE WTO 1 (1998)

Mira Burri, *Designing Future-Oriented Multilateral Rules for Digital Trade,in* RESEARCH HANDBOOK ON TRADE IN SERVICES (Pierre Sauve & Martin Roy eds., 2016)

Peter Hill, *Tangibles, Intangibles and Services: A New Taxonomy for the Classification of Output*, 32 CAN. J. ECON. (1999)

SACHA WUNSCH-VINCENT, THE WTO, THE INTERNET AND TRADE IN DIGITAL PRODUCTS (2006)

Shin-yi Peng, *Renegotiate the WTO"Schedules of Commitments"?: Technological*

Development and Treaty Interpretation, 45 CORNELL INT'L L.J. (2012)
Stewart **A.** Baker et al., *E-Products and the WTO,* **35 INT'L** LAW (2001)
Tania Voon, *A New Approach to Audiovisual Products in the WTO:Rebalancing GATT and GATS*, 14 UCLA ENT. L. REV,2007)
Wentong Zheng, The Digital Challenge to International Trade Law, 52 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol,(2020)

Меѓународни договори

GATS: General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 U.N.T.S. 183, 33 I.L.M. 1167 (1994)

GATT :General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994)

WTO Agreement: Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154, 33 I.L.M. 1144 (1994)

Меѓународни документи

ASIA-PAC. ECON. COOPERATION, PRIVACY FRAMEWORK (2005)
Communication from India and South Africa, *Work Programme on Electronic Commerce—Moratorium on Customs Duties on Electronic Transmissions:Need for a Re-Think*, WTO Doc. WT/GC/W/747 (July 12, 2018)
Communication from the Chairman of the Council for Trade in Goods, *Interim Review of Progress in the Implementation of the Work Programme onElectronic Commerce*, WTO Doc. WT/GC/24 (Apr. 12, 1999)
Communication from the European Communities and Their Member States, *Electronic Commerce Work Programme*, WTO Doc. S/C/W/183 (Nov. 30, 2000)
Electronic Commerce Work Continues on Issues Needing Clarification, WORLD TRADE ORG.
General Council, *Work Programme on Electronic Commerce*, WTO Doc. WT/L/274 (1998)
MC11 in Brief: Electronic Commerce, WORLD TRADE ORG
Ministerial Conference - Eleventh Session - Buenos Aires, 10 - 13 December 2017 - Work programme on Electronic Commerce - Ministerial Decision of 13 December 2017
Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and of the Council of 27

April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data and Repealing Directive 95/46/EC (GDPR),2016 O.J. (L 119/1)

Submission by the United States, *Work Programme on Electronic Commerce*, WTO Doc. WT/GC/16 (Feb. 12, 1999)

World Trade Organization, Joint Statement on Electronic Commerce on 13 December 2017, WTO Doc. WT/MIN (17)/60, *WTO Documents Online*, WORLD TRADE ORG

Одлуки на меѓународни судови и трибунали

Appellate Body Report, *European Communities—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*

Appellate Body Report, *United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WTO Doc. WT/DS285/AB/R (adopted Apr. 20, 2005)

LL.M. Leona Kicheec[60]

PRESENT DILEMMAS AND FUTURE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW IN THE FIELD OF DIGITAL TRADE

Summary

The subject of elaboration in this paper will be the issues that digital commerce implies on the law as well as some possible solutions to them. First of all, emphasis will be placed on the classification of digital goods and services and the fact that such a dichotomy is not appropriate for the new categories that arise as a result of all the possibilities offered by the Internet. Also, the classification of sectors and subsectors in GATS does not correspond to the type and scope of services that can be provided digitally. Furthermore, the legal provisions in international trade law, which are also relevant in the regulation of digital trade, will be considered positively. Special emphasis in that part will be placed on the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the provisions of digital trade contained in the free trade agreements, as well as the disparity between the solutions in the GATS and the free trade agreements. Barriers that exist in this area, such as customs and non-customs barriers, will be discussed as a topic of particular importance for the development and liberalization of international trade. With regard to customs barriers, it is particularly important to mention the Moratorium on the introduction of customs duties in digital exchanges. Measures for localization of data will be considered as the most specific non-customs barriers. Next, areas in need of reform will be considered, such as improving market access to digital commerce, as well as overcoming regulatory barriers to digital commerce. Eventually, potential future solutions de lege ferenda will be addressed. As such, the options for new solutions within GATS will be considered separately, as well as a new international agreement that would regulate digital trade.The aim is to point out the need to reform the existing international legal framework governing digital trade, the phenomenon that has driven the world economy in the past two decades, as well as to consider potential solutions for its regulation internationally.

Keywords: *international trade law***,** *e-commerce, digital trade, e-products, World trade organization(WTO), Moratorium on the introduction of customs duties in digital exchanges, data localization measures, GATT, GATS.*

[60] Junior teaching associate at Faculty of Law "Iustinianus Primus", "Ss. Cyril and Methodius" University in Skopje,

м-р Калин Митрески[1]

ВЛИЈАНИЕТО НА МАРКЕТИНГОТ КАЈ ДОБРО ПОЗНАТИТЕ ТРГОВСКИ МАРКИ ПРЕКУ ПРИМЕРОТ НА КОКА-КОЛА

УДК: 658.8:663.8(73)”1886/2014”
1.03 Кратка научна статија

Резиме

Историјата на Кока-Кола започнува во 1886 година кога љубопитноста на фармацевтот од Атланта, д-р Џон С. Пембертон, го создаде специфичниот вкус на овој безалкохолен пијалак кој е препознатлив до ден денес. Тој со посебна формула создал, сируп, кој кога е измешан со газирана вода, го дава неодоливиот вкус на овој пијалак. ***Т****окму тој магичен вкус ми претставуваше предизвик да направам дополнителни истражувања во делот на маркетингот, односно како Кока-Кола се пробива на пазарот низ годините и како самата компанија постепено и трпеливо чекор по чекор го освои пазарот на безалкохолни пијалаци, станувајќи важен член на секоја фамилија. Напорната работа и добриот маркетинг овозможиле од пијалак кој се продавал по 9 шишиња дневно за само 5 центи по шише да стане глобален бренд и да се продава во повеќе од 200 земји низ светот што претставува голем успех, познавајќи ги нејзините почетоци. Токму затоа потенцирам дека не само добрата идеја, туку и стратегијата во поглед на маркетингот и пласирањето на производот се подеднакво важни за успех. Кока-Кола е најдобар пример како еден безалкохолен пијалак преку маркетингот станува неразделен член на домот, продавајќи ја приказната за Дедо Мраз преку бројните реклами кои едноставно прават да ја чувствувате кока-колата како дел од семејството.*

Клучни зборови: *Добро познати трговски марки, Кока-Кола, маркетинг, индустриска сопственост.*

[1] Адвокат од Скопје, докторанд на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје..

1.Вовед

Разработувајќи го концептот на мојот докторски труд и истражувајќи во делот на добро познатите трговски марки, не можев да не посветам внимание на најпознатиот пијалак во светот, па затоа се решив токму овој семинарски труд да биде фокусиран на кока-кола пијалакот.

Историјата на *Кока-Кола* започнува во 1886 година кога љубопитноста на фармацевтот од Атланта, д-р Џон С. Пембертон, го создаде специфичениот вкус на безалкохолен пијалак кој е препознатлив до ден денес. Тој со посебна формула создал сируп, кој кога е измешан со газирана вода,го дава неодоливиот вкус на овој пијалак.[2]

Токму тој магичен вкус ми претставуваше предизвик да направам дополнителни истражувања во делот на маркетингот, односно како *Кока-Кола* се пробива на пазарот низ годините и како самата компанија постепено и трпеливо чекор по чекор го освои пазарот на безалкохолни пијалаци, станувајќи важен член на секоја фамилија.

Со оглед на тоа дека д-р Џон С. Пембертон бил фармацевт, истиот немал никакви познавања во делот на маркетингот, па затоа неговиот пријател Френк Робинсон, ја презема целата работа во делот на промоцијата при што ја регистрира формулата на *Кока-Кола* во патент канцеларијата на САД и го дизајнира логото. Меѓутоа почетоците на пијалакот се многу тешки, не постигнувајќи никаков успех на пазарот во првата година, продавајќи само девет шишиња дневно. Да биде уште полошо, две години по нејзиното создавање починува д-р Џон С. Пембертон, кој никогаш нема да го види комерцијалниот успех на својот пронајдок.

По неговата смрт познатиот бизнисмен од Атланта, Аса Гринг Кендлер, ја презема целата работа при што *Кока-Кола* го доживува првиот успех на пазарот.

2.*Кока-Кола* маркетингот во текот на целиот 20-ти век

Првите чекори за промоција на пијалакот кои ги презел Аса Гринг Кендлер биле во 1891 година кога вработил лица кои делеле купони за бесплатна кока-кола. Неговата филозофија била дека доколку на тие лица кои го пробале пијалакот, истиот им се допаднал, ќе сакаат да го купат подоцна. Како дел од промоцијата покрај купонот, вработените делеле и календари, нотеси и постери на кои било испишано името *Кока-Кола*, обидувајќи се што повеќе да го пробие пијалакот на пазарот и истиот да го направи национален бренд.

[2] http://iml.jou.ufl.edu/projects/Spring08/Cantwell/invention.html(посетено на 20.3.2017 година)

Со цел промовирање на пијалакот надвор од Атланта во 1899 година, Бен Френклин и Томас Џозеф Вајтхед му предложиле на Кендлер да почнат со флаширање на производот. Кендлер им дал ексклузивни права на Френклин и Томас Џозеф Вајтхед за продавање на кока-кола во флаширано шише, но со услов да нема никаква промена на квалитетот и вкусот на пијалакот. Кендлер се согласил на ова, од причина што не верувал дека двајцата ќе можат да го флашираат пијалакот познавајќи го стариот метод на флаширање со чеп, без притоа да ја има на ум новата технологија, односно капачето од лим преку кое кока-колата го задржувала својот вкус и квалитет во подолг временски период.[3]

Со оглед дека флаширањето на кока-колата било успешно на почетокот на 20-тиот век, пијалакот почнал да се продава по локални продавници и супермаркети. Препознавајќи го специфичниот вкус и имајќи го предвид големиот потенцијал кој го има кока-колата, Томас Џозеф Вајтхед ги продава правата за флаширање во 1909 година на 379 фабрики низ цела Америка со што веќе следната година пијалакот го има првиот поголем успех на пазарот, препознавајќи го пијалакот по својот уникатен вкус и дизајн на шишето.

2.1. Маркетингот на *Кока-Кола* во периодот од 1920 година до 1940 година

Успехот со флаширањето и пробивањето на пазарот низ цела Америка ја прави кока-колата еден од најпрепознатливите пијалаци во периодот меѓу двете светски војни.

Со оглед на тоа што во овој период била прохибицијата во Америка и било забрането продавањето на алкохол, голем број луѓе ја користеле кока-колата како замена за алкохолот на нивните социјални средби и дружења.

Во овој период се зголемува и продажбата, па како прв маркетинг-трик на компанијата се прави пакувањето на шест шишиња во картонска кутија или популарно наречено „six pack“ , која иновација се користи и до ден денес.

Во 1929 година излегува и првиот слоган по која е позната кока-колата „The Pause That Refreshes“,(пауза која освежува) направен од Арчи Ли и истиот претставува еден од многуте успешни маркетинг-кампањи на пијалакот.

[3] http://www.coca-colacompany.com/history (посетено на 22.3.2017 година)

Во 1931 година пак, за прв пат започнува и маркетинг-кампањата на *Кока-Кола* во која се појавува и Дедо Мраз. Пред појавувањето во рекламите на *Кока-Кола*, Дедо Мраз е облечен во сина, зелена, жолта или црвена боја, но по појавувањето во рекламата сите го препознаваат Дедо Мраз како крупен човек, со румени образи, долга брада и секогаш облечен во црвен костим со црн каиш и црни чизми. Токму овој опис на Дедо Мраз станува познат во Америка и истиот претставува илустрација за Дедо Мраз која е прифатена низ целиот свет, притоа доживувајќи ги кока-колата и Дедо Мраз како едно.[4]

2.2. Маркетингот на *Кока-Кола* во периодот од 1940 година до 1960 година

Овој период на *Кока-Кола* се нарекува и златен период, од причина што се појавува телевизијата која станува голем фактор во продажбата на пијалакот. На телевизиските програми се појавуваат разни реклами кои ја претставуваат кока-колата како семеен пијалак, кој секогаш треба да биде дел од фамилијата.[5]

Интересно е да се напомене дека во овој период се појавува и нов безалкохолен газиран производ со име *Пепси*. Новиот пијалак не бил ни приближно популарен како кока-колата, но сепак *Пепси* си имал свои потрошувачи кои уживале во вкусот на новиот пијалак. Како одговор на заканата,*Кока-Кола* кон

[4] http://www.coca-colacompany.com/stories/coke-lore-santa-claus (посетено на 24.3.2017 година)
[5] http://iml.jou.ufl.edu/projects/Spring08/Cantwell/20thcent/50.html (посетено на 25.3.2017 година)

средината на педесеттите почнува со производство на поголемо шише, како и семејно шише со што рапидно се зголемува потрошувачката.

Шеесеттите години на дваесеттиот век донесоа пак, промени кај Американците. Целокупната култура на педесеттите години беше променета со Виетнамската војна, при што се појави периодот на љубов и мир кој беше промовиран од самите Американци. Со цел да остане на врвот, *Кока-Кола* прави маркетинг-кампања со нов слоган кој гласи „Things Go Better With Coca-Cola.“ (Работите ќе бидат подобри со *Кока-Кола*). Оваа кампања дополнително го зголемува профитот на компанијата, претставувајќи се на пазарот како антивоена компанија и промовирајќи мир во светот.

2.3. Маркетингот на *Кока-Кола* во периодот од 1960 година до 1980 година

Кон крајот на 1969 година, *Кока-Кола* излезе со слоганот „Real Thing“ (Вистинска работа), претставувајќи ја *Кока-Кола*, како глобален бренд. Дури и самата реклама за слоганот „Real Thing“ е снимена со група млади луѓе од целиот свет, претставувајќи ја кока-колата не само како пијалак, туку како и начин на живот.

Кон почетокот на седумдесеттите се појавува можеби и една од најпознатите реклами на *Кока-Кола* во која како главна улога се појавува рагби играчот Џо Грин. Рекламата почнува кога Џо Грин влегува во тунелот и се движи кон соблекувалната разочаран по изгубен натпревар, при што кон него притрчува младо дете кое му дава шише кока-кола како утеха. Во гест на благодарност Џо Грин му го подарува неговиот дрес. Оваа реклама е една од најуспешните реклами на *Кока-Кола* претставувајќи ја кока-колата, како глобален бренд.[6]

[6] http://www.coca-cola.com/global/glp.html (посетено на 26.3.2017 година)

2.3 Маркетингот на *Кока-Кола* во периодот од 1980 година до 2000 година

На почетоткот од осумдесеттите пазарот на безалкохолни пијалаци почнува да опаѓа, а директорите на *Кока-Кола* се прашувале дали луѓето се уморни и заситени од кока-кола. Оваа мисла, заедно со зголемената конкуренција од *Пепси,* ја поттикна компанијата да преземедрастични мерки. Со цел да остане конкурентна на пазарот, компанијата оформи тим за истражување и разви формула која ѝ даде нов вкус на кока-колата.

По извршени тестирања на група луѓе со слепи тестови за вкусови, при што им се дадени на проба „новата“ кока-кола и „класичнта“ кока-кола, тимот за истражување доби резултати дека „новата“ кока-кола има подобар вкус од класичната, па затоа се решиле целосно да го заменат производството со „новата“ кока-кола, а „класичнтата“ кока-кола да замине во историјата.[7]

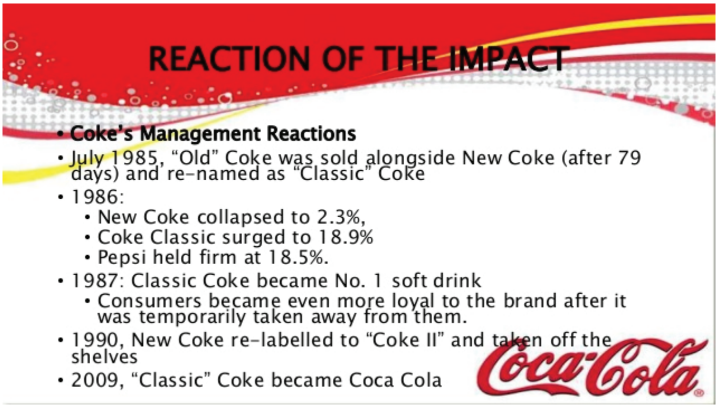
На 23 април, 1985 година, почнува производството на „новата“кока-кола, притоа предизвикувајќи гнев кај љубителите на „класичната“кока-кола. Набрзо формирани се повеќе групи и здруженија кои бараат да се врати старата формула.Во јули 1985 годинакомпанијата примала околу 8.000 повици на ден од незадоволни клиенти кои барале да се врати во производство „класичната“ кока-кола.[8]

[7] http://www.cbsnews.com/videos/1985-coca-cola-launches-new-coke/ (посетено на 27.3.2017 година)

[8] http://www.cbsnews.com/news/30-years-ago-today-coca-cola-new-coke-failure/ (посетено на 29.3.2017 година)

Проблемот со „новата“ кока-кола бил тоа што ја скршил традицијата. До 1985 година, *Кока-Кола* беше препознатлива икона со 100 годишна традиција и менувањето на вкусот едоживеано како менување на животот на луѓето. Од овие причини компанијата на 10 јули, 1985 година, најави дека „класичната“ кока-кола ќе се врати во продавниците.

Сепак познавачите на маркетинг-пазарот од тоа време укажуваат дека целата приказна околу создавањето на нова формула е вешто смислена од маркетинг-тимот на компанијата со цел да се предизвика медиумска помпа околу брендот *Кока Кола* кој во периодот на осумдесеттите бележи најслаб приход во последните 30 години. Покрај слабата продажба во тој период, втората по големина фирма за производство на безалкохолни пијалаци *Пепси* бележи најголем профит во историјата на своето постоење и до средината на 1985 година станува главен конкурент на *Кока-Кола* на пазарот.[9]



Откако е вратена во продажба „класичната“ кока-кола, до крајот на 1987 година,кока-кола повторно станува најпродаван безалкохолен пијалак, држејќи го тој примат до денешен ден. Сите овие случувања придонесоа да се развијат многу теории на заговор дека токму целата работа околу создавањето на новата формула е вешто смислена од маркетинг-тимот на *Кока-Кола* со цел да се врати на врвот на пазарот за безалкохолни пијалаци.

2.4 Маркетингот на *Кока-Кола* во периодот од 2000 година до денес

Продолжувајќи ја одличната маркетинг-стратегија, во 2006 година, *Кока-Кола* и *Кока-Кола компанија* беа рангирани на број 1 и број 2 на листата за

[9] http://www.greatideasforteachingmarketing.com/new-coke-case-study/(посетено на 30.3.2017 година)

најдобри безалкохолни пијалаци наFortune 500 листата.[10]*Кока-Кола* со текот на годините стана движечка сила во глобалниот пазар за безалкохолни пијалаци, а нејзиниот вкус е познат насекаде во светот.

Во април 2007 година, во Канада, името *Кока-Кола* се враќа на *Кока-Кола*, а зборот „класик“ беше отстранет затоа што „новата“кока-кола во 2007 година престана да се произведува, па затоа се елиминира потребата да се направи разлика помеѓу двете. Во јануари 2009 година, *Кока-Кола* запре и со печатењето на зборот „класик“ на етикетите на САД, а зборот „класик“ е отстранет од сите производи на *Кока-Кола* во 2011 година.

Целта околу повлекувањето на зборот „класик“ од производите на *Кока Кола* претставува нов маркетинг-трик на компанијата која сака да го подмлади брендот. Воедно компанијата има и нов слоган „The Coke Side of Life“ (*Кока Кола* страна на животот)[11], како и слоганот „Taste the feeling“ (вкуси го моментот)[12]. Темата на слоганот е дека кока-колата се користи цело време низ годините и истата нема никогаш никој да ја замени затоа што е составен дел од нашиот начин на живеење.

3.Заклучок

Како заклучок на сè погоре наведено можам да кажам дека *Кока-Кола* претставува еден од најголемите брендови во светот кој годишно има профит од неколку милијарди долари. Целата маркетинг-стратегија која се користела низ годините, направила компанијата да биде на врвот во производството на безалкохолни пијалаци.

Напорната работа и добриот маркетинг овозможиле од пијалак кој се продавал по 9 шишиња дневно за само 5 центи по шише, да стане глобален

[10] http://beta.fortune.com/fortune500/list/ (посетено на 3.4.2017 година)
[11] http://www.coca-colacompany.com/2016-year-in-review (посетено на 4.4.2017 година)
[12] https://us.coca-cola.com/(посетено на 4.4.2017 година)

бренд и да се продава во повеќе од 200 земји низ светот што претставува голем успех, познавајќи ги нејзините почетоци.

Токму затоа потенцирам дека не само добрата идеја, туку и стратегијата во поглед на маркетингот и пласирањето на производот се еднакво важни за успех. *Кока-Кола* е најдобар пример како еден безалкохолен пијалак преку маркетингот станува неразделен член на домот, продавајќи ја приказната за Дедо Мраз и бројните реклами кои едноставно прават да ја чувствувате кока-колата како дел од семејството.

Затоа, сè додека компанијата вложува во својот маркетинг преку создавање на нови слогани и реклами, оваа успешна приказна нема никогаш да заврши, а можеби ќе бидеи многу поуспешна во иднина.

4.Користена литература

- http://www.coca-colacompany.com/history,
- http://www.coca-colacompany.com/stories/coke-lore-santa-claus,
- http://iml.jou.ufl.edu/projects/Spring08/Cantwell,
- http://www.coca-cola.com/global/glp.html
- http://www.cbsnews.com/videos/1985-coca-cola-launches-new-coke/
- http://www.cbsnews.com/news/30-years-ago-today-coca-cola-new-coke-failure/
-http://www.greatideasforteachingmarketing.com/new-coke-case-study
- http://beta.fortune.com/fortune500/list
- http://www.coca-colacompany.com/2016-year-in-review
- https://us.coca-cola.com

LL.M. Kalin Mitreski[13]

THE INFLUENCE OF MARKETING ON WELL - KNOWN MARKS TROUGH THE EXAMPLE OF COCA – COLA

Summary

History of Coca-Cola begins in 1886 when the curiosity of a pharmacist from Atlanta, Dr. John S. Pemberton created the specific taste of this soft drink who is still recognizable today. He created a special formula, syrup, which when is mixed with soda gives the irresistible taste. That magical taste gave me a challenge to do more research in the area of marketing, as the company gradually and patiently step by step conquer the market of soft drinks. The hard work and good marketing enabled the drink that was sold in 9 bottles per day for just 5 cents per bottle to become a global brand and to be sold in more than 200 countries around the world is a great success, knowing its origins. Therefore I can say that not only a good idea but the strategy in terms of marketing and product placement are equally important for success. Coca-Cola is the best example of how a non-alcoholic drink through marketing becomes a brand that is recognized worldwide.

Key words: *Well-known marks, Coca-Cola, trademarks, industrial property.*

[13] Lawyer, PhD candidate at at Faculty of Law “Iustinianus Primus”, “Ss. Cyril and Methodius” University in Skopje.

проф. д-р Александар Љ. Спасов[1]

„ОПРАВДУВАЊЕ НА ЗЛОСТОРСТВАТА“ – ПРАВНАТА ТЕОРИЈА ВО ВРЕМЕТО НА ГЕРМАНСКИОТ НАЦИОНАЛСОЦИЈАЛИЗАМ

УДК: 340.12:321.64(430)"1933/1945"
1.01 Изворна научна статија

Резиме

Националсоцијалистичката диктатура во Германија од 1933 до 1945 година во германската и во европската историја е најстрашниот тоталитарен и репресивен режим. Нејзиното постојано истражување и откривање на сите злосторства директно или индиректно предизвикани од овој политички режим и неговите претставници претставува цивилизациска должност и на денешните генерации, иако поминаа безмалку осум децении од неговиот крај. За разлика од политичките последици, воените злосторства и злосторствата против човештвото, некои аспекти остануваат сè уште недоволно истражени или познати. Еден од тие аспекти е злоупотребата на правото и улогата на правната наука и правниците во легитимирањето на нацистичките злосторства преку первертирање на правото. Овој труд ја анализира злоупотребата на правната наука со акцент на правната теорија во Германија за времето на нацистичката диктатура во обид да се даде научна легитимација на расистичкиот режим. Во трудот се анализираат поимот на државата, поимот на правото, целите на правото, вредностите на правото, изворите на правото и толкувањето на правото онака како што првенците на правната наука во нацизмот ги презентираат во своите многубројни памфлети со кои свесно се ставаат во служба на злосторничкиот режим жртвувајќи го интегритетот на правната наука.

Клучни зборови: *германски националсоцијализам, правна наука, злоупотреба на правото, расизам, толкување на правото.*

[1] Вонреден професор на теоретски правни науки на Правниот факултет „Јустинијан Први“, УКИМ во Скопје.

1. **Вовед**

Нацистичката диктатура во Германија од 1933 до 1945 година го претставува најмрачниот период во современата германска и европска историја. Во поглед на последиците и извршените злосторства од страна на нацистичкиот режим и нивните соработници, нацистичката диктатура ги надминува сите дотогаш познати репресивни режими во историјата. Во основата на политичката идеологија на нацизмот е расизмот, односно идејата за постоење на „чиста ариевска раса" којашто во нацистичкиот светоглед има „природно право" да владее со сите останати кои не се дел од „ариевската раса". Дополнително, сите оние коишто во нацистичката идеологија се прогласени за „штетни елементи" во општеството, стануваат предмет на систематско и организирано истребување преку нивна физичка елиминација. Најпогодена заедница од оваа идеологија е еврејската заедница, но исто така цел на нацистите се и словенската и ромската популација. Систематското уништување на Евреите преку нивна физичка елиминација во логорите на смртта на дотогаш невиден начин на индустриско убивање на луѓе е познато како Холокауст и претставува најстрашна последица од нацистичкиот режим. Нацистичкиот режим е виновен за избувнувањето на Втората светска војна и за повеќе од 60 милиони жртви како и за целосното уништување на Европа и други делови од светот во секоја смисла[2].

И покрај постојаната актуелност на политичката историја на нацизмот и неговите злосторства, предметот на овој труд е специфично посветен на еден помалку познат аспект на нацистичката диктатура. Имено, веднаш по доаѓањето на нацистите на власт еден дел од германските научници во областа на правото водени од идеолошки и кариеристички мотиви ја жртвуваат правната наука, односно правната теорија во обид „научно" да ја легитимираат нацистичката репресија со што ја поставуваат подлогата за нацистичките злосторства коишто започнуваат релативно брзо по доаѓањето на нацистите на власт, а кулминираат со злосторствата сторени за време на Втората светска војна на фронтот, но особено на територииите на државите коишто биле окупирани од нацистите.

Германската правна теорија има исклучително значење за европската континентална правна традиција поради историското влијание коешто го имала и го има врз континенталното право. Континенталната правна традиција има многу предности и секако, е најзаслужна за развојот на концептот на правната држава, којшто, покрај демократското политичко уредување, е најзначајната карактеристика на државите членки на Европската Унија. Сепак, и покрај овие несомнено важни и позитивни карактеристики, континенталната правна традиција го носи товарот

[2] *Širer, V. L.,* Uspon i pad trećeg rajha: Istorija nacističke Nemačke, Beograd 2015.

на своето мрачно минато во релативно кратко, но важно време на нацистичката диктатура[3].

Во овој труд се анализира злоупотребата на правната наука, односно на правната теорија од страна на некои од најзначајните правни теоретичари во германската правна наука од првата половина на 20 век. Во трудот особено се анализираат поимот на државата и правото во нацистичката правна теорија, менувањето на концептот за изворите на правото, первертирањето на методите за толкување на правото, како и прилагодувањето на сфаќањата за целите на правото и правните вредности кон нацистичката расистичка идеологија и нивниот политички светоглед. Основната цел на трудот е да покаже како правната наука во нацизмот се претвора во инструмент на нацистичката диктатура дури и пред позначајното менување на законодавството коешто се случува од 1935 година со донесување на познатите Нирнбершки закони[4]. На тој начин правната наука не само што станува подлога за легитимацијата на подоцнежното нацистичко законодавство туку и моќен инструмент за „научно“ оправдување на целосно различното толкување на постојните законски прописи и менување на дотогашната судска практика со која започнува злоупотребата на правото и пред формалното донесување нови закони. Овој процес познатиот германски теоретичар на правото Бернд Ритерс го нарекува „неограничено толкување на правото“[5] и директно го спротивставува на тенденцијата да се обвини правниот позитивизам како особено значаен елемент на германската и континенталната правна традиција за пропаста на правната наука и правото во нацизмот, како што сугерира познатиот теоретичар и филозоф на правото Густав Радбрух непосредно по завршувањето на војната[6].

2. Политичко-идеолошката и филозофската основа на злоупотребата на правото во нацизмот

Поставувањето на Адолф Хитлер за канцелар на 30 јануари 1933 година е проследено со брза и радикална промена на политичката и државната структура

[3] *Spasov, A.,* Suočavanje posleratne Nemačke sa ne(pravom) i nepravdom nacionalsocijalizma [во:] KoPra: Kontinetalno pravo: Časopis za održiv i skladan razvoj prava, godina 3, broj 3, 2019, Beograd, стр. 53.

[4] *Koellreutter, O.,* Deutsches Verfassungsrecht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 306.

[5] *Rüthers, B.,* Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2012.

[6] *Radbruch, G.,* Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgard 1963.

на Германија. Декларираната цел на нацистите била позицијата на канцеларот да се искористи како инструмент за неограничено користење на политичката моќ со цел целосно да се промени политичкиот систем и да се прилагоди на нивниот идеолошки светоглед. Оваа тенденција почнува да се остварува уште во првите неколку месеци од нацистичкото владеење преку развластувањето на парламентот, односно Рајхстагот, забраната на политичките партии и синдикатите и ограничувањето на основните права и слободи гарантирани со Вајмарскиот устав, донесен по завршувањето на Првата светска војна со кој Германија ја замени монархијата со демократска република. Овој процес е правно овозможен преку два правни акти: „Уредбата на Рајхспретседателот за заштитата на народот и државата“ од 23.2.1933 година (попозната како „Уредбата за пожарот на Рајхстагот“) како и „Законот за справување со итната состојба за народот и Рајхот“ од 24.3.1933 година (попозната како „Законот за вонредните овластувања“). Со наведената Уредба значајно се ограничиле граѓанските права и слободи гарантирани со Уставот. Со наведениот Закон ѝ се овозможило на владата, односно на Адолф Хитлер да владее без парламентарна контрола преку забраната на политичките партии[7]. Преку овие два акта се поставуваат темелите на нацистичката диктатура.

Нацизмот во својата идеологија целосно го заменува концептот на правото како инструмент за одржувањето на социјалните врски меѓу луѓето и општествената кохезија во инструмент за остварување на „државните цели“ на националсоцијалистичката држава. Оваа задача правото ја добива врз основа на биолошко-расистичката основа на нацистичката идеологија која со нивното доаѓање на власт станува државна идеологија и државна цел. Во таа смисла правото станува инструмент на новиот поредок и новата власт за исклучување од правниот поредок и со тоа од „народот“, односно од општествената заедница на сите оние коишто не се вклопуваат во нацистичкиот расистички светоглед. Примарната задача за остварување на таа цел ја добива правната наука која станала инструмент за легитимирање на новото сфаќање на поимот на правото и неговата содржина прилагодено на нацистичката идеологија и судиите кои преку судската практика требало да им дадат сосема ново значење на постојните правни норми преку нивно толкување во насока на сфаќањата на нацистичката идеологија[8].

Идејната подлога на оваа нагло свртување од дотогашното сфаќање

[7] *Pauer-Studer, H.,* Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 15.

[8] *Rüthers, B.,* Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2012.

на поимот на правото и на правната наука е постојаниот конфликт меѓу две струи во германската филозофија. Едната струја на неохегелијанците поаѓа од етизирањето на државата од страна на Хегел, односно од нејзиното поимање како остварување на идејата на светскиот дух и како етичка творба. Другата струја на неокантијанците поаѓа од раздвојувањето на моралот од позитивното право во филозофијата на Кант. Од првата струја се создава „Школата на слободното право“ којашто во своите сфаќања смета дека улогата на судиите е да го „оживуваат“ правото давајќи му ја вистинската смисла преку судската практика. Од втората струја се создава школата на правниот позитивизам во чијашто основа е сфаќањето дека улогата на правниците и особено на судиите е примена на важечкото право онакво какво што е, бидејќи правото е резултат на волјата на законодавецот, а улогата на судијата е строго придржување кон востановеното толкување на прописите и нивна примена врз поединечните случаи[9].

Оваа апстрактна правнофилозофска расправа всушност станува инспирација за еден од првенците на нацистичката правна теорија и злогласниот обвинител пред т.н. „Народен суд“ Роланд Фрајслер да го употреби учењето на „Школата на слободното право“ за напуштање на дотогаш водечката теорија на позитивното право и за давање нова улога на судиите во процесот на праворадавањето. Така, Фрајслер вели дека „законодавецот и судијата, кои и обајцата го создаваат правото, се наоѓаат во меѓусебен слободен редослед, но судијата го извлекува правото од втората рака тогаш кога законодавецот јасно го создал. Но, и тој треба и може да пристапи кон изворот на спознанието. Наместо стриктната уставност, настапува исклучивата врзаност на судијата за законот како резултат на довербата што му е дадена од Фирерот за вршење на службата“[10]. Во однос на вајмарскиот устав, Фрајслер констатира дека „вајмарскиот устав е заменет од една уставна стварност којашто создава исклучиво врзаност на судијата за законот во една слободна правна стварност“[11]. Конечно, и најочигледно, Фрајслер констатира дека „судиите и законодавците се еднакви во положбата и еднакви во одговорноста како носители и управувачи со волјата на народната заедница и на Фирерот“[12].

[9] *Behrends, O.,* Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken [во:] *Dreier, R., Sellert, W.,* Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt am Main, 1989, стр. 38–40.
[10] *Behrends, O.,* Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken [во:] *Dreier, R., Sellert, W.,* Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt am Main, 1989, стр. 36.
[11] *Behrends, O.,* Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken [во:] *Dreier, R., Sellert, W.,* Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt am Main, 1989, стр. 37.
[12] *Behrends, O.,* Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken [во:] *Dreier, R., Sellert, W.,* Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt am Main, 1989, стр. 37.

Од наведените цитати можеме да заклучиме дека во нацистичкото сфаќање за основата на правото е первертирано спојување на правниот позитивизам („врзаноста за законот“) со германската варијанта на природноправните сфаќања („Школата на природното право“) со цел да се инструментализира правото заради остварување на нацистичките политички и идеолошки цели. Имено, од една страна се пропагира „ослободување“ на судиите од нивната врзаност за Вајмарскиот устав бидејќи неговата релативно демократска природа особено во поглед на правата и слободите на граѓаните не им одговарала на нацистите. На таков начин на судиите им се дава „борбена“ улога во материјализирањето на наводната „нова уставна стварност“ преку толкување на постојните норми создадени пред доаѓањето на нацистите на власт во насока на остварување на „волјата на фирерот и на народната заедница“ при нивна примена, односно пресудување во поединечни случаи. Од друга страна, на судиите им се наложува цврста врзаност за законите што се создадени од законодавецот по доаѓањето на нацистите на власт бидејќи се сметало дека самиот законодавец веќе ја материјализирал „волјата на фирерот и народната заедница“ преку новосоздадените правни норми. Оваа навидум шизофрена ситуација не е нималку случајна. Со неа нацистите сакале да постигнат брза промена на претходниот правен поредок без за нив „непотребно“ одолговлекување чекајќи да се донесат нови закони, а и без да се менува постојниот устав.

Имајќи го ова предвид заклучокот на Густав Радбрух во неговата „Филозофија на правото“ непосредно по војната дека исказот „Законот е закон“ ги лишил од одбрана правниците пред налетот на нацистите е само делумно точен[13]. Веќе споменатиот Бернд Ритерс низ бројни примери особено при толкувањето и примената на Граѓанскиот законик на Германија од страна на судиите во нацизмот[14], кој иницијално е создаден во 19 век и многу малку променет од нацистите, освен во делот на семејството и наследувањето, покажува дека нацистичката нова квазиправна теорија е шизофрен амалгам од дотогашните теоретско-правни и правно-филозофски сфаќања. Но, во практична смисла оваа правна еклектика има јасна и недвосмислена инструментална цел, а тоа е легализирање и легитимирање на злосторничкиот режим и на неговите подоцнежни недела.

3. Поимот на државата и правото и концептот на изворите на правото во нацистичката правна теорија

[13] *Radbruch, G.,* Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgard 1963.
[14] *Rüthers, B.,* Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2012.

За разлика од либералното сфаќање на државата како заедница на граѓани обединети преку правниот поредок и правото како волја на законодавецот кој истовремено е претставничко тело на граѓаните (волунтаристички концепт за правото), нацистичката правна теорија воведува сосема нови елементи во поимите на државата и правото.

Така, Ханс Франк, основачот на Академијата за германското право и подоцнежен „генерален гувернер“ по нацистичката окупација на Полска во 1939 година, во својот вовед кон книгата „Националсоцијалистички прирачник за право и законодавство“ од 1935 година истакнува дека националсоцијалистичката политика изискува „обезбедување на германскиот народ и во една националсоцијалистичка правна држава, изграден врз мислата на Фирерот, преку остварување на националсоцијалистичката програма“. Франк заклучува дека основната задача за нацистите е да го изградат правото „од народот“ и да ја поставаат државата како средишен елемент во животот на народот. Тој смета дека правото и државата не се „цел самата за себе“, туку „средство за постигнување на целта“. За него нацистичката правна мисла не може да произлегува од „правото чијашто содржина произлегува од апстракции што не се засновани врз крвта“[15]. Конечно, заклучува дека „сѐ она што му користи на народот е право, а сѐ она што му штети е неправо“[16], поаѓајќи од ставот дека правото не е израз на поединечните интереси, туку на „народниот интерес“.

Во оваа насока Ханс Франк ги дефинира и елементите на нацијата коишто тој ги нарекува „суштински вредности“. Според него тие „вредности“ се државата, расата, земјата, работата, честа, културно-духовните вредности и одбранбената сила. За остварување на овие „суштински вредности“ Ханс Франк го воведува „фирерскиот принцип“ при што Фирерот е истовремено и подреден на правото, но и „врховен судија“ на нацијата и како таков тој е повикан во одлучувачки ситуации да ја заштити нацијата од „престапничките напади“ и на тој начин да го оживее правото за вонредни ситуации на нацијата[17].

Во слична насока настапува и Рајнхард Хен кој правото, според новата германска правна теорија, го дефинира „не како нормативен систем

[15] *Frank, H.,* Einleitung zum „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 141.

[16] *Frank, H.,* Einleitung zum „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 142.

[17] *Frank, H.,* Einleitung zum „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 143–145.

или збир на вредносни сфаќања, туку како поредок на заедницата“[18]. Хен ламентира дека „националсоцијализмот го поставува правото над законот“[19]. Оваа изјава која е многу слична со природно-правните концепти на правото и правдата не треба да нѐ однесе во погрешен правец на резонирање. За нацистите правото не се заснова врз разумните и општите принципи на правдата како кај претставниците на природно-правните концепти. Напротив, за нацистичката правна теорија правото извира од конкретниот „народен дух“, односно од наводното единство на поредокот на еден народ сфатен во „расно биолошка смисла“.

За да нема сомневање во вистинските намери на нацистите во однос на правото, познатиот предвоен и поствоен правен теоретичар и цивилист Карл Ларенц се оградува сфаќањата за правото на нормативизмот кој инсистира на логичната и кохерентната внатрешна структура на правниот поредок како во поглед неговата форма, така и во поглед на неговата содржина. Ларенц заклучува дека правото е „вистински постоечки начин на живот на заедницата“. Тоа е форма која на зедницата не ѝ е само наметната однадвор туку се живее од заедницата и преку заедницата секогаш одново се манифестира[20].

Идејата на нацистите за „народниот принцип“ како основа на целокупниот државно-правен поредок се огледа и во делото на Ото Коелројтер во неговото дело „Основи на општото учење за државата“ од 1933 година. Објаснувајќи ја суштината на државната власт, Коелројтер заклучува дека „основата на секоја држава е народното битствување. Овие политички темели на државата се врамени во просторот и народот“. Според него, идејата на „ние“ како целоста на народот е крајната цел на политичка сила на секое политичко уредување[21]. Ернст Форстхоф зборува за „народниот поредок“ како основа на „тоталната држава“[22], додека Густав Адолф Валц „новиот Рајх“ го определува како „народна фирерска држава“[23]. Овој навидум нелогичен конструкт е објаснет

[18] *Höhn, R.,* Volk, Staat und Recht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 161.
[19] *Höhn, R.,* Volk, Staat und Recht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 163.
[20] *Larenz, K.,* Deutsche Rechtserneureung und Rechtsphilosophie [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 169.

[21] *Koellreutter, O.,* Grundriss der Allgemeinen Staatslehre [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 263.
[22] *Forsthoff, E.,* Der totale Staat [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 269.
[23] *Walz, G. A.,* Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014,

преку разграничувањето на народ во формална смисла (нација како население, односно граѓани) и народ во расно-културна смисла, со што идејата на нацистите станува многу појасна. „Принципот на Фирерот“ е всушност негација на поделбата на власта како еден од темелните принципи на демократските и либералните правни поредоци. Тој ги поставува едниот наспроти другиот принцип заклучувајќи дека „секое спротивставено поставување на општеството и државата“ е „решено“ во националсоцијалистичкиот поредок[24].

Во однос на изворите на правото, нацистичката правна теорија повторно создава амалгам од класичните извори и идеолошките принципи на националсоцијализмот. Во рамките на идеолошките принципи се „принципот на Фирерот“ и принципите на „народната волја и народниот дух“ и во рамките на нив „објективно живиот правен поредок“. Иако навидум овие два принципа изгледаат потенцијално спротивставено, сепак кај нацистичките правни теоретичари нема дилема што преовладува. Најпознатиот правен теоретичар пред и за време на нацизмот и авторот на Законот за вонредните овластувања – Карл Шмит, во неговиот памфлет од 1934 година заклучува дека „Фирерот е заштитник на правото“. Во оваа смисла тој го дефинира Фирерот како „врховен господар на правото на германскиот народ“ констатирајќи дека од „фирерството“ произлегува и „судската функција“ и дека вистинскиот Фирер секогаш е и судија[25]. Во таа смисла и Ерих Бекер го дефинира „фирерството“ како правен принцип велејќи дека тој принцип не може да се замисли без заедницата која тој ја дефинира како „заедница на волјата“, а нејзината „подготвеност да биде водена како основа на вистинското фирерство“[26].

Ото Коелројтер ја негира „формалистичката“ дефиниција на изворите на правото велејќи дека во националсоцијализмот последниот и највисокиот извор на правото е „националсоцијалистичката идеја за правото, која својот одраз го има чувството за правото кај народот“[27] Сепак, оваа прилична апстрактна идеја за „идеи и чувства“ наоѓа сосема јасна „материјализација“ во делото „Законодавство и народна волја“ кај Ернст Рудолф Хубер кој го поставува Фирерот како единствен законодавец кој ја вообличува народната волја

стр. 298–230.

[24] *Walz, G. A.,* Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 298.

[25] *Schmitt, K.,* Der Führer schützt das Recht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 326.

[26] *Becker, E.,* Diktatur und Führung [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 320–321.

[27] *Koellreuter, O.,* Deutsches Verfassungsrecht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 347–348.

во форма на закони[28].

Конечно, во поглед на уставноста Коелројтер оди толку далеку и ја дефинира хиерархијата на акти со уставно значење така што можеме да констатираме дека првенците на нацистичката правна теорија, во практична смисла, заземајќи активна улога во нацистичката диктатура целосно го дискредитираат уставно-правниот поредок воспоставен со Вајмарскиот устав. Според Коелројтер, хиерархијата на актите со уставно значење во „Фиреровата држава“ е со следниот редослед. Први се веќе споменатите уредба и закон за вонредните овластувања, потоа Законот за народниот плебисцит, потоа Законот за обезбедувањето на единството меѓу партијата и државата, Законот за повторното уредување на Рајхот, Законот за државниот поглавар на германскиот Рајх, Законот за управување со Рајхот, Законот за општините, Законот за создавањето на вооружените сили (Вермахт), Нирнбершките закони (Законот за знамето на Рајхот, Законот за граѓанството на Рајхот и Законот за заштита на германската крв и германската чест) и Законот за германските службеници[29].

На тој начин нацистичката правна теорија целосно ја напушта уставноста како концепт воведувајќи принципи на т.н. „органска уставност којашто произлегува од народното и државното битисување“. Во стварноста, нацистичката правна теорија ја легитимира целосната ликвидација на уставноста како основна карактеристика на правната држава и наместо неа воведува принцип на лична диктатура која, според нив, ги отелотворува народниот дух и народната волја како замена за концептот на цивилизираната правна држава.

4. **Заклучок**

Правната теорија, односно правната наука и правните теоретичари имаат голема улога во воспоставувањето, зацврстувањето и легитимирањето на нацистичката диктатура. Овие процеси се особено изразени во првите пет години од нацистичката диктатура, односно до почетокот на Втората светска војна. Правните теоретичари, но и правните практичари, а особено судиите, целосно се ставаат во служба на нацистичкиот режим помагајќи ја неговата консолидација по доаѓањето на власт со поставувањето на Адолф Хитлер за канцелар во јануари 1933 година. Правните теоретичари ги напуштаат сите дотогаш важечки принципи и методи на правната наука и создаваат квазиправна

[28] *Huber, E., R.,* Gesetzgebung und Volk [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 332.

[29] *Koellreuter, O.,* Deutsches Verfassungsrecht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014, стр. 306.

теорија и правна филозофија создавајќи амалгами од идеи преку злоупотреба на филозофски концепти или потполно измислување на теоретски рамки, правно резонирање и аргументација коишто се вклопувале во нацистичката идеологија и светоглед.

Во еден дел се работело за признати правни теоретичари од преднацистичкото време коишто целосно ги напуштаат и научните, но и етичките рамки на својата професија и го „позајмуваат“ својот авторитет на нацистичкиот режим. Кај судиите особено запрепастува монструозното извртено толкување на законите во коишто нормите после доаѓањето на власт на нацистите добиваат сосема поинакво значење преку вметнување на содржина користејќи квазинаучни методи за толкување претходно внесени во правната наука од страна на научниците.

Нацистичките злосторства остануваат актуелно предупредување за целиот цивилизиран свет за опасноста од политичкиот екстремизам. Но, предавството на научниците освен што е неизбришлива дамка врз нивниот интегритет, туку е и најдобар доказ дека војните, страдањата и злосторствата се поттикнуваат не само преку оружјето туку и преку навидум мирниот свет на интелектуалната работа. Злосторството на интелектуалците, во етичка смисла, не е ништо помало од злосторствата на првенците на нацистичкиот режим.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Becker, E., Diktatur und Führung [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Behrends, O., Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken [во:] *Dreier, R., Sellert, W.,* Recht und Justiz im “Dritten Reich”, Frankfurt am Main, 1989.

Forsthoff, E., Der totale Staat [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Frank, H., Einleitung zum „Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung“ [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Höhn, R., Volk, Staat und Recht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Huber, E., R., Gesetzgebung und Volk [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,*

Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Koellreutter, O., Deutsches Verfassungsrecht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Koellreutter, O., Grundriss der Allgemeinen Staatslehre [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Larenz, K., Deutsche Rechtserneureung und Rechtsphilosophie [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Pauer-Studer, H., Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Radbruch, G., Rechtsphilosophie, 6. Aufl., Stuttgard 1963.

Rüthers, B., Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 2012.

Schmitt, K., Der Führer schützt das Recht [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Spasov, A., Suočavanje posleratne Nemačke sa ne(pravom) i nepravdom nacionalsocijalizma [во:] KoPra: Kontinetalno pravo: Časopis za održiv i skladan razvoj prava, godina 3, broj 3, 2019, Beograd.

Širer, V. L., Uspon i pad trećeg rajha: Istorija nacističke Nemačke, Beograd 2015.

Walz, G. A., Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? [во:] *Pauer-Struder, H., Fink, J.,* Rechtfertigungen des Unrechts, Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, Berlin 2014.

Prof. Dr. sc Aleksandar Lj. Spasov

Abstract

The national socialist dictatorship in Germany between 1933 and 1945 is the most horrific totalitarian and repressive regime in the German and the European history. The continuous research and revealing of all crimes, directly or indirectly committed by the representatives of this regime is a civilizational duty also of the present generations although almost eight decades passed since its end. In contrary to the political consequences, the war crimes and the crimes against humanity, some aspects are still insufficiently researched and known. One of those aspects is the abuse of law and the role of the legal science and the lawyers in legitimizing the Nazi crimes committed through the legal perversion. This article analysis the abuse of the legal science with emphasis on the legal theory in Germany during the national socialist dictatorship to create scientific legitimation of the racist regime. In the article are analyzed the notion of the state, the notion of the law, the goals of the law, the values of the law, the interpretation of the law in the way that the frontrunners of the legal science during the Nazism presented them in their pamphlets intentionally putting themselves in service to the evil regime by scarifying the integrity of the legal science.

Keywords: *German national socialism, legal science, abuse of law, racism, interpretation of law.*

д-р Жанета Трајкоска[1]
д-р Маја Блажевска-Евросимоска[2]

ВРАЌАЊЕ НА ДОВЕРБАТА ВО МАКЕДОНСКОТО НОВИНАРСТВО ПРЕКУ ВОВЕДУВАЊЕ НА ПРИНЦИПИТЕ НА КОНСТРУКТИВНО НОВИНАРСТВО

УДК: 316.774(497.7)
1.02 Прегледна научна статија

Резиме

Медиумските истражувања во Македонија покажуваат сериозна недоверба на граѓаните кон медиумите, но, и висок процент на граѓани кои воопшто не следат или селективно следат дневни вести. Медиумите се наоѓаат на листата институции со ниска до умерена доверба во општеството, појава која не е различна од глобалните трендови и е последица на кризата во која се традиционалните медиуми. Во нив доминираат негативност и премисата „само лошата вест е добра вест“. Ситуацијата е посебно изразена со популарноста на социјалните медиуми кои се преплавени со т.н. кликбејт содржини, најчесто пласирани од портали кои покрај вести, креираат содржини чија цел е да „ловат“ посети, а често тоа го прават преку објавување на квази и лажни вести. Прашањето кое се анализира и истражува во овој текст е дали е можно зголемување на довербата во медиумите и новинарските содржини преку употреба на концептот на конструктивно новинарство, односно барање различни гласови кои водат кон одговори на одредени случувања во општеството. Освен теоретската основа на концептот, направена е и анкета со 80 новинари и уредници од македонските медиуми, чии одговори даваат увид во тоа колку медиумските професионалци го разбираат концептот на конструктивно новинарство и дали во него гледаат можност за враќање на довербата во медиумите.

Клучни зборови: *конструктивно новинарство, медиуми, доверба, решение, ефекти, професионални стандарди, етика.*

---

[1] Македонски институт за медиуми (МИМ).
[2] Новинарка во телевизијата Al Jazeera Balkans“.

1. ВОВЕД

Една од премисите на новинарството е дека тоа е коректив на општеството, а новинарите преку различни гласови и презентирање разнообразни гледишта ги претставуваат сите граѓани и овозможуваат плуралност во јавниот простор. За жал, денешното новинарство е во најголем дел негативно и брзо, оневозможувајќи им на граѓаните да добијат аналитичен пристап за одредена тема од јавен интерес и/или потенцијални решенија. „Брзото“ новинарство носи површен пристап и естраден начин на обработка на темите од јавен интерес, посебно оние кои може да се „зачинат“ со конфликтни изјави од политичари и експерти, или да се исценира или филмува некоја вест од „црна хроника“. Наместо плурализам на граѓански гласови кои можат да доведат до решенија и да го придвижат општеството нанапред, медиумскиот простор во Македонија е пополнет со површна политичка дебата чијашто првенствена цел е гледаноста и театралноста во изразот. Од друга страна, присутни се програми во кои, под премисата „да се слушне гласот на народот“ се вклучуваат гледачи кои го користат јавниот простор и учествуваат во неговото креирање без воопшто да се има предвид нивната стручност и компетентноста за одреденото прашање. Медиумскиот пејзаж во Македонија го дополнуваат и ниско буџетски телевизиски серии најчесто од Турција, и музички емисии со шунд програма, слично како и во другите држави од Регионот. Долгорочните економски и политички притисоци доведоа до силна автоцензура меѓу новинарите, па „тешките“ теми се избегнуваат, а најчесто зад тоа стои политиката на незамерување со локалните моќници, со кои сопствениците и уредниците се блиски и клиентелистички врзани. Овој рецепт создава анемична медиумска понуда и социјална реалност во која доминира безнадежност и апатија во која луѓето немаат чувство дека нешто некогаш може да се смени.

Во Македонија во последните години, со промената на власта во 2017 година, постои одреден напредок во делот на истражувачкото новинарство, но, тоа се мали поместувања, кои сè уште не го вршат притисокот за институционална реакција, толку потребен во македонското општество. Сето ова придонесува за ниската доверба во медиумите, и граѓанска недоверба во новинарските содржини, но, и бегање од дневните вести на т.н. традиционалните медиуми.

Во овој општествен контекст, тука ќе го анализираме препознавањето на концептот и потребата од воведување на конструктивното новинарство како предуслов за враќање на довербата во медиумите.

2. КОНСТРУКТИВНОТО НОВИНАРСТВО ПОМЕЃУ АГЕНДА СЕТИНГ И ГРАЃАНСКИОТ АКТИВИЗАМ

Конструктивното новинарство станува препознатливо и актуелно последните години, а неговите теориски основи можат да се најдат во теоријата за медиумско влијание, поточно во теоријата на поставување агенда (agenda setting) и врамувањето (framing).

Поставувањето агенда е процес во кој масовните медиуми претставуваат одредени прашања, често и видливо, па како резултат на тоа, голем дел од публиката смета дека тие прашања се поважни од останатите.[3] Оваа теорија се однесува на селекцијата на вести која ја прават глобалните медиуми и на моќта што тие ја имаат да ставаат или тргаат теми од дневен ред на кои публиката ќе го насочи своето внимание.

Во теоријата постои и терминот „агенда билдинг", која се однесува на колективниот процес во кој медиумите, владата и граѓаните реципрочно влијаат едни на други, процес кој подразбира активна публика, но и ефекти на општествено ниво, односно, дека медиумите можат длабоко да влијаат врз тоа како општеството ги одредува важните интереси и проблеми, истовремено мобилизирајќи различни институции за нивно решавање. Критиките кои се однесуваат на оваа теорија се во можноста медиумите на својата агенда да ставаат настани коишто се во интерес на политичките елити, а не оние од јавен интерес и со тоа придонесуваат кон штитење на владејачките идеологии и одржувањето на статус кво во општеството.

Врамувањето или „framing" се дефинира како начин на кој се организирани настаните и проблемите и како медиумите ја наоѓаат смислата, во одбирањето, да се истакне некој аспект на забележување на реалноста.[4] Во поголем дел од новинарството доминира врамувањето на конфликти и негативност[5], повеќето луѓе повеќе сакаат негативни вести затоа што имаат посилно влијание за разлика од позитивните. Според Мекинтајр (McIntyre) и Гилденстед (Gyldensted), конструктивното новинарство е нова форма на новинарство која вклучува примена на техники на позитивна психологија во процесите и продукцијата на вести во обид да се создаде продуктивно и привлечно известување, додека се држи до суштинските функции на новинарството. Конструктивно новинарство

[3] Coleman, R.; McCombs, M.; Shaw, D.; Weawer, D. (2009) Agenda Setting, The handbook of journalism studies, NY: Routledge, str. 147.

[4] Ibid, стр. 150.

[5] McIntyre K. And Gyldensted C (2017) Constructive Journalism: Applying Positive Psychology Techniques to News Production, The Journal of Media Innovations 4.2, стр. 20.

подразбира да се воведат позитивни елементи во конвенционалното известување, останувајќи посветен на точноста, вистината, балансот, а кога е потребно и на критицизмот, а истовремено да се известува на поангажиран и зајакнувачки начин и да се даде простор на акциите кои ќе доведат до решение. Целта на овој конструкт е читателите и корисниците на медиумските содржини да се чувствуваат позитивно и инспирирано откако ќе ја прочитаат приказната, да не се избегнуваат проблемите, туку да се изнајдат други агли на начинот на кој се известува за приказната.

Според Бон Институтот, конструктивното новинарство се фокусира на решенијата (на одговорите, доказите, увидите и ограничувањата), на мноштвото перспективи (различностите, комплексноста, аглите), како и на конструктивниот дијалог (заедништвото, емпатичниот интерес, независноста и гледањето напред).[6] Приодот кон решението е телото на приказната, а не „светлото на крајот на тунелот", во таа насока и постоење на вистинска ефикасност на идејата, но, истовремено и ограничувањата треба да се претставaт критично како што и доказите се претставуваат во истражувањето. Конструктивниот дијалог ја има предвид иднината, прашува „како понатаму" и „до каков крај", или, како што би рекол психотерапевтот и пионер на теоријата за креирање решенија Стив де Шезер (Steve de Shazer) „зборувањето за проблеми креира проблеми, зборувањето за решенија креира решенија".[7] Според дефиницијата на Академијата на Дојче Веле: конструктивното новинарство е иновативен пристап во раскажувањето приказни кој може да го прошири начинот на кој луѓето ги перципираат проблемите.[8] Овие приказни се фокусираат на инспиративни решенија и критички го оценуваат нивното влијание наместо да се фокусираат само на проблемите. Конструктивните приказни можат да ги инспирираат луѓето да го преиспитаат својот пристап, па дури и постапки. Посебно е важно во услови на глобални кризи, како сеприсутните дезинформации, влијанието на вооружените конфликти и војните, како и климатските промени.

Конструктивното новинарство делумно има слични карактеристики со граѓанското новинарство, но, за да биде конструктивно, треба да се применат неколку позитивни психолошки стратегии кои пак, можат да разликуваат неколку гранки на конструктивното новинарство, како, на пример: новинарство за решенија, перспективно новинарство, мировно

---

[6] What is constructive journalism, Bonn Institute, https://www.bonn-institute.org/en/what-is-constructive-journalism.

[7] Ibid.

[8] What is constructive journalism?, DW Akademie, https://akademie.dw.com/en/constructive-journalism/s-57736859 .

новинарство и ресторативен наратив.[9]

The Солушнс џурнализам нетворк (Solutions Journalism Network – SJN) наведува дека новинарството кое се занимава со одговори, вклучува неколку елементи: одговор, односно се фокусира на одговори на социјални проблеми и на тоа дали и колку тој одговор имал или немал влијание; увид, односно што може да биде научено од одговорот и зошто тоа е важно за публиката; доказ или податоци и квалитативни резултати за постоење или непостоење докази и на крајот/ограничувања, ги става одговорите во контекст.[10] Не е доволно само да се воочи проблемот и да се замоли некој стручњак како соговорник да ги даде потенцијалните предлози што треба да се направи, туку потребно е да се истражи и аргументирано да се претстават постоечки решенија и како тие во одреден контекст навистина функционираат, колку се успешни, кои се потенцијалните проблеми во нивната примена и какво е влијанието на тие на кои се однесува конкретниот проблем, односно колку предложеното решение го подобрува нивниот живот.[11]

Меѓу теоретичарите постои дилема дали конструктивното новинарство претставува посебен вид новинарство, или пак, се подразбира дека секое „добро новинарство“ треба да е такво? И до сега може да се идентификуваат одредени форми на самокорекција на новинарството, на пример, мировното новинарство, движење инспирирано од мирот и истражувањата на конфликтите, како и медијативното новинарство кое се вдлабочува во процесот на мировна медијација во меѓународните конфликти.[12] На таков начин во раните 90-ти години на минатиот век се роди граѓанското новинарство кое најпрвин било фокусирано на изборниот процес, за подоцна да се фокусира и на други теми како буџетирање или контроверзии меѓу етнички групи.

Новинарството кое бара решенија е форма на објаснувачко новинарство кое може да служи и како форма на известување за набљудување, истакнувајќи ги ефективните одговори на проблемите како би се забрзале реформите во области во кои луѓето или организациите не успеваат адекватно да одговорат, посебно кога се достапни подобри

[9] McIntyre K. And Gyldensted C (2017) Constructive Journalism: Applying Positive Psychology Techniques to News Production, The Journal of Media Innovations 4.2, стр. 20.
[10] Solutions journalism network, https://www.solutionsjournalism.org/.
[11] Turčilo L., Solution journalism i mogućnost njegove primjene u BiH, https://media.ba/bs/magazin-novinarstvo/solution-novinarstvo-i-mogucnost-njegove-primjene-u-bih.
[12] Ahva, L. & Hautakangas, M. (2018) Why Do We Suddenly Talk So Much About Constructiveness? Journalism Practice, 12(6), 657-661. https://doi.org/10.1080/17512786.2018.1470474.

опции.[13]

Во конструктивното новинарство е важно да се разработуваат приказни кои имаат посебна општествена важност и да се портретира светот на „поточен начин" преку опфаќање и на позитивните и негативните прашања и давање на повеќе перспективи.[14] Конструктивното новинарство не претендира да ја елиминира драмата или конфликтот како вредност на вестите затоа што доколку го направи тоа, ќе го замати известувањето, туку цели да развие конструктивни елементи во новинарското работење кои ќе дозволат презентирање сеопфатни и пропорционални вести.[15] Воведувањето на премисите на конструктивно новинарство во медиумите не значи напуштање на традиционалниот начин на работа на медиумите, туку тоа е комплементарен процес, новинарите продолжуваат да истражуваат и критички да анализираат. Конструктивното новинарство е одговор на зголемената таблоидизација, сензационализмот и склоноста кон негативизам на медиумите.

Конструктивното новинарство потекнува од северот на Европа. Данските новинари научија да идентификуваат и продуцираат добри приказни благодарение на алатката наречена AVIS-K, букви кои на дански јазик означуваат пет критериуми за вести: навременост, важност, идентификација, сензација и конфликт. Како цел на овој вид новинарство се наведува придонесот кон демократијата преку критично, конструктивно новинарство, фокусирање на решенијата, не само да се прикаже проблемот, туку да се бараат можни решенија, да се покриваат нијанси, стремење кон најдобрата достапна верзија на вистината, да се види светот од различни перспективи и да се промовира демократска конверзација.[16]

Ексклузивноста, негативноста, конфликтите, спектаклот, па дури и забавата најчесто одредуваат кои вести и приказни се атрактивни за објавување. Меѓутоа, во овие одредби лежи и причината зошто новинарите некогаш избегнуваат важни приказни кои може да придонесат кон поздрава општествена клима. Климатските промени се еден пример. Новинарите

---

[13] Curry AL, Hammonds KH (2014) The power of solutions journalism, Solutions Journalism Network/Engaging News Project, стр.6 https://mediaengagement.org/wp-content/uploads/2014/06/ENP_SJN-report.pdf.

[14] Poort M. (2017/2018) Constructive journalism: An answer to the negativity of the news? A focus group study on the view on and the effects of constructive journalism in European setting, Södertörns University | Institute of Journalism стр. 7.

[15] Serrano-Puche, J. (2020) Constructive Journalism: a response to users' motivations for news avoidance стр. 169.

[16] Lund Jørgensen K, Risbro J. (2022) Handbook for constructive journalism, IMS Media Learning Hub стр. 3.

пишуваат за нив кога се случува настан поврзан со оваа тема.[17] „Начинот на кој новинарите ги селектираат, врамуваат и раскажуваат приказните, преку фокусирање на драматични настани и проблеми, а ретко на она што е функционално, на публиката ѝ дава дисторзирана слика на светот, слика во која проблемите ретко се решливи“.[18] Луѓето, посебно во текот на драматични настани, природни непогоди или конфликти се вртат кон големите медиумски куќи, па така во 2016 година, од дваесет топ вести дури деветнаесет биле драматични негативни вести. За разлика од драматичните настани, решенијата се обично бавни, за нив е потребно повеќе време и не ерупираат како што е случајот со драматичните вести.

Решенијата потекнуваат од различни извори, вклучувајќи добротворни и невладини организации, национални и локални влади, меѓународни агенции, бизниси, социјални претприемачи, тинк-тенкови и посебно од заедниците коишто се погодени од проблемот. Новинарството фокусирано на решенија не значи поттикнување на публиката, на луѓето да бидат активисти, туку како таа одговара на предизвиците како агенти на позитивните промени. Британскиот јавен сервис Би-би-си како алатка го користи новинарството фокусирано на решенија, иако не ја минува линијата да стане адвокат на промените.[19]

Студија во САД, квазиексперимент на Солушнс џурнализам нетворк (Solutions Journalism Network) и Енгеџинг њуз проџект (Engaging News Project), на примерок од 755 возрасни американски граѓани[20] покажува дека читателите на текстови во кои има вклучено новинарство кое бара решенија, гледаат на нив како на различни содржини во однос на типичните вести, имаат перцепција дека добиле поголемо знаење за проблематиката којашто е во текстот и се чувствуваат поинформирани за проблемот. Испитаниците одговориле дека текстот го зголемил нивниот интерес за проблемот, веруваат дека можат да придонесат кон решение на проблемот и дека текстот влијаел врз нивното мислење за проблемот и дека се чувствувале инспирирани и оптимисти по читањето на текстот.

3. ПАД НА ДОВЕРБАТА ВО МЕДИУМИТЕ

[17] Poort M. (2017/2018) Constructive journalism: An answer to the negativity of the news? A focus group study on the view on and the effects of constructive journalism in European setting, Södertörns University | Institute of Journalism стр. 20.

[18] Kasriel E. Why we need Solutions-Focused Journalism, https://www.bbc.co.uk/blogs/academy/entries/be8991c7-c1c7-42e6-a371-f40278838fa2.

[19] Ibid.

[20] Curry AL, Hammonds KH (2014) The power of solutions journalism, Solutions Journalism Network/Engaging News Project, стр.1 https://mediaengagement.org/wp-content/uploads/2014/06/ENP_SJN-report.pdf.

Глобален феномен станува фактот дека луѓето избегнуваат информации за актуелни случувања, а дел од причините е нивното негативно влијание врз расположението, но и генералната недоверба во медиумите.

Извештајот за дигитални вести на Ројтерс институтот од 2023 година[21], покажа дека е зголемен бројот луѓе кои селективно избегнуваат значајни вести, како, на пример, пандемијата со коронавирусот, руската инвазија на Украина или кризата со инфлацијата. 38 % од анкетираните рекле дека понекогаш или често избегнуваат вести што е зголемување за 9 % во однос на 2017. Околу 36 % од анкетираните, особено оние на возраст под 35 години велат дека вестите негативно им влијаат на расположението. Во Европа најмногу вести се избегнуваат на Балканот – Бугарија, Хрватска и Грција имаат највисоки бројки од сите европски земји вклучени во истражувањето, во овие земји дури 57 % од граѓаните рекле дека избегнуваат вести. Од друга страна, Данска има најмал процент на луѓе кои избегнуваат вести – 19 % од анкетираните. Во повеќе од половина од земјите кои се анализираат од Ројтерс, паѓа процентот на доверба во медиумите.

Уште во извештајот за 2019 година на Ројтерс институтот[22] се покажува глобален пад на нивото на доверба во медиумите. Поголем број луѓе одговориле дека активно избегнуваат вести, во однос на две години претходно, кога биле прашани за истото прашање, односно за шест процентни поени глобално и 11 поени во Велика Британија водени од „здодевност, бес и тага поради Брегзит“. Луѓето нотирале дека избегнуваат вести поради негативното влијание врз нивното расположение или затоа што се чувствуваат немоќни да ги изменат настаните.

Квалитативно истражување меѓу млади луѓе во Норвешка ги дели луѓето кои редовно избегнуваат вести во три типови: оние што страдаат заради негативното влијание врз нивниот дух, исклучени, односно ја ставаат забавата пред традиционалната граѓанска одговорност да бидат информирани, и стратешки избегнувачи кои приоритизираат други активности и декларираат недоверба во медиумите.[23]

Анализата на Дигитал њуз репорт Спеин (Digital News Report Spain) покажува дека феноменот на избегнување на вести е тренд кој постои во дигиталното консумирање на информации и оти погодува половина од шпанските дигитални корисници, а главната причина е недостатокот на

[21] https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2023.

[22] https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2019-06/DNR_2019_FINAL_0.pdf.

[23] Serrano-Puche, J. (2020) Constructive Journalism: a response to users' motivations for news avoidance стр. 157.

доверба во медиумите. Истражување на Пју рисрч центер (Pew Research Center) во САД во 2019 година, покажа дека 66 % од Американците рекле дека се исцрпени од количината на вести, истовремено длабински интервјуа со „избегнувачи" на вести од Велика Британија и Шпанија покажуваат дека за нив информациите имаат ограничена добивка, на штета на времето, емоционалната енергија и менталниот напор.[24] Главна мотивација што ги тера луѓето да избегнуваат вести се негативните емоционални последици од процесот на информирање, додека трета најчеста причина којашто најчесто се истакнува зошто корисниците избегнуваат вести е оти не веруваат во нивната веродостојност. Затоа, враќањето на довербата кај публиката и избегнувањето на заморот од следење вести треба да се гледа во спроведувањето на генералните професионални стандарди во медиумите и враќањето на нивниот кредибилитет.

Истражување на Институтот за комуникациски студии[25], објавено во ноември 2023 година, заклучува дека телевизијата и социјалните медиуми претставуваат главен извор на информации за граѓаните во Македонија. Телевизијата останува доминантен медиум кај повозрасните учесници и учесниците што живеат во рурални средини. Постои недоверба кон содржините што се пласираат во медиумите, па дури 56 % од учесниците изразиле сомнеж во сите содржини објавени во медиумите. Сепак, релативно низок процент од учесниците практикуваат да ја проверуваат веродостојноста и точноста на вестите што ги читаат.

4. МАКЕДОНСКИТЕ НОВИНАРИ И КОНЦЕПТОТ НА КОНСТРУКТИВНО НОВИНАРСТВО

Со цел да истражиме колку во македонските медиуми е познат концептот на конструктивно новинарство и дали се применува во функционирањето на редакциите, во текот на март 2024 години е спроведена онлајн анкета со 80 испитаници кои работат како новинари, уредници, репортери, дописници, слободни новинари... Користен е методот на намерен примерок, па анкетата е испратена директно со новинарите и до медиумите во цела држава. При одговарањето на анкетата учесниците можеа освен медиумот и позицијата на која работат, да го нотираат и своето име. Просечното искуство на испитаниците кои се занимаваат со новинарство изнесува 22,8 години. Од редакциите во кои работат, присутни се претставници на речиси сите медиуми

[24] Ibid стр. 168.
[25] https://iks-edu-mk.b-cdn.net/wp-content/uploads/2023/12/anketa-za-informiranje-sledenje-na-slucuvanja-i-percepcii-za-institucii_mk.pdf.

во Македонија: интернет-портали, национални телевизиски канали, радиостаници, весници, вработени во Македонската радио телевизија, новинската агенција МИА, локални медиуми како и дописници на национални и меѓународни медиуми.

Истражувањето покажа дека меѓу македонските новинари е познат концептот на конструктивно новинарство и оти можат да го дефинираат и да ја препознаат неговата функција. Од 80 испитаници, на прашањето „Дали Ви е познат концептот на конструктивно новинарство и ако да, која е според Вас улогата и целта на овој вид новинарство?", 15 испитаници одговориле дека не им е познат концептот на конструктивно новинарство. „Како концепт не ми е познат, но суштински разбирам што подразбира", вели еден од испитаниците. „Не ми е познат, претпоставувам дека значи новинарство кое учествува во општествените процеси и придонесува тие да се движат напред. Учеството значи критики, некогаш и жестоки, со цел заштита на јавниот интерес", наведува еден од испитаниците, фриленс новинар кој работи на политички анализи, интервјуа и истражувања. „Знам само за професионално и непрофесионално новинарство", одговара уредник, новинар и сопственик на портал од помалите урбани средини во Македонија.

Најголем дел од испитаниците одговориле дека им е познат или делумно познат концептот на конструктивно новинарство. Според нив, тоа е концепт кој не открива само недостатоци во општеството, туку нуди решенија и ја поттикнува публиката конструктивно да реагира. Во дел од одговорите се наведува дека овој тип новинарство е одговор на негативните вести, проблеми и конфликти и оти нуди оптимизам и позитивен пристап во новинарството. „Поместување на фокусот од проблемите кон пронаоѓање решенија, мотивирање, инспирирање и активирање на граѓаните кон позитивни промени", одговара главен и одговорен уредник на новинска агенција. „Да понуди побалансирана перспектива, презентирајќи можни решенија за проблемите и со тоа да поттикне чувство на надеж и оптимизам", одговара уредник на еден интернет-портал. „Конструктивно новинарство е пласирање на содржини налик на оние во печатените медиуми од пред една, две, па и повеќе децении. Поголемо вклучување на експертската јавност во медиумските производи, консултација со стручни луѓе, а не само изјави од партиски претставници кои самите создаваат проблеми во општеството со нивното (не)работење", вели новинар од национална радиостаница која поседува и интернет-портал.

Дел од одговорите се однесуваат и на влијанието што конструктивното новинарство го има врз процесите во општеството и

демократијата. „Критички, не критизерски однос кон прашања што ја засегаат широката јавност, без оглед на тоа кој е власт, а кој опозиција, но истовремено и барање можни решенија“, вели соговорник, член на Советот на честа на ЗНМ. „Да влијае врз луѓето да ја подобрат средината во која живеат и да изнајдат решенија за себе и за другите“, одговара новинар од национална телевизија. „Во вакви политички констелации тешко е да се говори за конструктивно новинарство“, одговара новинар, известувач во Собранискиот канал. „Да се оттргне фокусот од негативноста, а да се најде начин од секој проблем да се извлече поука, да се најде решение и да се истакнат можностите за подобрување на состојбите или пронаоѓање на системско решение за одредени проблеми“, вели новинар во дигиталната редакција на еден меѓународен медиум.

Дел од испитаниците во концептот на конструктивно новинарство препознаваат можност да се избегне површното и дневно новинарство и да се вклучи публиката во процесот на изнаоѓање решенија. „Посуштинско, а не површно новинарство, новинарство наменето за граѓаните, кое длабоко работи на јавниот интерес“, одговара уредник на вести во приватна телевизија. „Да се има различен пристап кон вестите, прилозите. Да не се прават прилози само од негативен или критички аспект, туку да се даде идеја и пристап различен од традиционалниот“, наведува дописничка од Скопје за меѓународен медиум. „Новинарство ориентирано кон решенија, а не кон негативен пристап и сензационалистички „профит“. Ја поттикнува публиката конструктивно да реагира“ одговара уредник.

На прашањето „дали и колку често вклучувате гласови кои нудат некое решение во Вашите новинарски содржини?“, 12 испитаници, или 15 отсто од испитаниците одговориле дека ретко вклучуваат. Најчестите причини за тоа лежат во природата на работата на новинарот, во процесот на прибирање на информации, во дневно новинарство или во реализација на директни преноси. „Со оглед на тоа дека работам агенциски вести во деск, не секогаш веста трпи да се понуди решение. Но ако станува збор за климатски промени, ЛГБТ или некоја социјална тема, решението ќе биде ставено во позадина, меѓутоа посуптилно“, одговара новинар во новинската агенција МИА. „Во дневното новинарство такво нешто е потешко. Но кога сум работел на поголеми теми, тогаш секако, сум се трудел да вклучам соговорници, експерти и анализи кои нудат решенија за конкретниот проблем за кој сум известувал“, вели новинар.

Најчест одговор е дека во креирањето на новинарските производи речиси секогаш или кога има прилика се вклучуваат различни гласови и гледишта. „Често, ако тоа е потребно за темата која ја обработувам, но сето тоа зависи и од тоа колку познавачите на проблематиката се подготвени

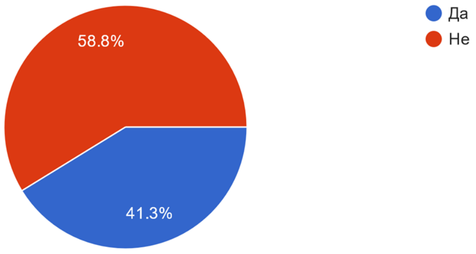
да излезат пред камерата“, вели новинар. „Вклучувавме гласови кои нудат решенија уште пред да се етаблира концептот на конструктивно новинарство, посебно кога се работи за институционални проблеми“, наведува новинар во еден интернет-портал.

Во најголем дел од одговорите испитаниците, постои негативен став во однос на транспарентноста на македонските власти да одговараат на прашањата кои се важни за конструктивното новинарство. На прашањето дали македонските власти поседуваат транспарентност и одговорност за да одговорат на прашањата на конструктивното новинарство, 80 % од испитаниците одговориле дека не поседуваат, додека 20 % дека поседуваат.

Во поголем дел од одговорите на испитаниците доминира и негативен став во однос на прашањето колку менаџментот на медиумите и главните и одговорни уредници се залагаат за вклучување на концептот на конструктивно новинарство во работата на новинарите. На прашањето: „Сметате ли дека сопствениците на медиумите, менаџерите и главните уредници имаат слух за вклучување на конструктивното новинарство во медиумските содржини и го прифаќаат овој концепт како позитивен?“, повеќе од половина или 58,8 % одговориле одречно.

На прашањето што е потребно новинарите во Македонија да применуваат подлабоко аналитичко новинарство кое бара решенија, голем дел испитаниците одговориле дека е потребно зајакнување на професионализмот во редакциите, уредувачката слобода, независноста на новинарската работа, посебно на политичката независност, како и

Сметате ли дека сопствениците на медиумите, менаџерите и главните уредници имаат слух за вклучување на конструктивното новинарство... и го прифаќаат овој концепт како позитивен?
80 responses



одржување обуки на оваа тема, за да се пренесат постоечки позитивни примери од употребата на концептот на конструктивно новинарство. „Да имаат професионални вештини и да бидат ослободени од притисоците од сопствениците, партиите и другите центри на моќ“, одговара уредник и колумнист во еден локален медиум. „Потребни се нивни лични знаења и вештини, способност за расудување што е добро, а што лошо, менторство од вистински новинари, мрежа на контакти, и сфаќање на мисијата на новинарството“, вели еден испитаник.

Дел од одговорите се однесуваат и на финансиите кои им се на располагање на редакциите. „Финансиска поддршка на малите редакции, која ќе овозможи еден новинар целосно да се посвети ако е потребно и неколку дена за создавање на квалитетен медиумски производ“, одговара новинар и уредник на еден локален интернет-портал.

Во одговорите, испитаниците посочуваат дека решението за оваа состојба е кај уредниците и сопствениците на медиумите, освен зголемување на бројот на новинари во редакциите, да им се даде повеќе време за истражување, без да се брза во создавањето на содржината. Исто така, наведуваат дека е потребно подобрување на условите за работа, ресурсите и платите на новинарите. Ова посебно се однесува за дописниците и новинарите од помалите средини. „Медиумите во Македонија се сведоа на мали редакции кои едвај успеваат да ги следат дневните случувања и речиси воопшто немаат простор за аналитичко новинарство, освен ако не станува збор за ангажман на некој проект“, одговара новинар од дневен весник. „Повисок стандард на новинарите ,подобра платежна моќност, особено во локалните заедници, дописници, локални новинари, за финансиска слобода, за можат да делуваат во

креирање на конструктивно новинарство, новинарство кое бара решенија и корисни информации за заедницата“, одговара новинар од локална радиостаница.

Дел од одговорите се однесуваат и на самите новинари, но и на почитување на поставените етички норми, како и оневозможување коруптивни практики кај новинарите и сопствениците. „Да им се овозможи простор, време и доволно средства. Да се поштедат од дневно-политичките случувања кои го презаситуваат етерот и да им се даде слобода и можност да се посветат на аналитичко новинарство“, одговара новинарка во МИА.

„Повеќе знаења и одговорност, помалку сензационализам и површност“, вели уредник и репортер. „Да не се инсистира на конфликт по секоја цена за поголема гледаност или читаност, да се има поголемо чувство за јавниот интерес и улогата на медиумите“, одговара уредник и новинар во национална телевизија. „Да престанат да бидат поткупливи“, одговара новинар и уредник на еден интернет-портал. Поквалитетни и независни новинари и медиуми, подобро општество“, вели заменик-уредник на новинска агенција.

На прашањето во која мера вклучувањето на решенија во медиумските содржини може да ја зголеми довербата на јавноста во нив, испитаниците најчесто одговориле „во голема мера“, иако нагласуваат дека е потребно време за да се измени, како што велат, негативната атмосфера во општеството. „Во голема мера, од причина што самата јавност би можела директно како извор на информација да учествува во подготовката на медиумските содржини. Поточно почесто да се слушаат нивните ставови околу проблемите и предизвиците кои ги засегаат“, одговара новинар во радиостаница и интернет-портал. „Многу, бидејќи граѓаните одамна одбиваат да гледаат или читаат вести и весници зашто се бомбардирани само со негативни содржани кои им создаваат отпор и одбивност во и онака живот преполн со проблеми“, вели новинар во дневен весник. „Конструктивното новинарство е можеби клучно во враќањето на довербата во медиумите“, вели новинар во еден интернет-портал. „Кога медиумите ги прикажуваат решенијата како резултат на детално истражување и процес на размислување, тоа ги прикажува како одговорни и компетентни извори. Ова може да ги подобри перцепциите на јавноста за нивната независност“, одговара новинар, уредник на интернет-портал. Сепак, кај новинарите има и одредена доза на скептичност. „Може да ја зголеми, но не драматично имајќи предвид дека довербата на јавноста е во минус, па би било од полза да се донесе до некоја позитивна нула“, одговара новинар и уредник. „Довербата одамна

е изгубена“, изјавува новинар од Собранискиот канал. „Реално би имало ограничен досег и влијание. Поради навиките на публиката, ниската медиумска писменост и состојбата во целокупната медиумска сфера, многу е тешко еден концепт да има клучно влијание на зголемување на довербата“, одговара новинар во еден интернет-портал. „Кога публиката на долг рок ќе согледа дека одреден медиум постојано нуди решение и иницира проблеми кон подобро, неговата доверба во јавноста расте“, одговара заменик-уредник.

На прашањето: Дали со вклучување на решенија во медиумските содржини ќе се намали тенденцијата на свесно избегнување вести во јавноста, 68,8 % изјавиле потврдно, додека 31,3 % одречно.

На прашањето кои се најголемите пречки за користење на новинарство кое бара решенија, испитаниците одговориле дека тоа се ограничените ресурси, недостатокот на човечки ресурси во редакциите, квалитетни уредници, како и лица кои нудат решенија. Се нагласува и недоволната транспарентност на институциите, недоволната соработка со нив и непостоењето одговорност.

„Слаби уредници, корумпирани сопственици, недоволен број новинари во медиумите, немање љубов кон професијата, неразбирање на општествените процеси, опседнатост со политичките партии, трошење време на политички баланс во креирањето на медиумските содржини кој не значи добро новинарство “, одговара новинар-фриленсер.

Новинарите, уредниците и медиумските работници наведуваат и недоволна свесност, интерес на одговорните лица во медиумите, сопствениците и раководствата да се воведе поквалитетно новинарство,

како и новинарство кое нуди решенија. „Новинарство базирано на квантитет, наместо на квалитет, а поттикнато од брзиот развој на веб-порталите кои работат на брза информација дури и по цена на објава на лажни вести.“, наведува уредник. „Тезата дека само лошата вест е вест. Заборавивме на позитивни приказни“, одговара новинар од приватна национална телевизија. „Проблем е постоечкиот медиумски пејзаж во којшто приоритет имаат негативните вести; кликбајт пандемијата којашто го зафати новинарството глобално; недостаток на ресурси, бидејќи најголем дел од медиумите кај нас се со мали и финансиски слаби редакции“, одговара новинар од интернет-портал.

„Често се работи за внатрешна уредувачка политика која е одмаздувачка кон некого, но и поради фактот дека на самата публика ѝ е поатрактивно да чита за препукувања и негативност, отколку позитивни примери и решенија. Верувам дека е некој општ балкански менталитет или начин на доживување на работите или бидејќи граѓаните не виделе подобро за да можат да увидат дека конструктивното новинарство е подобро“, одговара дописник за еден меѓународен медиум.

Испитаниците го истакнуваат недоволното образование на новинарите, лошиот квалитет на факултетите за новинарство, но, и останатите факултети, како и малиот интерес за новинарската професија.

„Убедувањето дека сензационалистичкото информирање носи публика“, одговара новинар во меѓународен медиум. „Социјалните мрежи го окупираат вниманието на публиката и го преклопуваат новинарството“, нотира главен уредник.

Дел од испитаниците причините ги гледаат и во таканареченото поделено општество во Македонија. „Политичарите имаат корист од поделеното општество, како и самите медиуми, кои за кликови им го даваат на населението она што го бараат – плукање, дискредитација, еднострано известување“, одговара уредник на новинска агенција.

5. КЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА ЗА МАКЕДОНСКОТО (НЕ) КОНСТРУКТИВНО НОВИНАРСТВО

Најголем дел од новинарите и уредниците во македонските медиуми го препознаваат концептот на конструктивно новинарство. Во нивните одговори може да се утврди генерален став дека се работи за новинарство кое подразбира решенија и промени, кое вклучува дебата со публиката да може да се добие целосен поглед на проблемот. Најголем дел од испитаниците вклучуваат различни гледишта и ставови

во процесот на креирање на различни новинарски производи и свесни се за важноста на употребата на различни гласови во обработката на еден проблем. Меѓу новинарите, уредниците и медиумските работници доминира ставот дека македонските власти не поседуваат доволно ниво на транспарентност да одговорат на прашањата кои ги наметнува конструктивното новинарство. Поголем дел од нив велат дека на слична линија се и сопствениците и менаџерите на медиумите, како и главните и одговорни уредници, бидејќи кај нив не постои слух за потребата од воведување на овој вид новинарство. За да може да применуваат подлабоко аналитичко новинарство, новинарите, уредниците и медиумските работници одговараат дека е потребно унапредување на професионалните вештини во редакциите и ослободување од притисоците на сопствениците, политичките партии и останатите центри на моќ, како и поголема финансиска поддршка на редакциите. Преовладува и ставот дека се потребни обуки во редакциите како и пренесување на искуства од земји во кои се спроведува овој вид новинарство како и зајакнување на капацитетите на факултетите по новинарство во државата и останатите институции кои образуваат новинари. Се наведува и потребата од независност во работењето на редакциите, посебно од центрите на економска и политичка моќ. Исто така, оти во голема мера ќе се намали бројот на луѓе кои свесно избегнуваат вести. Истражувањето покажа и дека кризата во која се наоѓа новинарството во Македонија е причина зошто во медиумите не се користат алатките кои водат до решенија, односно недоволната екипираност на редакциите, слабиот капацитет и кредибилитет на уредниците, нерешениот статус на новинарите, политичките влијанија врз новинарите, недоволното образование на идните новинари, како и целокупната ситуација во општеството.

Ставот на најголем дел од испитаниците е дека воведувањето на концептот на конструктивно новинарство ќе ја зголеми довербата на јавноста во медиумските содржини и оти тоа е клучно за враќање на довербата во медиумите и новинарството. Сега е потребно низ плејадата проблеми и предизвици со кои секојдневно се соочува македонското новинарство да се најде начин како конструктивното новинарство да се претстави и да почне да се спроведува, па макар на почеток и како експеримент.

КОРИСТЕНА ЛИТЕРАТУРА

Ahva, L. & Hautakangas, M. (2018) Why Do We Suddenly Talk So Much About Constructiveness? Journalism Practice, 12(6), 657–661. https://doi.org/10.1080/17512786.2018.1470474.

Coleman, R.; McCombs, M.; Shaw, D.; Weawer, D. (2009) Agenda Setting, The handbook of journalism studies, NY: Routledge.

Curry AL, Hammonds KH (2014) The power of solutions journalism. *Solutions Journalism Network/Engaging News Project*. Available at: https://mediaengagement.org/wp-content/uploads/2014/06/ENP_SJN-report.pdf.

Digital News Report 2023 | Reuters Institute for the Study of Journalism (ox.ac.uk).

Five key research findings about young online audiences from BBC World Service, https://www.journalism.co.uk/news/five-key-research-findings-about-young-online-audiences-from-bbc-world-service/s2/a588021/.

https://akademie.dw.com/en/constructive-journalism/s-57736859.

https://media.ba/bs/magazin-novinarstvo/solution-novinarstvo-i-mogucnost-njegove-primjene-u-bih.

https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2019-06/DNR_2019_FINAL_0.pdf.

https://www.bbc.co.uk/blogs/academy/entries/be8991c7-c1c7-42e6-a371-f40278838fa2.

https://www.bbc.co.uk/blogs/academy/entries/f58f050c-91dd-4469-8af3-b3ecfc72a0e7.

https://www.dw.com/bs/potreba-za-novinarstvom-koje-nudi-rje%C5%A1enja/a-56016152.

https://www.solutionsjournalism.org/.

Introducing a new tool for news: Solutions-Focused Journalism,

Lejla Turčilo, Solution novinarstvo i mogućnost njegove primjene u BiH.

Lund Jørgensen K, Risbro J. (2022) Handbook for constructive journalism, IMS Media Learning Hub.

McIntyre K. And Gyldensted C (2017) Constructive Journalism: Applying Positive Psychology Techniques to News Production, The Journal of Media Innovations 4.2.

McQuail, D. (2010) Mass Communication Theory, (6th edition), Los Angeles/ London/ /New Delhi/ Singapore/Washington DC: SAGE.

Poort M. (2017/2018) Constructive journalism: An answer to the negativity of the news? A focus group study on the view on and the effects of constructive journalism in European setting, Södertörns University | Institute of Journalism.

Potreba za novinarstvom koje nudi rešenja.
Reuters Institute Digital News Report 2019.
Serrano-Puche, Javier (2020) Constructive Journalism: a response to users' motivations for news avoidance, CUADERNOS.INFO Nº 45 ISSN 0719-3661 Versión electrónica: ISSN 0719-367x.
What is Constructive Journalism? (bonn-institute.org).
Why we need Solutions-Focused Journalism.
Анкета за информирање- следење на случувања и перцепции за институции, https://iks-edu-mk.b-cdn.net/wp-content/uploads/2023/12/anketa-za-informiranje-sledenje-na-slucuvanja-i-percepcii-za-institucii_mk.pdf.

RESTORING TRUST IN MACEDONIAN JOURNALISM THROUGH THE INTRODUCTION OF THE PRINCIPLES OF CONSTRUCTIVE JOURNALISM

Abstract

Media research in Macedonia shows serious distrust of citizens towards the media, but also a high percentage of citizens who do not follow or selectively follow daily news. The media are on the list of institutions with low to moderate trust in society, a phenomenon that is no different from global trends and is a consequence of the crisis in which traditional media are. They are dominated by negativity and the premise "only bad news is good news". The situation is particularly pronounced with the popularity of social media, which are flooded with so-called clickbait content, most often placed by portals that, in addition to news, create content whose purpose is to "hunt" visits, and often do so by publishing quasi and fake news. The question that is analyzed and explored in this text is whether it is possible to increase trust in the media and journalistic content through the use of the concept of constructive journalism, i.e. the search for different voices that lead to answers to certain developments in society. In addition to the theoretical basis of the concept, a survey was conducted with 80 journalists and editors from the Macedonian media, whose answers provide insight into how much media professionals understand the concept of constructive journalism and whether they see it as an opportunity to restore trust in the media.

Keywords: *constructive journalism, media, trust, solution, effects, professional standards, ethics.*