

OHRID SCHOOL OF LAW 2020



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2020

11
12

*The Future of the Law:
Facing the Challenges of Covid 19*

IURIDICA PRIMA

11-12



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

7-th International Scientific Conference

OHRID SCHOOL OF LAW

2020

*The Future of the Law:
Facing the Challenges of Covid 19*

22-25 October 2020 Ohrid

11-12

Издавач:

Институт за правно-економски истражувања и едукација

ЈУРУДИКА ПРИМА

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

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

Publisher:

Institute for Legal-Economic Research and Education

IURIDICA PRIMA

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

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

За издавачот:

Проф. д-р Ангел Ристов

Претседател на Институтот IURIDICA PRIMA

For the Publisher:

Angel Ristov, Phd

Associate Professor Faculty of Law Iustinianus Primus

University "Ss. Cyril and Methodius" Republic of North Macedonia

Печати:

Стоби Трејд

Print:

Stobi Trejd

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

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



IURIDICA PRIMA

Институт за правно економски истражувања и едукација

7-ма Меѓународна научна конференција

**ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2020**

*Иднината на правото:
Наспроти предизвиците од Covid 19*

22-25 Октомври Охрид 2020

11-12

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

34(082)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција Охридска школа на правото (6 ; 2020 ;
Охрид)

Охридска школа на правото : 2020. Иднината на правото : соочувајќи
се со предизвиците на Covid 19 / 6-та Меѓународна научна конференција,
22-25 Октомври Охрид 2020 ; [главен и одговорен уредник Ангел Ристов]. -
Скопје : Институт за правно-економски истражувања Јуридика Прима, 2020.
- 2 св. (328 ; 317 стр.) : илустр. ; 25 см

Трудови на повеќе јазици. - На преднасл. стр.: Ohrid school of law 2020.
Future of the law : facing with the chalanges of Covid 19 / 6-th
International Scientific Conference 22-25 October Ohrid 2020. - Фусноти
кон текстот. - Библиографија и summaries кон одделни трудови

ISBN 978-608-66152-7-7 (кн. 11)

ISBN 978-608-66152-8-4 (кн. 12)

а) Право -- Зборници

COBISS.MK-ID 52807173

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

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

International Editorial Board:

PhD, Ivan Rushev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria; Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria; PhD, Barbara Novak, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia; PhD, Velibor Korać, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro; PhD, Ilija Vukčević, Faculty of Law, University, Donja Gorica, Podgorica, Republic of Monte Negro; PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia; PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Nis, Republic of Serbia; PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina; PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina; PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia; PhD, Lidija Šimunović, Faculty of Law, University in Osijek, Republic of Croatia; PhD, Marko Tomljanović, Faculty of Economic and Business, University in Rijeka, Republic of Croatia; Seregin Andrej Viktorovich, Assistant Professor, Candidate on Legal Sciences, South Federal University, Rostov on Don, Russian Federation; PhD, Ivana Shumanovska Spasovska, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia; PhD, Lazar Jovevski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia; PhD, Jovan Zafirovski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of North Macedonia; PhD, Ilija Rumenov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of North Macedonia; LLM, Ilija Manasiev, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of North Macedonia; PhD, Toni Gjorgiev, Military Academy, Skopje, Republic of North Macedonia, PhD, Zoran Jovanovski, Military Academy, Republic of North Macedonia; PhD, Milica Shutova, Faculty of Law, University “Goce Delchev, Stip, Republic of North Macedonia; PhD Ivica Josifovic, Faculty of Law, University “Goce Delchev, Stip, Republic of North Macedonia; PhD, Bekim Nuhija, Faculty of Law, South East European University, Tetovo, Republic of North Macedonia; PhD, Arta Selmani Bakiu, Faculty of Law, South East European University, Tetovo, Republic of North Macedonia; PhD Irma Bairami, Faculty of Law, State University in Tetovo, Republic of North Macedonia; LLM, Marjan Kocevski, Notary Public, Skopje, Republic of North Macedonia.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: проф. д-р Ангел Ристов
Секретар: доц. д-р Илија Руменов

Меѓународен уредувачки одбор:

Д-р д-р Иван Русчев, Правен факултет Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија; Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија; Д-р Барбара Новак, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија; Д-р Илија Вукчевиќ, Правен факултет, Универзитет Доња Горица, Подгорица, Република Црна Гора; Д-р Велибор Кораќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора; Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија; Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија; Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина; Д-р Раденко Јотановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Српска, Босна и Херцеговина; Д-р Сања Гонцета, Колец на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска; Д-р Лидија Шимуновиќ, Правен факултет, Универзитет во Осиек, Република Хрватска; Д-р Марко Томљановиќ, Правен факултет, Универзитет во Ријека, Република Хрватска; Серегин Андреј Викторович, кандидат на правни наука Јужниот федерален универзитет во Ростов на Дон, Руска Федерација; Д-р Ивана Шумановска Спасовска, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје; Д-р Лазар Јовевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје; Д-р Јован Зафировски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје; Д-р Илија Руменов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје; М-р Илија Манасиев, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје; Д-р Тони Ѓоргиев, Воена Академија „Михајло Апостолски“ Скопје; Д-р Зоран Јовановски, Воена Академија „Михајло Апостолски“ Скопје; Д-р Милица Шутова, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип; Д-р Ивица Јосифовиќ, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип; Д-р Беќим Нуџија, Правен факултет, Универзитет ЈИЕ Тетово; Д-р Арта Селмани Баќиу, Правен факултет, Универзитет ЈИЕ Тетово; Д-р Ирма Бајрами, Правен факултет, Државен универзитет во Тетово; М-р Марјан Коцевски, нотар во Куманово.

СОДРЖИНА / CONTENTS

ПРЕДГОВОР	
EDITORIAL NOTE.....	11
ТРУДОВИ / ARTICLES	
Проф. д-р Светомир Шкарик ЕВРОПСКО УСТАВНО ПРАВО И ЕВРОПЕИЗАЦИЈАТА НА МАКЕДОНСКАТА ПРАВНА МИСЛА.....	13
Проф. д-р Иван Русчев* ОГРАНИЧАВАНЕ НА ПРАВОСПОСОБНОСТТА НА ЛИЦА, КОИТО НЕ СА БЪЛГАРСКИ ГРАЖДАНИ ПРИ ПРИДОБИВАНЕТО НА ВЕЩНИ ПРАВА В СТРАНАТА.....	29
Проф. д-р Ангел Ристов ВЛИЈАНИЕТО НА ВИРУСОТ КОВИД 19 НА ГРАЃАНСКОТО ПРАВО..	43
Проф. д-р Зоран Јовановски ТЕК НА ПРВОСТЕПЕНА ПОСТАПКА СО ДОНЕСУВАЊЕ НА РЕШЕНИЕ И ЗАКЛУЧОК ВО СУДСТВОТО НА РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА.....	51
Prof. dr Vladimir Kozar Doc.dr Vanda Božić UGOVOR O OSIGURANJU I PRAVNA PRIRODA REGRESNOG ZANTEVA.....	63
Проф. д-р Тони Ѓоргиев М-р Гоце Стоиловски ПРЕКУ ПРИВАТИЗАЦИЈА НА ВОДНИТЕ РЕСУРСИ ДО ГОСПОДАРЕЊЕ СО СВЕТОТ.....	79
Проф. д-р Елена Давитковска д-р Ирина Мајовски РАБОТАТА НА ЈАВНИТЕ ОРГАНИ ВО УСЛОВИ НА ПАНДЕМИЈА ОД КОВИД-19.....	107

Bekim Nuhija, PHD Stefani Stojchevska Arta Selmani, PhD THE INFLUENCE OF MILITARY INTELLIGENCE UPON INTERNATIONALRELATIONS.....	125
Ivica Josifovic, Phd Igor Kambovski THE ROLE OF NATIONAL PUBLIC PROSECUTORS VIS-À-VIS THE EUROPEANARRESTWARRANT.....	141
Д-р Јорданка Галева ВЛИЈАНИЕТО НА МУЛТИКУЛТУРНИТЕ ПРАШАЊА ВРЗ ПРАВНАТА РЕГУЛАТИВА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА И КРАЛСТВОТО ДАНСКА.....	155
Проф. д-р Драги Рашковски ДИГИТАЛНИТЕ ПАРТИИ ВО ПРАВНИОТ И ПОЛИТИЧКИОТ ЖИВОТ.....	183
Доц. д-р Михаил Малчев ПРАКТИЧЕСКИ ПРОБЛЕМИ ПРИ УПРАЖНЯВАНЕ НА НЕДЕЛИМИ ПРАВА, ПРИДОБИТИ ЧРЕЗ НАСЛЕДЈАВАНЕ.....	195
доц. д-р Елена Нешовска Ќосева ИДНИНАТА НА МЕЃУНАРОДНОТО И МАКЕДОНСКОТО ДАНОЧНО ПРАВО: СООЧУВАЊКИ СЕ СО ПРЕДИЗВИЦИТЕ ПО ИМПЛЕМЕНТИРАЊЕТО НА БЕПС ИНКЛУЗИВНАТА РАМКА НА ОЕЦД.....	221
Доц. д-р Ирма Бајрами ИСПИТУВАЊЕ НА НАСЛЕДСТВОТО ПРЕД НОТАРОТ.....	241
Д-р Калтрина Зеколи Шаќири ТЕНДЕНЦИЈА ЗА ЛИБЕРАЛИЗИРАЊЕ НА РАЗВОДОТ НА БРАКОТ ВО ЕВРОПСКИТЕ ЗЕМЈИ (КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА).....	257
д-р Роза Гурмешевић УТИЦАЈ АЛГОРИТАМСКИХ СИСТЕМА НА ЛЃУДСКА ПРАВА У ДИГИТАЛНОМ ДОБУ.....	279

м-р. Александар Шопов СУДСКА ЕТИКА.....	303
Невена Јовановић НОВИ ПРАВНИ ИЗАЗОВИ КОРЗ ПРИЗМУ САВРЕМЕНИХ БЕЗБЕДНОСНИХ ПРЕТЊИ.....	325
Jovana Anđelković, MA Nevena Jovanović, MA EVROPSKI STANDARDI PRAVNOG STATUSA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA	341
Емилија Алексовска Попоска ИСТРАЖУВАЊЕ НА СЛУЧАИ ОД ПРАКСА ЗА ТРГОВИЈА СО ЛУЃЕ.....	355
м-р Ирена Чупона ВЛИЈАНИЕТО НА КОВИД 19 ВРЗ БРАЧНИТЕ И СЕМЕЈНИТЕ ОДНОСИ.....	375
м-р Вероника Рашковска ОСТВАРУВАЊЕ НА ПРАВОТО НА СЛОБОДА НА ИЗРАЗУВАЊЕ КАЈ ДИГИТАЛНИТЕ МЕДИУМИ ПРЕКУ ФИНАНСИРАЊЕ ОД СТРАНА НА ДОНАТОРИ ВО РАМКИТЕ НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА.....	385
м-р Андреа Здравковска ЗАЈАКНУВАЊЕТО НА МЕРКИТЕ ЗА ЗАШТИТА ОД СЕМЕЈНО НАСИЛСТВО КАКО ПРАВЕН ОДГОВОР НА ПРЕДИЗВИЦИТЕ ОД КОВИД 19.....	401

ПРЕДГОВОР

Почитувани, пред Вас е Збирката на трудови том 11 и 12 од шестата Меѓународна научна конференција ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО – 2020, под наслов: „Иднината на правото: Наспроти предизвиците од Ковид 19“, која за прв пат не се одржа во живо на Охридското крајбрежје, поради забраната и мерките за заштита на здравјето од опасниот вирус. Конференцијата беше посветена на многу значајна и актуелна тема во современото општество, а тоа е иднината на правото. Од дамнина е познато дека правото го уредува животот на луѓето (*ubi homo ibi ius*), кој што е сложен и динамичен. Поради тоа правото треба да го прати животот на луѓето од причина што тоа постои за луѓето, а не обратно луѓето за правото. Промените во општествените околности, развојот на науката, технологијата и прогресот на целокупните достигнувања на човештвото се од исклучителна важност за правото и неговата иднина. Правото не може да ги предвиди и да ги уреди сите животни односи (*rapta rei*). Затоа е неопходно тоа да се менува, реформира и прилагодува. Дека е тоа така ни потврди I пандемијата од Ковид 19 вирусот кој промени се. Го засегна целокупното човештво. Ги промени нашите животи, навики, социјални односи, целокупното човеково живеење... Опасниот вирус се одрази не само на здравјето на луѓето, туку и на правото, правните односи и остварувањето на основните слободи и човекови права. Но, животот продолжува и понатаму...со вирусот или без него. Се надеваме, како многу пати во минатото, човештвото ќе го победи и овој невидлив непријател, извлекувајќи поуки за подобра иднина на правото во интерес на граѓаните.

Главен и одговорен уредник
Проф. д-р Ангел Ристов

FOREWORD

Honorable, before you is the Collection of Papers Volumes 11 and 12 of the Sixth International Scientific Conference OHRID SCHOOL OF LAW - 2020, entitled: "The Future of Law: Towards the Challenges of Covid 19", which for the first time was not held live at the Ohrid coast, due to the ban and measures for protecting the health from the dangerous virus. The conference was dedicated to a very important and current topic in modern society,

and that is the future of law. From long time ago it is known that law regulates human life (*ubi homo ibi ius*), which is complex and dynamic. That is why law should follow people's lives because it exists for people, and not vice versa people exist for the law. Social changes, the development of science, technology and the progress of the overall achievements of humanity are of utmost importance for law and its future. The law cannot predict and regulate all life relations (*panta rei*). It is therefore necessary to change reform and adjust it. This necessity was confirmed by the pandemic of Covid 19 virus that changed everything. It affected on all of humanity. It changed our lives, habits, social relations, the whole human life ... The dangerous virus affected not only the health of people, but also the law, legal relations and the realization of fundamental freedoms and human rights. But life goes on ... with or without the virus. We hope, as many times in the past, that humanity will defeat this invisible enemy, learning lessons for a better future of law in the interest of the citizens.

Editor-in-chief
Prof. Dr. Angel Ristov

ЕВРОПСКО УСТАВНО ПРАВО И ЕВРОПЕИЗАЦИЈАТА НА МАКЕДОНСКАТА ПРАВНА МИСЛА

Дефинирање на Европското уставно право (Супранационалноста и космополитизмот на ЕУ)

342(4-672EУ)
Original research paper

Европското уставно право може да се дефинира во материјална и во формална смисла, исто како и националното уставно право. Во суштина, овие дефиниции го определуваат Европското уставно право како гранка на европското право и како европска правна наука, со извесна перспектива за натамошен развој, во зависност од проширувањето на Европската унија и нијзиниот развој како глобален проект од светско значење.

Во материјална смисла, Европското уставно право е збир на правила и норми со кои се регулира материјата од уставно значење (*materia constitutionis*). Оваа дефиниција води сметка за принципите и нормите со кои се регулираат основите на европската заедница, човековите права и статусот на органите на ЕУ. Наведената дефиниција соодветствува на дефиницијата на британското уставно право, формулирана под влијание на уставните обичаи и уставните конвенции („непишан устав“).¹

Формалната дефиниција на Европското уставно право е збир на пишани норми со супериорно дејство во однос на правото на државите-членки. Оваа дефиниција води сметка за пишаните норми со најсилно правно дејство во правниот поредок на Европската унија. Наведената дефиниција се софпаѓа со дефиницијата на француското уставно право, формулирана под влијание на пишаните уставни акти како највисоки правни акти на националната држава („пишан устав“).²

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

1 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan & Co Ltd, New York, 1956, стр. 35.

2 Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Quenzieme édition.

Европското уставно право во материјална смисла е поширок поим од Европското уставно право во формална смисла. Тоа е разбирливо, поради тоа што материјалниот поим на Европското уставно право ги опфаќа, како напишаните, така и пишаните норми, независно од степенот на нивната правна сила. Овој поим го одразува „духот на Европа“ што извира од најголемите дострели на европскиот ум во позитивна смисла (*grandeurs*), но и од најтемните страници на европската историја (*misères*). Материјалниот поим овозможува ЕУ да се развива поеластично и со поголема прилагодливост на непредвидливите околности, неочекуваните настани и длабоки кризи од најразличен вид. Меката форма понекогаш се покажува „поцврста“ и од најкрутата правна норма. .

Од друга страна, формалниот поим на Европското уставно право ги опфаќа, главно, пишаните норми со најсилно правно дејство во рамките на европското право. Овој поим соодветствува на уставното право како гранка на правото. Наведениот поим внесува поголем ред и предвидливост на правните норми во ЕУ. Од натамошниот развој на овој поим повеќе ќе зависи иднината на ЕУ отколку од материјалниот поим бидејќи правото е свртено повеќе кон иднината (*de lege ferenda*), а помалку кон постојната стварност (*de lege lata*).

Материјалниот и формалниот поим на Европското уставно право соодветствуваат на материјалниот и на формалниот поим за уставот, создавани од уставноправната мисла во изминатите две столетија. Материјалниот поим покажува дека едно општество може да има уставно право како наука, а да нема устав во пишана форма. Или може да има уставен поредок, а да нема хиерархија на правни норми. Формалниот поим, пак, покажува дека едно општество може да има пишан устав а да нема развиено уставно право како наука. Или да има хиерархија на правни норми а да нема владеење на правото - да има аномија и конфузен правен поредок. Наведените реалности го прават уставното право привлечна наука за креативните умови, за мислителите со познавања од различни дисциплини.

И материјалниот и формалниот поим се подеднакво релевантни за Европското уставно право. За сега материјалниот поим опстојува подобро од формалниот. На повеќе европски универзитети, Европското уставно право се предава како посебна правна дисциплина, иако ЕУ се уште нема устав во формална смисла. Стравот од пишаниот устав и од правото како формална категорија не го попречуваат развојот на Европското уставно право како наука. Тоа се гледа од застапеноста на

LGDJ, Paris, 1972, стр. 56-57

оваа дисциплина на европските универзитети и од порастот на бројот на учебниците и научните трудови од оваа област.

Во европскиот контекст, наведените поими се предмет на полемика, не само во академската заедница од областа на правните науки, туку и во областа на меѓународните односи, политичките науки, економските науки и социологијата. Интересот за овие прашања нагло се зголеми откако европскиот конституционализам стана поинаков од „интернационализмот“, односно откако се виде дека ЕУ функционира повеќе врз принципите на уставното право, а помалку врз принципите на меѓународното право. Уставните принципи се наметнаа како нужност, уште од самиот почеток на европската интеграција. Основачите на ЕУ на време сфатиле дека принципите на меѓународното право не можат да бидат гаранција за европската интеграција и дека основите за нејзината одржливост и развој треба да се бараат во уставното право како гранка на јавното право. Од тоа произлегува уникатниот карактер на ЕУ која се уште со големи усилби на научниот и политичкиот дух ја бара својата јуридикката форма, слично на напорите на југословенската правна мисла за поголема јуридизација на општествената сопственост и на самоуправното право.³

Европското уставно право во материјална и во формална смисла започнува да се развива од моментот на донесувањето на Парискиот договор од 1951 година со кој е формирана Европската заедница за јаглен и челик. Во Парискиот договор е вградена визијата на Робер Шуман, Жан Моне, Алсид де Гаспери и Конрад Аденауер за федерална Европа, како наднационална и космополитска заедница. Во тој документ, во уставноправна смисла, се поставени „првите темели на една европска федерација“.⁴

Наведените личности, чесни во однесувањето, покажаа политичка доблест (*génie politique*) – иднината на Европа. да ја градат со поимите на уставното право како наука. Покажаа и цврста верба во праведноста на европската кауза и нејзината одржливост на подолг временски период. И што е најважно, на европската идеја и служеа со посветеност до крајот на животот. Поради тоа, од нивните следбеници и европските правници се наречени како „Татковци – основачи на Европа“ (*Pères fondateurs de l'Europe*).⁵

3 *Samoupravljanje - okviri problema - samoupravljanje i pravo* (debata), JAZU, Zagreb, 1982, стр. 7-140

4 Jean Boulouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6th éd. Paris, 1997, стр. 23.

5 Robert Badinter, *Une Constitution européenne*, Fayard, Paris, 2002, стр. 14

Парискиот договор го создава заедничкиот европски пазар за јаглен и челик, како материјална основа на политичката унија помеѓу Франција и Германија во одреден сектор, со елементи на супранационалност и меѓувладина соработка. Заедницата за јаглен и челик е наднационален, а не интернационален ентитет, затоа што функционира како наднационална творба, а не како посредник помеѓу државите – членки. Тоа ја прави европската конструкција да биде специфична творба во областа на првото (*sui generis*).

Парискиот договор е модел за развојот на ЕУ повеќе во федерален отколку во конфедерален правец. Во договорот, како во огледало, се препознава идеата на Хашкиот конгрес на Европа одржан на 7 мај 1948 година. Во документите на наведениот конгрес експлицитно се подвлекува потребата од изградба на Европа како супранационална заедница, врз која нациите во Европа ќе пренесат дел од своите суверени права. Пред тоа, на почетокот на Првата светска војна, Алберт Ајнштајн се огласи со идејата за федерална Европа, за создавање на „Соединети Европски Држави“.⁶

Поради супранационалноста, Парискиот договор има големо значење за европското уставно право, исто значење како *Magna charta libertatum* за британското уставно право и Декларацијата за правата на човекот и граѓанинот за француското уставно право. Договорот и натаму е привлечен за уставноправната мисла, иако престана неговото правно дејство во 2002 година. Секој пат кога ЕУ запаѓа во криза Договорот станува актуелен, потсеќа на потребата од супранационалноста и од космополитски поглед.

Во функција на развојот на Европското уставно право во материјална и во формална смисла, Парискиот договор предвиде неколку органи со диференциран легитимитет: Високата власт – независна од националните влади, задолжена да ја определува цената на јагленот и челикот, да се грижи за почитување на правилата за конкуренција, да ги координира инвестициите и да ја обезбедува социјалната заштита на вработените во индустријата за јаглен и челик; Совет на министри како претставник на националните влади; Заедничко собрание составено од претставниците на националните парламенти и Суд на правдата надлежен за решавање на правните спорови во врска со толкувањето на Договорот и негова примена во пракса.⁷

6 Volter Ajzakson, *Ajnštajn - njegov život i univerzum*, Laguna, Beograd, 2015, стр. 292

7 Natale Berger, *Les origines du Processus constitutionnel* (Guliano Amato, Hervé Bribosia, Bruno De Witte (eds), *Genesis and destiny of the European Constitution*),

Наведените органи на Заедницата за јаглен и челик беа поврзани во еден систем во кој Високата власт беше раководна власт, надлежна за супранационално управување со Заедницата. Овој орган предводен од Жан Моне беше наднационален орган во вистинска смисла, составен од независни членови од секоја држава – членка. Тоа е модел во кој доминира супранационалноста – модел кој на европската интеграција и гарантира посигурна иднина кога запаѓа во кризи или кога се судрува со поголеми тешкотии. Без таков модел ЕУ не би можела да ја совлада финансиската криза од 2008, ниту здравствената и економската криза проилезени од пандемијата Ковин 19.

Парискиот договор е прв „уставен момент“ на долгиот пат кон Обединета Европа, почеток на транснационален сојуз, непознат во историјата на уставната мисла. Во основата на тој момент се економскиот развој и супранационалноста на Жан Моне. Овие две вредности Робер Шуман ги нарече „скок во непознато“ и вовед во нови „уставни моменти“. Подоцна, во 1963 година, Валтер Халштајн, еден од архитектите на Обединета Европа, Шумановата декларација од 9 мај 1950 година ја нарече – „Основна повелба за ЕУ“ со федерална димензија од трајно значење.⁸

Во тоа време, Британците не ја прифатија супранационалноста бидејќи ја сметаа за неспојлива со „парламентарниот суверенитет“ и „непишаниот устав“ на нивната земја. Поаѓајќи од националната идеја, за Британците не беше прифатлива ни идејата за заедничка контрола на производството на јагленот и челикот како основни ресурси за водење на војна. Тоа зборува дека во 1950 година ОК не беше на страната на континентална Европа за исклучување на војната и нејзиното побрзо излегување од урнатините на Втората светска војна.

Подоцна и Французите, за кратко време, отстапија од супранационалноста, стравувајќи од повторното обновување на моќта на Германија. Наспроти колебањата, сепак, супранационалноста ја надживее Заедницата за јаглен и челик и продолжи да биде водечка идеја во развојот на ЕУ како космополитска заедница, спротивставена на моделот на националната држава: „Космополитскиот проект е инициран во Европа по Втората светска војна како политичка антитеза на национализмот кој предизвика природно и физичко уништување на континентот“.⁹

Bruylant, Bruxelles, 2007, стр. 8

8 Valter Hallstein, *The European Economic Community*, 1963, 78 Pol Sci Quart, 166

9 Улрих Бек, *Космополитическое мировоззрение*, ЦИПО, Москва, 2008, стр. 248

Материјалната и формалната компонента на европското уставно право продолжуваат да се развиваат и по Договорот за формирање на Европската економска заедница и Договорот за Евроатом од 1957 година. Обата договора имаат за цел – создавање на царинска унија, заеднички пазар и економска унија на поширок европски простор, со претходна согласност на државите-членки. За прв пат во историјата се создаде „доброволна империја“, различна од наметнатите империи засновани врз сила и потчинетост.

Малку подоцна, во 1965 година се создава Европската заедница со обединувањето на Европската заедница за јаглен и челик, Европскиот заеднички пазар и Евроатом. Со обединувањето на овие ентитети во една поширока целина се создадоа услови за потесна економска интеграција на европскиот простор во повеќе сектори – процес што наликува на секторски или функционален федерализам. За кратко време, членките на ЕЗ остварија значителен економски раст, пораст на вработеноста, ширење на социјалната заштита и зголемување на инвестициите во капиталните сектори. ЕЗ стана модел на социјална заедница со магнетно дејство за привлекување на нови членки, вклучувајќи го и ОК кое по две француски блокади успеа во 1973 години, со тешки маки, да стане нејзина членка.

Паралелно со тоа течеше и формализацијата на Европската заедница во правна смисла. Формализацијата се остваруваше, главно, преку одлуките и мислењата на Судот на правдата во Луксембург, донесени во периодот од 1963 до 1986 година. Во наведениот период, Судот на правдата донесе неколку одлуки од клучно значење за развојот на уставното право во материјална и во формална смисла. Овој период е означен како „херојски период во уставната изградба на Европа“, и тоа од правници кои не ја прифаќаат идејата ЕУ да има устав во формална смисла (*Heroic epoch of Constitutional building in Europe*).¹⁰

Од гледиште на развојот на Европското уставно право во материјална смисла, значајни се неколку одлуки на Судот на правдата. Во 1963 година, Судот на правдата оцени дека авторитетот на правото на Заедницата е неприкосновен и дека, поради тоа националните судови се должни да го почитуваат и да го спроведуваат во пракса. Во 1964 година, Судот заведе став дека правото на ЕЗ има супериорно дејство во однос на правните поредоци на државите – членки, а во 1967 година дека европското право е автономен правен поредок во однос на националното

10 Joseph Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, стр. 38

и меѓународното право и дека мора да се применува непосредно врз сите физички и правни лица на територијата на државите – членки. Во 1979 година, Судот ги прогласи човековите права за интегрален дел на општите принципи на европското право. Преку наведените одлуки уставното право како гранка на правото станува основа и врв на правниот поредок на Европската заедница, иако не постои европски устав во формална смисла.

Од гледиште на развојот на Европското уставно право во формална смисла клучно значење имаат и мислењата на Судот на правдата од 1976 и 1986 година. Судот во 1976 оцени дека Договорите на Заедницата се „интерен устав на Заедницата“, а во 1986 година дека договорите се „Уставна повелба на правната Заедница“. Наведените термини имаат консеквенци на „уставна револуција“ бидејќи преку нив Судот кажува дека Европа веќе има свој устав, гледајќи на уставот како на процес, а не како на скаменет акт (*The Developing constitution*).¹¹

Наведените одлуки и мислења на Судот на правдата предизвикаа поширока дебата меѓу европските конституционалисти. Во дебатата се искристализирани основните елементи на Европското уставно право: изворите на уставното право; поимот на Европскиот устав; распределбата на надлежностите меѓу Заедницата и државите-членки; распределбата на надлежностите меѓу органите на Заедницата; хиерархијата на нормите во европскиот правен простор и утврдувањето на основните човекови права и нивната заштита на европско ниво. Станува збор за маестрален настан во развојот на уставната мисла – рамен на „уставен земјотрес“, од гледиште на хоризонтот на националната држава и националната уставна мисла.

Врз основа на наведените елементи, европските конституционалисти просирливо забележале дека во рамките на европското право се создава посебна гранка на правото, слична на националното уставно право. Не им беше тешко да заклучат дека постои „Уставно право на Заедницата“ во формална и во материјална смисла, дека институциите на ЕУ функционираат на сличен начин како и институциите на државите – членки и дека ЕУ има нови вредности, различни од оние на националната држава и на постојните федерации во светот како сојузни држави.

Аргументите за таквото тврдење произлегуваат од карактерот на договорите за измена на Основачките договори, донесени во повеќе

11 Sionaidh Douglas -Scottt, *Constitutional Law of European Union*, Edinburgh - Gate, Harlow, England, 2002, стр. 431

наврати, во периодот од 1985 до 2001 година: Единствениот европски акт; Договорот од Мастрихт; Договорот од Амстердам и Договорот од Ница. Преку наведените акти Европското уставно право креира наднационален правен поредок потпрен врз државите – членки кои со зачленувањето во ЕУ стануваат транснационални држави, различни од моделот на националната држава. Нивното „национално уставно право“ добива белези на наднационално и на космополитско право, како антиподи на националната држава и нејзината себичност.

Космополитизацијата на ЕУ и космополитскиот карактер на нејзиното право прв ги забележал Урлих Бек, германски социолог. Разликувајќи ја космополитизацијата од глобализацијата на светот, забележал дека ЕУ е отворено општество и дека нејзините вредности имаат универзален карактер: „Европските вредности имаат светски карактер – тие не и припаѓаат на ниту една конкретна религија, ниту на било кое наследство одделно“.¹²

Единствениот европски акт од 1986 година пошироко го отвара просторот за развој на Европското уставно право во материјална смисла. Овој акт ги признава човековите права и слободи содржани во Европската конвенција од 1950 година, како и уставно-правните традиции на државите - членки. Овие два извора, заедно со Основачките договори, се основа за формулирање на општите принципи на правото на Заедницата од страна на Судот на правдата. Истовремено, тие се и средство за потесно интегрирање на државите – членки во ЕЗ како космополитска заедница. Под дејството на Единствениот европски акт, органите на ЕЗ ги шираат своите надлежности, а граѓаните на државите – членки се здобиваат со правото на директно претставување во Европскиот парламент, по донесената одлука во 1979 година од страна на Советот на министри. Со наведеното право се отвара просторот за развојот на делиберативната демократија во европскиот јавен простор.¹³

Договорот од Мастрихт од 1992 година пошироко го отвори просторот за развој на Европското уставно право во формална смисла, проширувајќи ги супранационалните елементи во ЕУ. Со овој акт посилено се пробива федералниот принцип на ниво на ЕУ, преку концептите „добар граѓанин“ и „Европа на граѓани“, како противтежа на концептот „Европа на нации“. Во судир се два концепта – ЕУ како меѓувладина организација и ЕУ како заедница на граѓани. Првиот концепт е апотеоза на нацијата и на државниот суверенитет, а вториот ги афирмира

12 Улрих Бек, *Космополитическое мировоззрение*, ЦИПО, Москва, 2008, стр. 246

13 Jürgen Habermas, *Does Europe Need a Constitution?* 1995, стр.305

Европејците како граѓани на Европа, а ЕУ како космополитска зедница или како „косполитска држава“.¹⁴

Добриот граѓанин (Good citizen) е оној којшто учествува активно во јавниот простор на ЕУ (Public space), слично на граѓанинот на Атина од времето на Перикле (polites). Радикалната партиципација е суштина на слободата, односно преку неа се изразува граѓанскиот капацитет на човекот, неговата способност да развие поширок идентитет од етничкиот – од граѓанин на национална држава да стане граѓанин на Европа како наднационално општество. Тоа го забележа Чарлс Тејлор, еден од подобрите политолози во светот и рецензент на книгата „Демократските избори во Македонија, 1990-2002“, објавена на англиски јазик во Берлин.¹⁵

Со Мастрискииот договор ЕЗ прерасна во – Европска унија, со нови содржини и дострели, како политичка унија. Поставени се клучните столбови – трите заедници и нивните основачки договори, заедничката надворешна и безбедносна политика и внатрешните работи и правдата. Воведени се и нови надлежности кои не подлежат на договарање или согласност на државите – членки. Нацрт – договорот од Мастрихт сакаше да отиде и подалеку преку синтагмата „федерален сојуз“ (федерална унија). Британците тоа не го дозволија и предложија помека формулација – „поблиска унија меѓу луѓето на Европа, во која се донесуваат одлуки колку што е можно поблиско до граѓаните“.¹⁶

Договорот од Амстердам од 1997 година ја зголеми легитимноста на одлуките на органите на ЕУ, преку балансирањето на гласовите во одлучувањето, засновано на комбиниран критериум – мнозинство на државите – членки и мнозинство на населението во Унијата. Со наведениот договор, органите на ЕУ добија нови надлежности, со супранационална содржина. Чекор по чекор, супранационалноста се движи напред до нивото на потребата од нејзина поширока конституционализација.

Во таков контекст се наметна и потребата од донесување на „Устав на Европа“ во пишана форма, донесен од уставотворна власт (le pouvoir constituant), како Уставот на Франција од 1791 година. Од тој момент отпочна поинтензивно да се размислува за создавање на устав во формална смисла преку кој ќе дојде до израз духот на Европа во материјална смисла. Таквиот приод е подржан и од британските

14 Улрих Бек, *Космиполитическое мировоззрение*, ЦИПО, Москва, 2008, стр. 255

15 Svetomir Skaric, *Democratic Elections in Macedonia, 1990-2002* (Analyses, Documents and Data), Edition Sigma, Berlin, 2005 стр. 9-326

16 Џ. Мек Кормак, *Разбирање на Европската унија*, Алфа-Бета, Скопје, 2004, стр. 79

правници, подржувачи на ЕУ и на меѓународното уставно право: „Наша најголема и најјургентна задача е да погледнеме подалеку и да го пронајдеме духот на Уставот на Европа“.¹⁷

Амстердамскиот акт се обиде да ја подзасили демократијата на европско ниво, во услови кога ЕУ е критикувана дека е заедница со демократски дефицит. Подоцна, Ентони Гиденс, британски социолог, критиката ја претвори во иронија, забележувајќи дека ЕУ тоа што го бара од своите членки и од земјите кандидати и самата го нема остварено: „Познат е исказот дека ако ЕУ аплицира за прием во себеси, нема да биде примена. ЕУ не ги исполнува демократските критериуми кои таа ги бара од своите членки“.¹⁸

Договорот од Ница од 2000 година мораше да ја зголеми моќта на Европскиот парламент во нормативната сфера и да ја воведо граѓанската петиција како облик на непосредната демократија. Во исто време, овој акт ја проектира Комисијата на ЕУ како влада, со посилен претседател и со постапка за гласање за нејзината доверба во Европскиот парламент. Овие промени се во функција на развојот на непосредната демократија на локално ниво и на парламентарната демократија на европско ниво. Така постепено, но сигурно, демократијата станува предмет на европското уставно право, заедно со човековите слободи и права и европските институции. Во 2004 година демократијата станува предмет и на Македонското уставно право.¹⁹

Договорот од Ница го отвори пошироко и патот за создавање на автономна европска одбрана, независна од НАТО и од САД. Тој пат минува низ големи тешкотии, но ЕУ ќе мора да го изоди докрај, доколку сака да има поголема сигурност во светот полн со ризици и опасности. Уште во 1952 година. Жан Море се залагаше за самостојна заедничка одбрана на Европа „без да бара од Соединетите Американски држави придонес“.²⁰

На самиот почеток од европската интеграција постоел нагласен оптимизам дека Европа ќе може да оформи свои одбранбени сили и дека тоа прашање треба да се регулира со документ од уставен карактер. Така, на пример, во мај 1952 година земјите членки на ЕЗЈЧ потпишале

17 Philip Allott, *The Health of Nations - Society and Law beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, стр.185

18 Ентони Гиденс, *Забелан свети*, Филозофски факултет, Скопје, 2002, стр. 74.

19 Светомир Шкарик, *Споредбено и македонско уставно право*, Матица, Скопје, 2004, стр. 425-452

20 Жан Моне, *Европа наш заеднички дом*, Време, Скопје, 2007, стр. 49

Договор за создавање на Европска одбранбена заедница (ЕОЗ). Во функција на тоа, одлучено е да се донесе „Устав на Европската политичка заедница“.

Нацрт – уставот го одобри Собранието на ЕЗЈЧ во март 1953, но во август 1954 година, Народно собрание на Франција го отфрли предлогот, стравувајќи од губењето на националниот суверенитет. Освен во 2000 година, прашањето на заедничките одбранбени сили се постави и во 2016, по напливот на имигрантите во Европа и изјавата на претседателот на САД, Доналд Трамп, дека ќе ја преиспита улогата на НАТО во Европа, доколку членките на НАТО не учествуваат со поголеми финансиски средства во одржувањето и развојот на оваа воена корпорација.

Се повеќе станува јасно, дека НАТО ја губи смислата за свое постоење по престанокот на Студената војна и обединувањето на Германија. Тој станува дури и ризичен за ЕУ, ако трезвено се разгледаат тензиите на глобален план, помеѓу ЕУ и Русија од една и Кина и САД, од друга страна. Во Северноатлантската алијанса доминираат САД како национална држава, заснована врз мултикултурализмот како „казан за топење“ на разликите. Од друга страна, ЕУ се засновува врз интеркултурализмот кој ги почитува разликите меѓу народите и националните малцинства. Интеркултурализмот не ги топи културните разлики туку ги проткајува една со друга, недозволувајќи нивно одвоено постоење како паралелни светови. Се наоѓа на иста линија со космополитизмот, потпрен врз логиката – „тоа и другото“.²¹

Потребата од устав во формална смисла кулминира во периодот од 2001 до 2004 година. Во декември 2001, Европскиот совет во Лакен ја усвои „Декларацијата за иднината на Европската унија“ во која експлицитно се укажува на потребата од изградба на „Обединета Европа“. Како резултат на тоа, ултимативно се побара „донесување Устав за европските граѓани“, под услов текстот да биде читлив и разбирлив, да има логична правна структура, да биде прегледен и да не биде еклектичен како Основачките договори.

По неполни две години, во јули 2003 година, изработен е „Предлог – уставен договор за Обединета Европа“. Веднаш потоа усвоена е Римската декларација со која се потврдува дека со Уставот – Европа прави решителни чекори кон зајакнување на политичката унија – унија на граѓани и на држави – членки. По економска унија како прв чекор, следува вториот – политичка унија, со повисок степен

21 Улрих Бек, *Космополитическое мировоззрение*, ЦИПО, Москва, 2008, стр.255

на контрола на европските институции, вклучувајќи ја и монетарната унија – еврозоната.

Уставниот договор е донесен под влијание и на Извештајот на Жак Делор од 1989 година, тогашен претседател на ЕК. Во извештајот е содржана финансиска пресметка за тоа колку тогашната ЕЗ губи на економски план, поради немаење устав во формална смисла. Подоцна, во 2007 година, Маргот Волстром, потпреседателка на ЕК, истото ќе го потврди, тврдејќи дека ЕУ трпи огрмни економски штети поради тоа што нема устав во формална смисла. Освен во САД, во другите држави не се проблематизира економската димензија на уставот – колку е користен или штетен за економијата. Тоа прашање не се дебатира ни во Македонија.

Уставниот договор од 2004 година требаше да го забрза развојот на Европското уставно право и во формална и во материјална смисла и преку тоа да ги воздигне европските вредности на повисоко ниво. Во тоа време, европските уставотворци беа свесни за тежината на пораката на Џон Адамс што ја упатил до американската јавност пред да се донесе Уставот на Масачусетс од 1780 година: „Ни моралот, ни богатството, ни армиската дисциплина, сите земени заедно, немаат вредност без устав“.

Но за тоа не беа доволно свесни граѓаните на Франција и Холандија кога го отфрлија Уставниот договор на националните референдуми во мај и јуни 2005 година. За тоа не се толку виновни граѓаните колку што се виновни политичките елите на двете земји. Водечките фактори не се потрудија доволно да им ја објаснат суштината на предложениот текст, ниту зборуваа за штетните последици ако не биде прифатен уставот од страна на граѓаните.

Уставот во Франција и Холандија не е отфрлен поради неговата содржина, туку поради ставот на граѓаните од последиците што зад себе ги остава неолиберализмот во економијата. Се исплашија да не останат без работа поради напливот на ефтината работна сила што почна да се движи од десетте ново примени членки кон побогатите членки на ЕУ. Сепак, граѓаните што гласаа против Уставот, независно од мотивите, го потврдија тоа што Жозеф де Местр го кажа за Уставот на Франција од 1795 година: „Уставот е направен за човекот. Но таков човек не постои во светот. Во мојот живот видов Французин, Италијанец, Рус и т.н. Но, таков човек никогаш не сум сретнал во мојот живот. Ако пак постои, тој за мене е непознат“.²²

22 Joseph de Maistre, *Considerations on France*, Cambridge University Press, Cambridge, 1974, стр. 97

Иако Уставниот договор не е формално усвоен, сепак, во облик на предлог, остана и натаму да дејствува како насока по која треба да се движи Европското уставно право. Станува збор за комплексен документ со правна, политичка и културна содржина, за дело со литературна вредност. Тоа меѓу првите го забележал Робер Бадентер, почесен доктор на правни науки на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје од 1996 година: „Секој устав во исто време е политички инструмент, правна архитектура, историски момент и литературно дело“.²³

Лисабонскиот договор е ревидиран Уставен договор од 2004 година. Неговите позначајни „реформи“ се изоставувањето на зборовите „устав“, „химна“, „знаме“ на Унијата, „министер за надворешни работи“ и „европските закони“. Негови новини се воведување на Европскиот совет како пети институционален орган на ЕУ, новиот начин на гласање и донесување на одлуки во Советот на ЕУ, воведување на функцијата „Висок претставник за надворешна и безбедносна политика“, зајакнување на улогата на Европскиот парламент во постапката на соодлучување при донесување на одлуките и нова распределба на пратеничките мандати. Суштински гледано, Лисабонскиот договор е форма во која и натаму во живот се одржува Уставниот договор, но со помал број уставни термини.²⁴

Праксата на ЕУ покажува дека уставот не е затворен туку отворен документ, во постојано движење, во зависност од околностите. Како правен акт, тој е во постојани промени и како таков останува и натаму предизвик за правната наука. Неговиот развој не е исклучиво нагорен, туке е и реверзибилен, бидејќи понекогаш отфрленото решение подоцна се прифаќа како решение. Со промена на околностите се создаваат и можностите за негов натамошен развој: „Европа нема да се изгради одеднаш ниту еднакво со заедничките напори; таа ќе се гради преку конкретни реализации, кои најпрво ќе создадат вистинска солидарност. Ова беше фундаментален метод на една долгорочна интеграција на состојбите на духот и на политичката стварност. Наведениот метод изгледа бавен и неспектуларен. Меѓутоа, овој метод функционира перманентно и никој досега нема предложено друг метод со кој ќе напредува Унијата“.²⁵

Уставот како правен акт и Европското уставно право како наука се реалност, иако ЕУ не е држава. Концептот „држава“ е неподобен за

23 Robert Badinter, *Une constitution européenne*, Fayard, Paris, 2002, стр. 9

24 Пол Крег и Греј де Бурка, *Право на ЕУ*, Магор, Скопје, 2010, стр. 35

25 Жан Моне, *Европа нашиот заеднички дом*, Време, Скопје, 2007, стр. 56

објаснување на карактерот на ЕУ, без оглед дали се работи за унитарна или за сложена држава. ЕУ е заедница која не располага со монопол на сила, ниту се потпира врз државен апарат за редистрибуција на вредностите со присилни средства (*ultima ratio*). Таа е регулаторна заедница (Regulatory State), од чие постоење имаат полза сите нејзини членки (Pareto – efficient). Станува збор за регулација без централизација, за регулација без присила. Зборот „регулација“ значи влијание на луѓето и на другите субјекти да се однесуваат според предходно утврдените критериуми и правила.

Неодржливо е тврдењето дека општеството не може да постои без држава и дека правото не е право ако нема државна санкција. Државата не постоела одсекогаш, ниту ќе постои неограничено во иднина. Пред нејзината појава постоело гентилно општество, со висок степен на лојалност и родовска чест како регулатор на односите меѓу неговите припадници. Затоа, Платон побарал враќање на гентилното уредување, во времето кога Атина, по смртта на Перикле, западнала во аномија и незаконие. Барал враќање кон гентилното уредување и по цена на губење на слободата.

Можни се и постдржавни општества. Обиди за формирање на такви општества веќе се направени и ќе се праваат и во иднина. Првиот обид за формирање на такво општество е југословенското самоуправање (1951-1991), Вториот обид е Европската унија, која одбива да стане држава. Постдржаното општество е негација на принципит на исклучување на мнозинството од страна на малцинството – принцип врз кој функционира државата од секогаш. Во посдржавното општество не постои регулација потпрена врз физичката сила во рацете на државата.²⁶

Облик на постдржавно општество е и Марковата „асоцијација на слободни производители“. Како визија не треба да се исклучи од дебатата за иднината на Европа, со тоа што под поимот „производители“ треба да се опфатаат сите луѓе што живеат од свој труд, што не се паразити. Зад такво општество стои „Пофалбата на трудот“ на Хесиод и погледите на Алберт Ајнштајн за трудот: „Се додека сум способен да работам, не смеам ниту сакам да се жалам, затоа што само трудот на животот му дава супстанца“.²⁷

Не треба ни зборот „комунизам“ да се поистоветува со некаков режим, а најмалку со нацизмот и фашизмот како што може да се види

26 Eugen Pusić, *Samupravljanje i pravo* (Samoupravljanje), JAZU, Zagreb, 1982, стр. 75

27 Volter Ajzakson, *Ajnštajn - njegov život i univerzum*, Laguna, Beograd, 2015, стр. 517, 598

од Резолуцијата на Европскиот парламент за значењето на европското секавање за иднината на Европа од 2019 година. Комунизмот е идеја, а не „режим“. Тоа се гледа од погледите на Алан Бадју, француски филозоф, математичар и писател, автор на „Пофалбата на љубовта“: „Прво, во зборот „комунизам“ е содржана идејата дека колективот е способен да ги интегрира сите вонполитички разлики. Тоа што луѓето можат да бидат вакви или онакви, дојдени од некаде или родени тука, што го зборуваат или не тој и тој јазик, што се обликувани во рамките на оваа или онаа култура, сето тоа не би требало да го спречува нивното учество во политичкиот процес од комунистички тип, како што идентитетите сами по себе не се препрека за љубовна креација“.²⁸

Можно е постоење и на уставно право без уделот на државната политика во неговото креирање. Тоа преку конкретни примери го покажува Европскиот суд на правдата, преку донесените одлуки и правните мислења. Преку телеолошкото толкување на примарното право Судот го создава Уставното право на ЕУ без политичко влијание на државите – членки и на европските институции. Затоа неговите одлуки и мислења имаат статус на „правна вистина“ (legal truth) и сила на создавачко право (constitutive law).

28 Алан Бадју, *Пофалба на љубовта*, Слово, Скопје, 2014, стр. 56

ОГРАНИЧАВАНЕ НА ПРАВОСПОСОБНОСТТА НА ЛИЦА, КОИТО НЕ СА БЪЛГАРСКИ ГРАЖДАНИ ПРИ ПРИДОБИВАНЕТО НА ВЕЩНИ ПРАВА В СТРАНАТА

347.23-054.6(497.2)
Original research paper

Въпросът за гражданска правоспособност при придобиване на вещни права у нас от лица, които не са български граждани, следва да се разгледа в контекста на по-общия проблем за ограничаване на правоспособността на чужденци според законодателството на Република България. Тяхното правно положение се определя в Закона за чужденците в Република България, (Обн. ДВ, бр.153 от 1998 г., изменен последно бр. 15 от 23.02.2016 г., изм. и доп., бр. 33 от 26.04.2016 г., в сила от 21.05.2016 г.). В него се определя условията и реда, при които чужденците могат да влизат, да пребивават и да напускат Република България, както и техните права и задължения. Чужденец по смисъла на чл. 2 ЗЧРБ е всяко лице, което не е български гражданин, но така също и лице без гражданство, което не се счита за гражданин на нито една държава в съответствие с нейното законодателство и притежава официален документ, удостоверяващ това му качество. Съгласно чл. 3, ал. 1 от закона чужденците в Република България имат всички права и задължения според българските закони и ратифицираните международни договори, по които Република България е страна, с изключение на тези, за които се изисква българско гражданство – например да бъдат избирани за народни представители, за президент на страната и др. Такива лица могат да придобиват субективни права, доколкото законови ограничения или такива приети у нас по принципа на реторсията не са пречка за това, и могат да ги защитават по реда, който важи за българските граждани. Чуждите граждани или лица

* *Доктор на юридическите науки, Юридически факултет, СУ „Св. Климент Охридски“, София, България*

без гражданство носят административна, гражданска и наказателна отговорност.

Със специални норми могат да се установят ограничения относно правоспособността на лица, които не са български граждани, или специален ред за извършване на определени правни действия. Едно подобно ограничение се съдържа в Конституцията от 1991 г., в сила от деня на обнародването ѝ в Д.В. бр. 56 от 13.07.1991 г. забрана за придобиване на право на собственост в страната е въведена само за земя по отношение чужденците и чуждестранните юридически лица, с изключение при наследяване по закон, но със задължение собствеността да бъде прехвърлена - чл.22 от Конституцията. В синхрон с Конституцията, чл.29 ЗС е изменен през 1996г. /ДВ бр. 33/ и е предвиден тригодишен срок от откриване на наследството, в който чужденците, придобили земя в страната, следва да прехвърлят собствеността. От тази законодателна уредба следва, че след изменението на чл.29 ЗС през 1990г. и приемането на Конституцията от 1991г. чуждите граждани са могли да придобиват земя в страната при наследяване по закон. Следователно при отсъствие на уредени в закона правни последици от неизпълнение на изискването чужденците да прехвърлят придобитата по наследяване по закон земя, собствеността им не се губи и не може да се придобие от друго поради отсъствие на предвиден в закон придобивен способ¹. Този режим е запазен до изменението на Конституцията Д.В.бр.18/2005г., в сила от 01.07.2005г². когато чл.22 ал.1 придобива следната редакция : Чужденци и чуждестранни юридически лица могат да придобиват право на собственост върху земя при условията, произтичащи от присъединяването на Република България към Европейския съюз или по силата на международен договор, ратифициран, обнародван и влязъл в сила за Република България, както и чрез наследяване по закон, а с ал.3 е предвидено режимът на земята да се определя

¹ Така Решение № 286 от 02.02.2015 г. по гр. д. № 3788/2014 г. на Върховен касационен съд

² Ограничения следваше да бъдат премахнати във връзка с поетия ангажимент за спазване политиката на ЕС за осигуряване на свободното движение на капитали между държавите членки. За целта, преди подписването на ДПРБЕС бяха приети промени в КРБ, а след влизането на договора в сила - и в редица други нормативни актове, регламентиращи режима на правото на собственост върху различните видове земи. В ЗС, ЗСПЗЗ и ЗГ бяха създадени няколко сходни разпоредби, предвиждащи срокове, след изтичането на които граждани и юридически лица от други страни-членки на ЕС ще могат да придобиват земя в Република България.

със закон. В съответствие с изискването на основния закон, чл.29 от Закона за собствеността е изменен отново /Д.В.бр. 24/2007г. / и е отпаднало задължението на чужденците, да прехвърлят собствеността върху земята, която са придобили на законно основание.

При разглеждане на въпроса за придобиване право на собственост върху земя от чужестранни лица (ФЛ и ЮЛ) и ограничени вещни права следва да се съобразява обектите и обема на упражняваното право на собственост. Могат да бъдат обособени следните три вида режима: придобиване на право на собственост върху земя, която от своя страна може да представлява урегулирана или неурегулирана територия (земеделска земя); право на собственост върху сгради, които могат да бъдат жилищни (къща, вилна сграда, апартамент), търговски (офис, магазин) и стопански обекти; ограничени вещни права -право на строеж, право на ползване, сервитути. Следва също така да се взема предвид и придобивният способ, а така и статута на чуждестранното лице. В законодателството, чуждестранните физически лица, които придобиват право на собственост върху земя в Република България, са разделени условно основно на физически лица със статут на постоянно пребиваващи в Република България, както и граждани на държавите - членки на Европейския съюз, или на държавите - страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, които не пребивават постоянно в Република България и граждани и ЮЛ на трети държави (тоест извън ЕС), респективно граждани на трети държави. Отговор на въпроса кои лица са постоянно пребиваващи или временно е регламентирано в Закона за влизането, пребиваването и напускането на Република България на гражданите на Европейския съюз и членовете на техните семейства.

Условия за придобиване на право на собственост върху земя от чужденци. Придобиване на право на собственост върху земя за второ жилище.

Основно положение в Конституцията е, че чужденци и чуждестранни юридически лица могат да придобиват право на собственост върху земя при условията, произтичащи от Договора за присъединяване на Република България към Европейския съюз или по силата на международен договор, ратифициран, обнародван и влязъл в сила за Република България -чл. 22. Съгласно приложение VI, част 3, т. 1 от Протокола относно условията и договореностите за приемането на Република България и Румъния в Европейския съюз към Договора,

чуждестранни граждани на държавите – членки на ЕС или държавите – страни по Споразумението за Европейско икономическо пространство и чуждестранни юридически лица, учредени в съответствие със законите на друга държава - членка или на държава, страна по Споразумението, които пребивават законно в България от 01.01.2007 г., могат да придобиват собственост върху земя за второ жилище, при правилата за придобиване на земя, които се отнасят за българските граждани. Тоест, спрямо гражданите на държавите-членки на Европейския съюз, или на държавите страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, които законно пребивават в България, не следва да се прилагат каквито и да било норми или процедури, различни от тези, прилагани към български граждани. Изискванията за законно пребиваване на територията на страната са регламентирани в Закона за чужденците в Република България (чл. 22- чл. 32 от ЗЧРБ). Съгласно чл. 29, ал.2 ЗС извън наследяването по закон, лицата, граждани на държавите- членки на ЕС или на държавите - страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, могат да придобиват право на собственост върху земя при спазване на изискванията, установени със закон, в съответствие с условията на Договора за присъединяване на Република България към Европейския съюз. Лицата, които не са граждани на държавите- членки на ЕС или на Споразумението за Европейското икономическо пространство, не могат да придобиват земя в България, извън наследяването по закон, освен ако не са граждани на държава, с която България има сключен международен договор, ратифициран по реда на чл. 22, ал.2 от Конституцията, обнародван и влязъл в сила. Текстът на чл. 29, ал. 3 ЗС има същото съдържание, но се отнася до други субекти - юридически лица от държавите - членки на Европейския съюз, или от държавите - страни по СЕИП. Лицата, които не са граждани на държавите-членки на ЕС или на Споразумението за Европейското икономическо пространство, не могат да придобиват земя в България (отвъд случаите на наследяване по закон), освен ако не са граждани на държава, с която България има сключен международен договор, ратифициран по реда на чл. 22, ал.2 от Конституцията, обнародван и влязъл в сила, както и при наследяване по закон³.

За второ жилище се приема жилището, различно от основното в някоя от държавите -членки на ЕС. Граждани на държавите – членки

³ Така изрично Решение № 791 от 20.07.2011 г. по гр. д. № 1347/2009 г. на Върховен касационен съд

на Европейския съюз, или на държавите – страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, които не пребивават постоянно в Република България, могат да придобиват земя за втори жилищен имот след изтичането на срока, определен при условията на Договора за присъединяване на Република България към Европейския съюз. Съгласно уговореното в Договора за присъединяване, гражданите от държавите – членки на ЕС или държавите, страни по Споразумението за Европейско икономическо пространство могат да придобиват земя от 01.01.2012 г. за второ жилище (различно от основното).

Чужденци и чуждестранни юридически лица могат да придобиват право на собственост върху сгради и ограничени вещни права върху недвижим имот в страната, освен ако със закон е установено друго (чл. 29, ал. 3 от ЗС).

При все това, след изтичане на предвидени 5 годишен срок, бе прието РЕШЕНИЕ на НС от 22.10.2013 г. за налагане на мораториум върху придобиването на право на собственост върху земя на територията на Република България от страна на чужденци и чуждестранни юридически лица до 1 януари 2020 г. (ДВ, бр. 93 от 25.10.2013 г.). Законодателният орган с решението е възложил на Министерския съвет (МС) да приеме всички необходими действия и актове по обявяване на мораториум върху придобиването на право на собственост върху земя на територията на Република България от страна на чужденци и чуждестранни ЮЛ до 1 януари 2020 г. Така както бе регламентирана забраната в цитираното решение на НС обхваща всички чужденци и чуждестранни ЮЛ, а не само от ЮЛ и лица, граждани на държавите- членки на ЕС и на държавите, страни по СЕИП. Забраната е всеобхватна и по отношение на земята, независимо от нейното качество и предназначение -урбанизирана или земеделска, като средство за производство или като обект на инвестиции. С Решение № 1 от 28.01.2014 г. КС обявява за противоконституционно цитираното Решение на Народното събрание от 22.10.2013 г., като излага съображения, че с акта на парламента се преследва спиране действието на нормативно уредените способи, които позволяват на чужденците и чуждестранните ЮЛ след 01.01.2014 г. да придобиват право на собственост върху земята в България, както и че решението за обявяване на мораториум противоречи на чл. 22, ал. 1 от Конституцията, защото изисква преустановяване действието на изрично уреденото право на чужденците да придобиват право на собственост върху земята

чрез наследяване по закон, което е израз на конституционния принцип за наследяването, уреден в чл. 17 от Конституцията.

Предвид Решение № 1 от 28.01.2014 г. на КС на РБ и изтичането на предвидения в Договора за присъединяване срок, към момента предстои да бъде предприета законодателна инициатива с цел детайлно регламентиране на изискванията относно придобиването за земя за второ жилище от чужденци, съгласно изискванията, посочени в Конституцията и договора за присъединяване. Към момента все още е противоречива практиката на нотариусите в различните региони на страната относно прехвърлянето на земя за второ жилище от чужденци, като част от тях, позовавайки се на изтеклия срок съгласно Договора за присъединяване, изповядват сделки за прехвърляне на земя за второ жилище на граждани на ЕС, но друга част от тях, все още отказват изповядването на подобни сделки, имайки предвид липсата на конкретика в Закона за собствеността. Така например, част от съдебната практика доскоро приемаше за нищожна сделка, свързана с придобиване право на собственост върху земя от чужденци - граждани на ЕС или трети страни. Впоследствие, Върховният касационен съд, с Решение № 791 от 20.07.2011 г. по гр. д. № 1347/2009 г. на Върховен касационен (става дума за покупка на земеделски земи, като съпругът чужденец не е отговарял на изискванията предвидени в ЗСПЗЗ за придобиване на земеделски земи) съд прие, че нормата на чл. 29 ЗС има ограничителен характер и не може да се тълкува разширително извън смисъла, който законодателят ѝ е придал. Нейните адресати са изчерпателно посочени и няма законово основание ограничителният режим относно придобиването на право на собственост върху земя да бъде прилаган и по отношение на български граждани само поради факта, че са сключили граждански брак с чужденец. Българските граждани могат да придобиват право на собственост върху земя по всички способи, визирани в чл. 77 ЗС. Обратното разбиране, според решаващия състав, би довело до недопустимо ограничаване на правата им въз основа на личното им положение, в противоречие с установения в чл. 6, ал.2 от Конституцията принцип за равенство на гражданите пред закона. В цитираното решение се сочи, че придобиването на имущество в режим на съпругеска имуществена общност при определените в чл. 19, ал.1 СК/отм./ предпоставки е по силата на закона, който обявява за обща собственост на двамата съпрузи вещите и правата върху вещи придобити през време на брака в резултат на съвместен принос, независимо от това на чие име са придобити. Този придобивен способ

не е посочен като изключение от установения в чл. 29 ЗС режим за придобиване на право на собственост върху земя от чужди граждани. С оглед на това ВКС приема, че договорът за покупко- продажба, няма да прояви рефлексното си действие по отношение на съпругът - чужденец. Доколкото обаче за съпруга - български гражданин не съществува законова забрана да придобива право на собственост върху земя, договорът е действителен, а придобитото ще бъде негова лична собственост. В тези случаи нормата на чл. 29, ал.2 ЗС изключва приложението на чл. 19, ал.1 СК/ отгм./ Същото разрешение е възприето и в Решение № 523 от 14.07.2011 г. по гр. д. № 3114/2008 г. на Върховен касационен съд, с което на въпроса по въпроса изцяло нищожен ли е предварителен договор за продажба, с който съпрузите, единият от които български гражданин, а другият чужденец, придобиват земя и може ли договорът да се обяви за окончателен само по отношение на съпруга - български гражданин, е отговорено, че върху земята, придобитата по време на брака от съпруга - български гражданин, няма да възникне съпругеска имуществена общност, т.к. нормата на чл. 29, ал.3 ЗС изключва приложението на чл. 19, ал.1 СК/ отгм./ и земята ще бъде негова индивидуална собственост. Така и Решение № 23 от 27.07.2012 г. по гр. д. № 3114/2008 г. на Върховен касационен съд.

ВКС е имал възможност да се произнесе и по въпроса може ли чужденец по време на брака с български гражданин да придобие право на собственост върху сгради и ограничени вещни права върху недвижим имот в страната на основание чл. 58, ал.1 З./отгм/ и нормата на чл. 19, ал.1 СК /отгм/ при съвместен принос по силата на презумпцията на чл. 19, ал.3 СК /отгм/ при действието на чл. 29, ал.3 ЗС в редакция ДВ бр. 33/19.04.1996г. в периода от 01.06..1996г. - 21.07.2000г. и необходимо ли е разрешение от Министъра на финансите по 29, ал.3 ЗС в този случай, съставлява ли това установено със закон „друго” по смисъла на този текст⁴.

Съгласно действащия в този период чл. 19, ал.1 СК от 1985г. /отгм/ вещите, правата върху вещи, придобити по време на брака в резултат на съвместен принос са общи на двамата съпрузи, като съгласно ал.3 от същия текст, съвместния принос се предполага. Задължителната съдебна практика на ВС - ПП-5-72 т.4 приема, че изградената сграда по време на брака върху дворно място, индивидуална собственост само на единия съпруг, дори да не е учредено право на строеж на другия,

4 Виж Решение № 146 от 24.06.2014 г. по гр. д. № 7858/2013 г. на Върховен касационен съд

се включва в съпругеската имуществена общност. Когато съпругът не титуляр на правото на собственост върху терена, респективно на правото на строеж придобива право на собственост върху сградата в режим на съпругеска имуществена общност по силата на закона - чл. 19, ал.3 СК от 1985г. /отм/, респективно сега чл. 21, ал.3 от действащия СК от момента на възникване на обекта на собственост - построяване на сградата до степен на груб строеж, ако е изградена в резултата на съвместен принос, а той се предполага до доказване на противното. Нормата на чл. 19, ал.1 и ал.3 СК от 1985г. /отм/ не предвиждат изключение за придобиване на построената по време на брака сграда от съпруга - чужденец. Същевременно, ВКС приема, че чл. 29, ал.3 ЗС, изисквайки разрешение на министъра на финансите за придобиване на сгради и ограничени вещни права върху недвижими имоти от чужденци, допуска изключение - не се изисква разрешение, когато със закон е предвидено „друго”. Така предвиденото на основание чл. 19, ал.1 СК от 1985г. /отм/ включване в съпругеската общност на сграда, построена по време на брака между български гражданин и чужденец в резултат на съвместен принос съставлява уредено със закон „друго” по смисъла на чл. 29, ал.3 ЗС в редакция бр.33/1996г. в сила от 01.06.1996г и в този случай не се изисква разрешение на министъра на финансите за придобиването докато тази норма е действала - 21.07.2000г.

Придобиване право на собственост върху земеделска земя съгласно ЗСПЗЗ от граждани на ЕС, които не пребивават постоянно в Република България

ЗСПЗЗ поставя ограничение в кръга на лицата, които могат да притежават земеделски земи, и начините, по които да се осъществява ползването им. Земеделските земи могат да бъдат собственост на граждани, на държавата, на общините и на юридическите лица с изключение на политическите партии и организации, движения и коалиции с политически цели. Чужди държави не могат да притежават право на собственост върху земеделски земи, а чужденци или чуждестранни юридически лица могат да придобиват право на собственост върху земеделска земя само при условията на международен договор, ратифициран по реда на чл. 22, ал. 2 КРБ, обнародван и влязъл в сила, а чужденците и при наследяване по закон. Изключение от този режим е допуснато за гражданите и юридическите лица от държавите членки на Европейския съюз, и на държавите - страни по СЕИП. Те ще могат да придобиват право на собственост върху земеделски земи

у нас при условията на ЗСПЗЗ след изтичането на срока, определен в ДПРБЕС. Разпоредбите на чл. 3, ал. 5 и 6 ЗСПЗЗ, с които то е установено, са част от промените в националното ни законодателство, наложени от членството в Европейския съюз (ЕС) и ангажиментите, произтичащи от сключения ДПРБЕС. Аналогични с цитираните разпоредби на ЗС са и разглежданият чл. 3, ал. 5 и 6 ЗСПЗЗ по отношение на земеделските земи и чл. 10, ал. 4 и 5 ЗГ за горите и земите от горския фонд.

Граждани на държавите членки и граждани на държавите, страни по СЕИП, които законно пребивават в България, са извън обхвата на това ограничение или на други норми или процедури, различни от тези, прилагани към български граждани. Страната ни запазва за срок от седем години от датата на присъединяване и съществуващите ограничения по отношение на придобиването на право на собственост върху земеделска земя, гори и горска земя от граждани на друга държава членка, от граждани на държавите, страни по СЕИП и от юридически лица, учредени в съответствие със законите на друга държава членка или на държава, страна по СЕИП. При придобиването на земеделска земя, гори и горска земя, гражданин на държава членка, не може да бъде третиран по-неблагоприятно отколкото към датата на подписване на ДПРБЕС или да му бъдат налагани по-големи ограничения в сравнение с гражданин на трета страна. Съгласно Договора за присъединяване на Република България към ЕС от 01.01.2014 г., чуждестранните лица - граждани на ЕС би следвало да могат да придобиват земеделска земя, гори и горска земя. Новите изменения в ЗСПЗЗ предвиждат обаче ограничения за придобиване на земеделска земя. Съгласно чл. 3, ал. 7 от ЗСПЗЗ, не могат да придобиват и да притежават право на собственост върху земеделски земи: 1. търговски дружества, в които съдружниците или акционерите са пряко или косвено дружества, регистрирани в юрисдикции с преференциален данъчен режим; 2. търговски дружества, в които съдружници или акционери са чужденци, извън физическите лица по чл. 3, ал. 4 и 5 от ЗСПЗЗ, или чуждестранни юридически лица, извън тези по чл. 3, ал. 4 и 6 от ЗСПЗЗ, както и еднолични търговски дружества, учредени от такива физически или юридически лица; 3. акционерни дружества, които са издали акции на приносител. Чуждестранни юридически лица и чужди граждани могат да придобиват право на ползване на земеделска земя или други ограничени вещни права върху земя при условия и по ред, определени със закон (чл. 3, ал. 8 от ЗСПЗЗ). Към момента все още няма приет закон, но такъв е в процес на обсъждане. Съгласно измененията в ЗСПЗЗ, право на собственост върху земеделски земи могат да придобиват физически или юридически

лица, които са пребивавали или са установени в Република България повече от 5 години (чл. 3в, ал. 1 от ЗСПЗЗ). Законът не посочва какво се разбира под лица, “установени в Република България”. Юридическите лица, с регистрация по българското законодателство, по-малко от 5 години, могат да придобиват право на собственост върху земеделски земи, когато съдружниците в дружеството, членовете на сдружението или учредителите на акционерното дружество отговарят на тези изисквания. По същество с въвеждането обаче на ограниченията в ЗСПЗЗ за пребиваване повече от 5 години, се ограничава граждани на и юридически лица от държавите -членки на Европейския съюз, и на държавите - страни по Споразумението за Европейското икономическо пространство, да придобиват право на собственост върху земеделски земи, въпреки изтичането на срока, регламентиран в Договора за присъединяване на Република България към Европейския съюз.

Като изключение към настоящия момент, когато се касае до земеделски земи - граждани на държави членки на ЕС могат да придобиват от датата на присъединяването на България към ЕС - 01.01.2007 г., право на собственост върху земеделски и горски имоти, при условие че желаят да се установят и да пребивават постоянно в РБългария и са регистрирани като земеделски производители по реда на Закона за регистър Булстат (чл. 3а, ал. 1 ЗСПЗЗ). Или тук са необходими две предпоставки, дадени кумулативно - регистрация по БУЛСТАТ (Закон за регистър Булстат) и регистрация за установяване и пребиваване в България (Закон за влизането, пребиваването и напускането на Република България на гражданите на ЕС и на членовете на техните семейства). Законът предвижда, че ако до изтичане на договорения преходен период тези лица преустановят дейността си на самостоятелно заети земеделски производители, следва да прехвърлят собствеността върху придобитите от тях земеделски земи (чл. 3а, ал. 2 ЗСПЗЗ).

В правните коментари при въвеждането на разпоредбата по чл. 3, ал. 7, т. 2 ЗСПЗЗ се подчертава, че тя не съдържа нова забрана за придобиване и притежаване на земя и е съобразена с духа на чл. 22, ал. 1 от Конституцията. Правилото цели да се спре заобикалянето на ограниченията за придобиване на земеделска земя от чужденци чрез регистрация на местно юридическо лице, което намери широко приложение и на практика, въпреки конституционния текст, значителни площи земеделски земи към момента се притежават именно от търговски дружества, в които съдружници и акционери са чуждестранни

юридически лица и чужденци без право да придобиват земеделска земя. Приемането на чл. 40а ЗСПЗЗ притежаването на земеделска земя от търговските дружества, въпреки ограниченията, не бе обвързано със санкция. Разпоредбите, задължаващи чуждестранните граждани, които са придобили земя чрез наследяване, да прехвърлят правото на собственост в 3-годишен срок по чл. 3б ЗСПЗЗ, не са приложими спрямо търговски дружества. Освен това неизпълнението на задължението от гражданите за прехвърляне на собствеността в срок не е свързано със санкционни последици. В случай че след изтичането на 3-годишния срок чуждестранните граждани не са се освободили от собствеността върху земеделска земя, те не губят правото си на собственост. Разпоредбата е опит по законодателен ред да се отстрани една съществена непълнота на ограничителния режим за придобиване и притежаване на земеделска земя. Тя е предмет на критични коментари от различен порядък - за несъответствие с основни принципи на административнонаказателната отговорност, за допуснатото обратно действие на санкционната норма, за неприемливо краткия срок за отчуждаване на притежаваните земеделски земи

Според чл. 3, ал. 8 ЗСПЗЗ в редакция от 2015 г. чуждестранни юридически лица и чужди граждани могат да придобиват право на ползване на земеделска земя или други ограничени вещни права върху земя при условия и по ред, определени със закон.

Давностно владение на земеделски земи от чужденец?

Може да се постави въпросът какво е правното значение на владението върху земеделска земя от чужденец - гражданин на ЕС, установено и упражнявано от него преди началната дата, на която влиза в сила разрешението за придобиване на правото на собственост? То не се зачита, защото противоречи на ДПРБРЕС, чл. 22, ал. 1 КРБ, чл. 29, ал. 1 ЗС и чл. 3, ал. 4 ЗСПЗЗ. В този случай трябва да се приеме, че давността започва да тече в съответствие с ДПРБРЕС, т.е. от 01.01.2014 г., разбира се, при условие че лицето продължава да владее земята. Чужденци, които не са граждани на държава - членка на ЕС или страна по СЕИП и няма международен договор, ратифициран по реда на чл. 22, ал. 2 от Конституцията на Република България, обнародван и влязъл в сила, не могат да придобиват правото на собственост върху земеделска земя по давност.

По отношение на горски територии

По отношение на чуждите граждани и чуждите ЮЛ сегашната уредба не се отличава съществено от тази на отменения ЗГ. Гражданите и ЮЛ от държавите членки на ЕС или Споразумението за Европейско икономическо пространство могат да придобиват права върху горски територии след изтичане на срока, определен в Договора за присъединяване на Република България към ЕС⁵. За останалите чужденци и чужди ЮЛ правото да се придобият горски територии е опосредено от международен договор, ратифициран по реда на чл. 22, ал. 2 от Конституцията, като в този договор, страна по който е България, са посочени условията за придобиване. Чужденци, които придобиват право на собственост върху горски територии чрез наследяване по закон и за които не е предвидено друго в международен договор, ратифициран по реда на чл. 22, ал. 2 от Конституцията, са длъжни в тригодишен срок от откриване на наследството да прехвърлят собствеността на лица, които имат право да придобиват такива имоти. Същото се отнася и за тези чуждестранни лица, чието право на собственост е възстановено, като тригодишният срок тече от момента на възстановяването. Ако срокът не бъде спазен, държавата изкупува горските територии по цени, определени с наредбата по чл. 86 ЗГ.

Наследяване по закон

Що се отнася до наследяването като придобивен способ, то принципът на допустимост на придобиване на земи от чужденци при наследяване по закон е регламентиран в чл. 22, ал. 1 от Конституцията и чл. 29, ал. 1 ЗС, като не се въвежда деление на категории чуждестранни лица, тя важи и за двете категории чужди граждани.

Съгласно действащото законодателство (Конституция на РБ, Закона за собствеността и ползването на земеделските земи) няма пречка чужд гражданин да придобие право на собственост върху земя чрез наследяване по закон. За целта той трябва първо да приеме

⁵ Този срок за горски територии е седем години, считано от 01.01.2007 г., вж. Еленкова, Ел. „Придобиване на собственост от чужденци и чужди юридически лица върху земя“, сп. „Собственост и право“, 2007, № 4, също Стоянов, В. „Придобиване на вещни права върху недвижими имоти от чужденци“, сб. „15 години ЮФ“ на ПУ „Паисий Хилендарски“, 2007, 7-16.

наследството по реда и начините, установени в Закона за наследството, и да представи доказателство (удостоверение за наследници), че попада в кръга на наследниците, определени в Закона за наследството (чл. 5), което му дава право да бъде считан за наследник по българското право. Чужденци, които придобият право на собственост върху земеделски земи при наследяване по закон, но не отговарят на условията, предвидени в Договора за присъединяване на Република България към ЕС, или друго не е предвидено в международен договор, са длъжни в тригодишен срок от откриване на наследството да прехвърлят собствеността на лица, които имат право да придобиват такива имоти чл. 3б, ал. 1 от ЗСПЗЗ. Подобна разпоредба се съдържа и в ЗГ. Съгласно Кодекс на международното частно право (чл. 89, ал. 2) отношенията, свързани с наследяване на недвижим имот, следва да се уреждат съгласно правото на страната по местонахождение на имота. Следователно, при наследяване на недвижим имот, който се намира в България, следва да се съобразяват разпоредбите на Закона за собствеността, Закона за наследството и др. Законодателството ни изключва възможността за придобиване на земя от чужди граждани по силата на завещание.

ВЛИЈАНИЕТО НА ВИРУСОТ КОВИД 19 НА ГРАЃАНСКОТО ПРАВО

347:[616.98:578.834(497.7)
Review paper

Апстракт: Пандемијата од вирусот Ковид 19 сериозно го засега целиот свет. Вирусот одзеде милиони човечки животи, го загрози здравјето на толем број луѓе, предизвика толема економска штета, создаде страв и несигурност и се одрази негативно речиси во сите сфери на човековото живеење. Ниту правото не остана имуно на влијанието на вирусот. Во трудот посебно внимание е посветено на анализата на влијанието на вирусот и на новосоздадените општествени околности на македонското приватно право. Имајќи ги во предвид промените кои настанаа како последица на ковид вирусот, во трудот посебно се истражува нивното влијание на брачните, семејните и имотно-правните односи со цел да се утврди игнатата на правото и предизвиците со кои тоа се соочува.

Клучни зборови: вирус ковид 19, брак, развод, наследување, договори, имотноправни односи.

Правото остварува многу значајна улога во општеството уредувајќи ги општествените односи во кои луѓето стапуваат секојдневно (*ubi societas ibi ius*). Правото го уредува животот, кој е сложен, динамичен и непредвидлив. Ова го потврди појавата на пандемијата од Ковид 19 вирусот, кој одзеде милиони човечки животи, се одрази на светската

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

економија и животот и здравјето на граѓаните. Соочени со невидливиот непријател, како никогаш досега во човековата историја, човештвото се исправи пред нови предизвици: задолжителното носење на маска во затворен простор, прогласување на вонредни и кризни состојби, ограничување на слободата на движење, целосно затворање на институциите, фабриките и луѓето во домовите, забрани за јавни настани и групирања и др. Човештвото се отуѓи. Луѓето како социјални битија беа принудени да се затворат и свртат кон себе и најблиските.

Опасниот вирус се одрази во сите сфери на општествениот и правниот живот. Во приватното право, најмногу се одрази на брачните и семејните односи, како чувствителна и емоционална сфера на луѓето. Во последните три децении брачните и семејните односи беа подложени на драматични трансформации кои се изразуваат преку зголемувањето на бројот на разведени бракови, намалување на склучените бракови, зголемување на бројот на вонбрачни деца, намалување на наталитетот и др. Во услови на пандемија од Ковид 19 вирусот тие во сите општества прогресираа. Овој феномен не ја одмина ниту нашата држава.¹

Во Македонија според статистичките податоци бројот на разведени бракови за време на пандемијата бележи значителен пораст. Во 2019 година имало 13814 разведени бракови, додека во 2020 година 2284 разведени бракови, што е пораст од 14,7%. Затвореноста на членовите семејството во домовите придонесе да исплива на површина нетрпеливоста и неподносливоста на заедничкото живеење. Бројни се причините за развод кои ескалираа во овој период: семејно насилство, неверство, финансиски проблеми, некомуникација, и др. Короната влијаеше за појавата на нов феномен при разводот на бракот. За прв пат, се појавија случаи во кои мајките не го бараа старателството на децата при развод на брак!² Во минатото тоа беше речиси секогаш случај, со мали исклучоци. Оваа појава може да се објасни со промените во улогите на мажот и жената, како и желбата за поголема слобода и независност, индивидуализмот и потрагата по лична среќа и задоволство.³

Во однос на семејните односи, во периодот од 2019-2020 година, пандемијата најмногу се одрази на правото на остварување на лични и непосредни контакти со децата на родителот кому не се доверени на

1 Повеќе за ова да се види кај Д. Мицковиќ, М. Шутова, *Развод на брако во европските законодавства*, Богданци, 2019.

2 Податокот е добиен врз основа на истражување на бракоразводните парници во најголемиот граѓански суд во државата – Граѓанскиот суд во Скопје.

3 Повеќе за ова да се види кај Дејан Мицковиќ, *Семејството во Европа од 16-21 век*, Ван Гог, Скопје, 2009.

чување и воспитување.⁴ Во услови на забрана за движење, ограничување на контактите, мерките за заштита на здравјето, како и големиот страв од смртоносниот вирус, остварувањето на ова право за родители на кои старателството на децата не им беше доверено стана невозможно. Тие и претходно се соочуваа со бројни проблеми поврзани со остварување на правото на лични и непосредни видувања со децата.⁵

Сега овие проблеми уште повеќе кулминираа. Застарените законски решенија по однос на уредувањето на личните и непосредните односи (контакти) и надлежноста на Центарот за социјална работа уште еднаш ја покажаа својата неефикасност.⁶ Државата не презеде ништо и покрај тоа што во случајот Митови против Р Македонија,⁷ и Олури против РС Македонија⁸ беше осудена од страна на Европскиот суд за човекови права. Народниот правобранител и Центарот за социјална работа беа претрупани со претставки за кои во овој период изговорот беше Ковид – пандемијата.

Под превезот на најчестиот изговор „има корона“ злоупотребите на правата од страна на родителите кому децата се доверени на чување и воспитување не може да бидат спречени. Надлежните институции останаа немоќни и не презедоа ништо за да го овозможат правото на децата и родителите да го остварат своето право на лични и непосредни контакти. Децата станаа заложници на короната. Постои опасност некои од нив и трајно да ги прекинат врските со роднините на другиот родител.

Како резултат на вирусот Ковид 19 значително се намали и бројот на склучени бракови во Македонија. Во 2019 година биле склучени 13814 бракови, додека во 2020 година биле склучени 9200 бракови, што претставува пад за број од 4614, односно речиси 34%. Забраната за одржување свадби и веселби, групирања на луѓето придонесе

4 Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Правото на детето на лични и непосредни контакти со другиот родител и блиските роднини“, *Правник*, бр. 286, Здружение на правници на Република Македонија, Февруари, 2016.

5 Види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, Стоби трејд, Скопје, 2015, стр. 91-93.

6 Ѓорѓи Радојков, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Актуелни прашања во судската пракса во семејните спорови“, *Правник*, бр. 284, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, декември, 2015

7 Види повеќе Angel Ristov, “Justice is expensive: Case Mitovi v. Republic of Macedonia” *Iustinianus Primus Law Review* No. 14, Faculty of Law Iustinianus Primus, Skopje, 2016.

8 Види Пресуда на ЕСЧП во предметот *Олури против РСМ* достапно на <https://biroescp.gov.mk>

голем број на парови да ја одложат својата одлука за стапување во брак. Ограничениот социјален живот, неможноста за стекнување нови познанства надвор од социјалните мрежи, исто така, придонесе за намалување на бројот на склучени бракови во периодот 2019-2020 година.

За време на пандемијата дојде и до значително зголемување на семејното насилство.⁹ Неподносливоста на заедничкото живеење, некомуникацијата и нетрпеливоста помеѓу партнерите го најдоа својот израз во затвореноста на семејствата. Во споредба со 2019 година во 2020 година бројот на пријавени случаи на семејно насилство се зголеми за 7,6% според официјалните податоци. Бројот на непријавени случаи е многу поголем, особено во руралните средини. И покрај новите законски решенија и бројните медиумски кампањи, искоренувањето на ова зло тешко оди во нашето општество.

Ковид пандемијата најтрагично се одрази во наследноправните односи.¹⁰ Во периодот од 2019-2020 година починаа повеќе од 5000 лица. По стапката на смртност нашата држава, во услови на немање вакцини, се вброи помеѓу водечките во Европа и светот. Речиси и да не остана семејство кое не загуби близок роднина или пријател поради компликации од корона вирусот. Поради мерките за заштита и ограничувањата погребите се спроведуваа во најтесниот круг на семејството. Незаконската пракса починатите од Ковид 19 да се погребуваат во лимени сандаци, дополнително го оптовари буџетот на граѓаните. Загубите се ненадоместливи! Со почитување на мерките за заштита, нотарите непрекинато ги спроведуваа оставинските постапки во интерес на наследниците и во овој период.

Пандемијата се одрази и на облигационите односи. Мерките за заштита, бројните ограничувања на слободата на движење значително влијаа на облигационите односи и правниот промет.¹¹ Под постојан страв за животот и здравјето луѓето стапуваа во имотноправните односи

9 Поопширно за семејното насилство види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Феноменот семејно насилство Европа и во Македонија“, *Годишник во чест на проф. Славко Милосавлевски*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје 2014.

10 За наследноправните односи повеќе види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право*, Стоби Трејд, Скопје, 2016; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, Скопје, 2016.

11 Повеќе за облигационите односи види кај Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска, *Облигационо право*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2008; Кирил Чавдар, Кимо Чавдар, *Закон за облигационите односи*, Академик, Скопје, 2008; Гале Галев, Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, „Ново облигационо право“, *Зборник во чест на Асен Груиче*,

само заради задоволување на егзистенцијалните потреби. Тоа беше и една причините за падот на економијата во светски и национални рамки. Ова придонесе за зголемување на бројот на отпуштања на работници и затворање на помалите фирми и компании. За надминување на тешката финансиска состојба државата презеде бројни мерки, со цел надминување на кризната состојба.

Една од ретките ригидни мерки која беше предвидена во период од три месеци, беше запирањето на работата на извршителите. Тоа беше направено во интерес на надминување на тешката положба на должниците. Но, дали ваквата мерка беше во интерес и на доверителите? Тие требаше да чекаат подобри денови и надминување на кризата. Ваквата мерка беше предвидена само во нашата држава. Во споредбеното право таа стана редок исклучок својствен само за нашето право. Каматата на банките продолжи да тече и понатаму за дадените кредити, додека за плаќањето на месечните рати беше дадена можност за пролонгирање.

За време на пандемијата во 2019-2020 година се чини дека најголема корист остварија приватните клиници и лаборатории. Во заштитата од смртоносниот вирус, ниту Хипократовата заклетва не помогна! Граѓаните беа приморани да плаќаат енормно високи цени на дадените услуги од страна на приватните здравствени установи и лаборатории. ПЦР тестовите по високи цени беа на товар на граѓаните, додека цената на болничкиот кревет надмина 1000 евра на ден! Дали со тоа беше испочитувано начелото на еднаквост на давањата во облигационите односи кое подразбира дека услугата што се дава и надоместот што се добива за неа треба да бидат еднакви или приближно еднакви? Одговорот на ова прашање најдобро го знаат граѓаните кои ги користеле овие услуги. Голем број починати пациенти ги оставија болничките долгови од илјадници евра на своите наследници. Во услови кога државата не ги ограничи цените на приватните здравствени установи и лаборатории, цените на услугите кои тие ги даваат добија карактер на лихварски договори! Според одредбата на членот 129 од Законот за облигационите односи:

(1) Ништовен е договор со кој некој, користејќи ја **состојбата на нужда** или тешката материјална состојба на друг, неговото *недоволно искуство*, лекомисленост или **зависност**, *ќе дојдори за себе* или за некој трет *користи која е во очигледен несразмер со она што тој на друштво му го дал или створил, или се обврзал да му даде или да му створи.*

(2) Врз лихварскиот договор сообразно се применуваат одредбите на овој закон за последиците од ништовноста и за делумната ништовност на договорот.

(3) Ако оштетениот бара да се намали неговата обврска на справедлив износ, судот ќе го дозволи таквото барање ако е тоа можно, а во тој случај договорот со соодветната измена останува во сила.

(4) Оштетеникот може да поднесе барање за намалување на обврската на справедлив износ во рок од пет години од склучувањето на договорот.

Според искуствата на граѓаните во овој период некои биле приморани најпрвин да ги депонираат паричните средства за да бидат примени и ја добијат потребната здравствена заштита во приватните клиници. Досега сеуште не е поднесена ниту една тужба за поништување на ваквите адхезиони договори во кои соочени со заканата од смрт за себе или своите најблиски граѓаните беа присилени да ги потпишуваат сите изјави и договори кои ќе им беа дадени од страна на приватните здравствени установи. Дали ваквото постапување е во согласност со начелото на совесност и чесност во облигационите односи? Дали ваквите услуги со оглед на немањето никаква гаранција за крајниот резултат од лекувањето не добија елементи на алеаторност? Практиката уште еднаш ја потврдува старата латинска максима *ignorantia iuris poset!* Затворените граници, бројните карантини и полициски часови придонесоа да се намалат и случаите на причинување на штета, особено изразени во сообраќајните односи.

Бројните ограничувања и стравот од можно заразување придонесе за зголемување на електронската продажба и онлајн купувањето. Според статистичките податоци бројот на трансакции во периодот од 2019-2020 година значително се зголеми и надмина 5 милиони евра. Иднината на правото се менува. Наместо во живо граѓаните се повеќе се одлучуваат за електронско купување и плаќање. Правото треба и мора да се прилагодува на ново настанатите животни околности.

И покрај светската економска криза, која се одрази и на домашната економија се чини дека во стварноправните односи таа имаше спротивен ефект.¹² Бројот на изградени згради и станови во услови на пандемија бележи пораст што придонесе кон значителен пораст на цените на недвижностите и зголемен промет со станови и идни градби.¹³ Во

¹² Види за стварноправните односи кај Родна Живковска, *Стварно право*, Европа 92, Скопје, 2005.

¹³ За ова повеќе види кај Ангел Ристов, *Етичка сојсственост-сојсственост на посебни делови од зграда*, Јуридика Прима, Скопје, 2020.

услови на голема економска криза граѓаните одлучија своите заштедени средства да ги ивестираат во недвижности, како една од најсигурните инвестиции. Бројот на изградени и непродадени станови се зголемува, заедно со нивната цена, без влијание на побарувачката! Парадокс кој е спротивен на законот на вредноста. Независно од фактот што понудата на станови е поголема од побарувачката, цената на недвижностите во главниот град Скопје бележи пораст во економска криза и голем степен на сиромаштија!

И покрај бројните ограничувања, мерките за заштита за време на Ковид пандемијата судовите непрекинато работеа, овозможувајќи правна заштита на граѓаните и правните лица. Рочиштата беа одлагани поради фактот на овозможување или неможност за присуство од причини предизвикани со Ковид 19. Непрекинато работеа и адвокатите, но сепак со намален интензитет на работа како последица на ковидот.

После повеќе од една година од појавата на Ковид 19 вирусот, човештвото уште еднаш во историјата се избори против невидливиот непријател со пронаоѓањето на вакцините. Сеуште сме далеку од создавањето на колективен имунитет. Дали вакцините ќе помогнат да се победи вирусот иднината ќе покаже. Дали извлековме поуки од пандемијата? Несомнено таа не потсети дека здравјето е најважно од се! Граѓаните се потсетија на улогата и значењето на семејството од каде се почнува и се завршува. До кога ќе трае ковид вирусот со континуираната мутација во нови соеви времето ќе покаже. Непредвидливоста на вирусот уште еднаш покажа дека иднината на правото зависела и зависи од општествените прилики на кои тоа треба да се прилагодува.

Angel Ristov, PhD
Associate professor,
Faculty of Law Iustinianus Primus
University Ss. Cyril and Methodius Skopje

THE INFLUENCE OF COVID 19 ON THE CIVIL LAW

Summary

The Covid 19 virus pandemic has seriously affected the world. The virus has claimed millions of lives, endangered the health of many people, caused great economic damage, created fear and insecurity, and had a negative impact on almost every sphere of human life. The law has not remained immune to the effects of the virus either. The paper pays special attention to the analysis of the impact of the virus and the newly created social circumstances on the Macedonian Private Law. Having in mind the changes that have occurred as a result of the covid virus, the paper specifically examines their impact on marital, family and property relations in order to determine the future of law and the challenges it faces. How long will the covid virus last with the continuous mutation in new strains, time will tell. The unpredictability of the virus has once again shown that the future of law has depended and depends on the social circumstances to which it has to adapt.

Keywords: *virus covid 19, marriage, divorce, inheritance, contracts, property relations.*

ТЕК НА ПРВОСТЕПЕНА ПОСТАПКА СО ДОНЕСУВАЊЕ НА РЕШЕНИЕ И ЗАКЛУЧОК ВО СУДСТВОТО НА РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

35.077.3:340.13(497.7)

Review paper

Апстракт: Со овој закон се уредува постапката за остварување на заштитата на правата и правните интереси на физичките лица, правните лица и друштвите странки, како и заштитата на јавниот интерес по која се должни да постапуваат министерствата, организациите на државната управа, организациите утврдени со закон, друштвите државни органи, правните и физичките лица на кои со закон им е доверено да вршат јавни овластувања, како и организациите на општината, на Градошката Скопје и општините во Градошката Скопје, која во вршењето на своите законски надлежности, постапуваат, решаваат и преземаат друштва управни дејствија во управни работи. Основата на оваа изработка ќе биде текошт на првостепената постапка, нејзино покренување и поведување на постапка. При поведување надлежниот орган не е должен да донесе некаков формален акт дека постапката е зайочната, односно не се бара претходно донесување на формален заклучок или решение.

Клучни зборови: управна постапка, покренување на постапка, странка, орган, интерес закон, барање, жалба, решение, заклучок.

Примена на законот и употреба на јазиците и писмата

Овој закон се применува за сите управни дејствија на јавните органи и на давателите на услуги. Со посебните закони одделни закони

* Вонреден професор, Воена академија „Генерал Михаило Апостолски“, Скопје
zoranjovanovski43@gmail.com

може да се уредат поинаку од овој закон, доколку не се во спротивност со основните начела и целта на овој закон и не ја намалуваат заштитата на правата и правните интереси на странката загарантирана со овој закон.

Во управната постапка службен јазик е македонскиот јазик и неговото кирилично писмо. Во управната постапка што се води во орган на државната управа, другите државни органи, органите на општината, на Градот Скопје и на општините во градот Скопје, правните и други лица на кои со закон им е доверено вршење на јавни овластувања, друг јазик што го зборуваат најмалку 20% од граѓаните и неговото писмо, се користи во согласност со Законот за употреба на јазик кој го зборуваат најмалку 20% од граѓаните во Република Северна Македонија и во единиците на локалната самоуправа. Странките и другите учесници во постапката кои не се државјани на Република Северна Македонија, а не го разбираат македонскиот јазик и неговото кирилско писмо, имаат право на преведувач.

1.1. Странка во управна постапка и нејзино застапување

Странка во управна постапка е лице по чие барање е поведена постапката или лице против кое се води постапката, односно лице кое заради заштита на своите права или правни интереси има право да учествува во постапката. Странка во управната постапка може да биде секое физичко и правно лице. Исто така, како странка може да се јави и синдикална организација доколку во управната постапка се решава за некое право или правен интерес на член на таа организација како и државен орган, населба, здруженија, групи на лица итн. Странки во управната постапка можат да бидат здруженија на граѓани, фондации и политички партии кои имаат за цел да штитат определени права и интереси на своите членови.

Странката не мора лично да учествува во управната постапка, бидејќи може да биде застапувана од страна на застапници. Постојат повеќе видови застапници:

-законски застапник: лице определено со закон кој врши дејствија место странките што немаат процесна способност.
-привремен застапник: се определува во разни ситуации односно за отсутна странка чие живеалиште не е познато, за странка чиј определен законски застапник има судир на интереси со застапуваната страна, за странка која нема процесна способност, во ситуации кога интересот на

странката или заштитата на здравјето и животот и имот од поголема вредност наложува итно дејствување, а учество на странката или нејзиниот застапник во спроведувањето на ова дејствие е невозможно или би предизвикало несразмерни трошоци.

-заеднички претставник, полномошник: две странки во ист предмет можат да настапуваат заеднички доколку имаат исти барања и не е поинаку утврдено со закон.

-полномошник: може да биде адвокат или некое друго лице кое има процесна способност и кое во име и за сметка на странката ги презема процесните дејствија и тие имаат важност како да ги превзела самата странка.

1.1.1. Како комуницираат управните органи и граѓаните?

Постојат повеќе начини за комуникација помеѓу административните органи и странките. Како што се поднесоци, повикувања, записници, разгледување на списи и известувања во текот на постапката. Основно средство за комуникација е поднесокот кој претставува општ заеднички поим за сите видови писмени или усмени соопштувања (барања, предлози, пријави, молби, жалби, приговори и други соопштенија со кои странките се обраќаат до органот и бараат реализација или заштита на своите права.)

1.1.2. Поведување на постапка

Управната постапка ја поведува надлежниот орган по службена должност или по барање на странките. По службена должност, надлежниот орган ќе ја поведе постапката кога тоа е утврдено со закон и кога ќе се утврди или дознае дека треба да се заштити јавниот интерес. Според ЗОУП, управната постапка се смета дека е поведена на барање на странката на денот кога е поднесено барањето. Управната постапка што е поведена по службена должност започнува со првото дејствие во постапката преземено од овластеното службено лице. Странката барањето за остварување на право, односно правен интерес може да го достави на образец, кој јавниот орган е должен да го изготви, а на тој таксативно се наведени доказите и податоците кои странката е должна да ги приложи кон барањето и доказите и податоците кои јавниот орган надлежен за решавање на работата ги прибавува по службена постапка.

Во случај кога надлежниот орган, по барање на странката,

најде дека, според важечкиот пропис, нема услови за поведување на постапката, тој е должен за тоа да донесе заклучок против кој е допуштена посебна жалба. За да може да се поведе управна постапка, мора претходно да постои предлог, барање, молба од заинтересираното лице, односно од странката. Се бара предлог од странката затоа што странката бара да се признае некое право, да се ослободи од некоја обврска, да се издаде дозвола и слично. Во овие случаи, постапката не може да се поведе по службена должност. Доколку се поведе постапка во претходниот случај, без согласност на странката, тоа дејство е ништовно.

1.1.3 Постапка до донесување на решение

Законот за општата управна постапка содржи одредби кои се однесуваат на постапката до донесување на решение и кои, вообичаено, се нарекуваат испитна постапка. Целта на испитната постапка е доследна примена на начелото на материјална вистина и законитост. Органот што ја води постапката, пред донесување на решението, треба да ги утврди сите факти и околности кои имаат значење за донесување на решението и на странките треба да им се овозможи да ги остварат и да ги заштитат своите права и правни интереси.

Службеното лице што ја води постапката е должно, по потреба, да ја предупреди странката на нејзините права во постапката и да и укаже на правните последици на нејзините дејствија или пропуштања во постапката.

1.1.5. Странки со дипломатски имунитет

Ако во управна постапка странка е странец кој ужива право на дипломатски имунитет во Република Северна Македонија, странска држава или меѓународна организација, важат правилата на меѓународното право признаени од страна на Република Северна Македонија. Во случај на сомневање за постоењето и за обемот на правото на дипломатскиот имунитет, објаснување дава органот на државната управа надлежен за надворешни работи. Службените дејствија што се однесуваат на лицата кои уживаат право на дипломатски имунитет се врши со посредување на органот на државната управа надлежен за надворешни работи.¹

¹ Сл. весник „Закон за општа управна постапка, чл. 28

2. РЕШЕНИЕ

За права, обврски и правни интереси на правните субјекти во управната постапка се решава со конкретен управен акт – решение. Решението се заснова на фактите утврдени во постапката. Решението станува правосилно и кога странката се откажала од правото на жалба. Правосилно решение во управна постапка може да се поништи, да се укине или да се измени само во случаи утврдени со закон.

Законот за општата управна постапка (ЗОУП) јасно ги определува роковите за издавање решение кои, во зависност од видот на постапката и од нејзината сложеност, се движат од 15 до 30 дена сметајќи од денот на предавањето на уредното барање, односно од денот на поведувањето постапка по службена должност, доколку со закон не е утврдено поинаку.

За решението на органот на управата, странката има право на правни лекови.

Правните лекови може да бидат:

- 1) редовни правни лекови
- 2) вонредни правни лекови

Решенијата што се носат во управната постапка можат да содржат определени грешки кои можат да бидат од техничка природа. Против заклучокот со кој веќе донесеното решение се исправува или со кој се одбива предлогот за исправување, е допуштена посебна жалба.

2.1. Форма и составни делови на решението

Писменото решение содржи увод, диспозитив (изрека) образложение, потпис на службеното лице и печат на органот. Со диспозитивот се решава предметот на постапката во целост и за сите барања на странката за кои во текот на постапката не е решено посебно. Ако со решението се налага извршување на некакво дејствие, во диспозитивот ќе се определи и рокот во кој треба да се изврши тоа дејствие. Кога е пропишано дека жалбата не го одлага извршувањето на решението, тоа мора да биде наведено во диспозитивот. Во вакви случаи, во образложението на решението мора да се содржи и повикување на прописот кој го предвидува тоа. Во образложението на решението мора да бидат образложени и оние заклучоци против кои не е допуштена посебна жалба

2.1.1.Делумно, дополнително и привремено решение

Кога за една работа се решава во повеќе точки, а само некои од нив се доспеани за решавање и кога ќе се покаже дека е целесообразно за нив да се решава со посебно решение, надлежниот орган може да донесе решение само за тие точки (делумно решение).

Ако надлежниот орган со решението не одлучил за сите прашања што биле предмет на постапката, тој по предлог на странката или по службена должност, може да донесе посебно решение за прашањата кои со донесеното не се опфатени (дополнително решение). Ако странката поднесе предлог и тој не е прифатен од органот, односно предлогот е одбиен, против заклучокот е допуштена жалба. И ова решение, по однос на правните средства и извршувањето, се смета како самостојно решение.

Ако според околностите на случајот е неопходно пред завршување на постапката да се донесе решение со кое привремено се уредуваат спорни прашања или односи, ова решение ќе се донесе врз основа на податоците што постојат во моментот на неговото донесување. Во таквото решение мора изрично да биде назначено дека е привремено.

Доколку привременото решение се бара од странката, надлежниот орган може да ја услови странката да даде обезбедување за штетата што би можела поради извршување на таквото решение да настапи за спротивната странка. Со донесувањето на решението за главната работа, што се донесува по окончување на постапката, ќе се укине привременото решение. Привременото решение, во однос на правните средства и извршувањето, се смета како самостојно.

2.2.ЗАКЛУЧОК

Со заклучок се одлучува за прашања кои се однесуваат на постапката. Со заклучок се одлучува и за оние прашања кои се јавуваат и како споредни во врска со спроведувањето на постапката, а за кои не се донесува решение, односно кои не се решаваат со решение (на пр., заклучок за износот на надоместокот и посебни награди на сведоци, вештаци, толкувачи и сл.). Ако со заклучок се налага извршување на некое дејствие, ќе се определи и рокот во кој тоа дејствие ќе се изврши. За разлика од решението кое, по правило, се донесува во писмена форма, заклучокот, по правило, усмено им се соопштува на заинтересираните

лица. Написмено се издава заклучок само тогаш кога странката тоа го бара за да може против заклучокот да се изјави посебна жалба или кога веднаш може да се бара извршување на заклучокот. Заклучокот нема да се издаде во писмена форма ако тоа не го бара странката. Против заклучокот може да се изјави посебна жалба само тогаш кога изрично е предвидено во законот. Таквиот заклучок мора да биде образложен и да содржи упатство за жалба. Жалбата се изјавува на ист начин, до ист орган и во ист рок како и жалбата против решение.

Заклучоците против кои не е допуштена жалба можат да се побиваат со жалба против решение, освен ако жалбата против заклучок со ЗОУП е исклучена. Жалбата не го одлага извршувањето на заклучокот, освен ако со закон или со самиот заклучок поинаку не е определено.

3. Спојување на работи во една постапка

Спојувањето на работи во една постапка се врши ако се исполнети определени услови за повеќе управни предмети, наместо да се водат одвоено, да се води една постапка.

Спојување на работи во една постапка може да има ако правата или обврските на странките се засноваат врз иста или слична фактичка состојба и врз иста правна основа и ако органот што ја води постапката во однос на сите предмети е стварно надлежен. Една постапка може да се поведе и да се води и тогаш кога се работи за права и обврски на повеќе странки.

За водење на една постапка во вакви случаи надлежниот орган ќе донесе посебен заклучок. Против заклучокот со кој се дозволува спојување на работи во една постапка, може да се изјави жалба. Доколку таков заклучок донесол орган кој решава во втор степен, тогаш по тој заклучок не е дозволена жалба. Спојувањето на управните работи во една постапка се врши заради економичност и ефикасност во постапката. Во овие случаи, секоја од странките настапува самостојно во постапката.

3.1. Право на изменување, дополнување и откажување на барање

Измена на барање странката може да направи по поведување на постапката, па сè до донесување на решение во прв степен. Странката може да го прошири барањето или, наместо поранешното барање, да

поднесе друго, без оглед дали *проширеној* или *изменетој* барање се заснова врз иста правна основа, под услов таквото барање да се заснова врз суштествено иста фактичка состојба.

Ако органот што ја води постапката го прифати проширувањето, односно измената на барањето, не треба да се донесува никаков посебен заклучок, но ако го одбие, должен е да донесе заклучок. Против заклучокот е допуштена посебна жалба.

3.2 Откажување од барањето

Во текот на целата постапка, странката може да се откаже од своето барање. Органот што ја води постапката ќе донесе заклучок со кој се запира постапката и за тоа ќе ја извести спротивната странка. Ако натамошното водење на постапката е во јавен интерес или ако тоа го бара спротивната странка, надлежниот орган ќе го продолжи водењето на постапката. Кога постапката е поведена по службена должност, органот може да ја запре постапката. Ако постапката, покрај по службена должност, може да се поведе и по барање на странка, постапката ќе продолжи ако странката поднесе барање и го бара тоа. Против заклучок со кој се запира постапката дозволена е посебна жалба. Странката, со изјава што ја дава на органот што ја води постапката, ќе се откаже од барањето. Изјавата на странката со која се откажува од барањето треба да биде јасна, недвосмислена и изрична, со цел да се види дека странката се откажува од барањето. Изјавата може да се даде преку писмен поднесок или усно на записник пред органот.

3.3. Порамнување

Ако во постапката учествуваат две или повеќе странки со спротивни барања, службеното лице кое ја води постапката ќе настојува во текот на целата постапка странките да се порамнат целосно или барем во одделни спорни точки. Порамнувањето мора да биде секогаш јасно и определено и не смее да биде на штета на јавниот интерес, на јавниот морал или на правниот интерес на трети лица. Службеното лице кое ја води постапката мора на тоа да внимава по службена должност. Ако се утврди дека порамнувањето би било на штета на јавниот интерес, на јавниот морал или на правниот интерес на трети лица, органот што ја води постапката нема да прифати да се склучи порамнување и за тоа ќе донесе посебен заклучок. Порамнувањето се запишува во записник.

Порамнување е склучено кога странките по прочитаниот записник за порамнувањето ќе го потпишат записникот. Заверениот препис на записникот ќе им се предаде на странките ако го бараат. Порамнувањето има сила на извршно решение донесено во управната постапка.

Структура на решени предмети во управна постапка по области во период од 2012-2016 год.²



На 18.06.2019 година се одржала и обука за импеметирање на новиот закон за управни спорови во Р.С.Македонија кадешто со него детално се уредубва постапката пред Управниот суд и пред второстепениот суд и се предвидува задолжителност на јавна расправа во постапката и се дефинирани начелата врз кои се води постапката. Дел од новините во законот се : поголема ефикасност на управниот спор, намалување на должината на управносудската постапка, мериторно одлучување на Управниот Суд, обезбедување на извршност на одлуките на Управниот суд, обезбедување на извршност на одлуките на Управниот суд, воведување на модел одлука и модел постапка. Во

² Извештај за работата на второстепени комисији и управните судови во Македонија

врска со тек на постапката за водење управен спор во согласност со Законот: Поведување управен спор, надлежност на Управниот суд за одлучување по тужбено барање, постапување во случај на донесување на друг управен акт од страна на јавниот орган и одлучување во врска со претходно прашање.

ЗАКЛУЧОК:

Врз основа на горенаведеното, може да се заклучи дека законот за општа управна постапка се состои во тоа што управните органи се должни при остварување на своите надлежности на граѓаните да им обезбедат ефикасно и законско остварување на нивните уставни слободи и права.

Управната постапка ја поведува надлежниот орган по службена должност или по барање на странките.

За права, обврски и правни интереси на правните субјекти во управната постапка се решава со конкретен управен акт решение. Решенијата што се носат во управната постапка можат да содржат определени грешки кои можат да бидат од техничка природа. Исправката на грешката произведува правно дејство од денот кога произведува правно дејство и решението кое се исправа. За исправката се донесува посебен заклучок.

Против кој може да се изјави посебна жалба само тогаш кога изрично е предвидено во законот. Во текот на целата постапка, странката може да се откаже од своето барање. Органот што ја води постапката ќе донесе заклучок со кој се запира постапката и за тоа ќе ја извести спротивната странка. Ако натамошното водење на постапката е во јавен интерес или ако тоа го бара спротивната странка ќе се продолжи водењето на постапката. Органот што ја води постапката ќе донесе заклучок со кој се запира постапката и за тоа ќе ја извести спротивната странка. Против заклучок со кој се запира постапката дозволена е посебна жалба. Странката, со изјава што ја дава на органот што ја води постапката, ќе се откаже од барањето. Изјавата на странката со која се откажува од барањето треба да биде јасна, недвосмислена и изрична, со цел да се види дека странката се откажува од барањето. Изјавата може да се даде преку писмен поднесок или усно на записник пред органот. За да може да се поведе управна постапка, мора претходно да постои предлог, барање. Доколку се поведе постапка во претходниот случај, без согласност на странката, тоа дејство е ништовно.

Zoran Jovanovski PhD
Associate professor
Military Academy Mihailo Apostolski

Summary

The Law on General Administrative Procedure regulates the procedure for realization of the protection of the rights and legal interests of natural persons, legal entities and other parties, as well as protection of the public interest that the ministries, state administration bodies, organizations determined by law, other state authorities, legal entities and natural persons entrusted with the law to exercise public powers and take other administrative actions in administrative matters. The basis of this preparation shall be the first instance procedure, its initiation and course ie initiation of the procedure, the competent authority shall not be obliged to adopt any formal act that the procedure has been commenced, ie no prior conclusion of a formal decision shall be adopted and a conclusion concerning with the same thing.

Key words: *administrative procedure, initiation of proceedings, party, authority, law interest, request, appeal, decision, conclusion.*

Prof. dr Vladimir Kozar*
Doc.dr Vanda Božić**

UGOVOR O OSIGURANJU I PRAVNA PRIRODA REGRESNOG ZAHTEVA

347.764(497.11)
368.022(497.11)
Original research paper

Apstrakt: Autori su u radu analizirali zakonske odredbe koje se odnose na pojam, formu i zaključenje ugovora o osiguranju. Ukazali su na stavove pravne teorije i sudske prakse u pogledu posledica zaključenog ugovora o osiguranju, ali i na štete koje su nastale pre zaključenja ugovora o osiguranju, a koje se mogu pokriti osiguranjem. Pitanje "regresnih zahteva" osiguravajućih organizacija, u praksi najviše dolazi do izražaja kod osiguranja od odgovornosti. U radu je dat osvrt na pravnu prirodu regresnog zahteva osiguravača kroz dva pravna instituta: zakonsku personalnu subrogaciju i direktnu tužbu. Ukazano je ina procesno-pravna pitanja u sporovima iz osiguranja koja se odnose na nemogućnost donošenja delimične presude po tužbi kada je podneta prejudicijelna protivtužba.

Ključne reči: ugovor o osiguranju, regresni zahtev, osiguravajuće organizacije, odgovornost, sporovi iz osiguranja.

1. POJAM UGOVORA O OSIGURANJU

Zakonom o obligacionim odnosima u glavi XXVII pod nazivom *Osiguranje* definisan je pojam ugovora o osiguranju. Ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovarač da plati određeni iznos organizaciji za

* Pravni fakultet, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu e-mail: kozarv@yahoo.com

** Pravni fakultet, Univerzitet Privredna akademija u Novom Sadu e-mail: vanda.bozic@pravni-fakultet.info

osiguranje (osiguravač), a organizacija se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo.¹

Valja istaknuti da se ugovor o osiguranju sklapa *bona fide*, u nameri i nadi da se neće dogoditi nikakav štetni događaj, odnosno da ništa neće krenuti po zlu, međutim ako ipak dođe do štete od koje je ugovarač osiguranja osiguran, osiguravajuća organizacija dužna je ugovaraču isplatiti osigurninu. Osiguravajuća organizacija je privredno društvo za osiguranje, koje mora da bude registrovano kao dioničko društvo i treba da ima dozvolu nadležnog organa za nadzor za obavljanje poslova osiguranja.² Bitno je naglasiti da je svrha ugovora o osiguranju zaštita od posledica budućih štetnih događaja.

Po stanovištu pravne teorije, ugovor o osiguranju treba jasno razlikovati od posla osiguranja, odnosno osiguravajuće delatnosti kao specijalizovane privredne delatnosti. U teoriji se ukazuje i da osiguranje kao delatnost ne karakteriše aleatornost za osiguravača, dok je aleatornost bitna osobina svakog ugovora o osiguranju.³ Aleatorni ugovori su ugovori kod kojih u vreme njihovog sklapanja prestacije jedne ili obe ugovorne strane nisu određene nego su uslovljene s nekom neizvesnom okolnosti.

2. ZAKLJUČENJE UGOVORA O OSIGURANJU

Zakonom o obligacionim odnosima propisan je poseban način zaključenja ugovora o osiguranju.⁴ Ugovor o osiguranju je zaključen kad ugovarači potpišu polisu osiguranja ili listu pokrića (stav 1). Iz navedene zakonske odredbe proizlazi zaključak da je ugovor o osiguranju formalni ugovor, što znači da je pismena formaza navedeni ugovor obligatorna, a isti stav prihvaćen je i u sudskoj praksi.

Ugovor o osiguranju je dvostrano obavezni ugovor, s tim da kvalitet osiguranja dolazi do izražaja tek kad šteta nastane. Valja naglasiti da je osnovna obaveza Osigurača da, kada se desi šteta koja predstavlja osigurani

1 čl.897. Zakona o obligacionim odnosima, ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93, "Sl. list SCG", br. 1/2003 - Ustavna povelja i "Sl. glasnik RS", br. 18/2020).

2 Bikić E, Grgić D, Ugovor o osiguranju, Anali Pravnog fakulteta, str. 155-193., dostupno na: <https://www.prf.unze.ba/Docs/Anali/Analibr21god11/7.pdf>, pregledano 30.06.2020.

3 Vasiljević M, *Poslovno pravo*, Savremena administracija d.d, Beograd, 1997. str. 517.

4 čl.901. ZOO

slučaj da isplati naknadu štete,⁵ a osnovna obaveza Osiguranika odnosno ugovarača je plaćanje premije osiguranja i prijava svih elemenata značajnih za budući ili sadašnji ugovor o osiguranju.⁶Članom 907. ZOO je propisano da je ugovarač osiguranja dužan da prijavi osiguravaču prilikom zaključenja ugovora sve okolnosti koje su od značaja za ocenu rizika, a koje su mu poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate. Isto navodi i sudska praksa:

„U vreme sačinjavanja ponude i zaključenja ugovora – polise PP kao ugovaraču nije moglo biti nepoznato da boluje od šećerne bolesti, jer je ta dijagnoza uneta u njegov zdravstveni karton, kao i podaci o lečenju ove bolesti od 2006. godine pa do njegove smrti.“⁷

Ugovor o osiguranju predstavljaju polisa osiguranja i uslovi osiguranja. Osnovni elementi polise osiguranja (engl. *insurance policy*) su: ugovorne strane, osigurana stvar ili lice, osigurani rizik, trajanje osiguranja i vreme pokrića, iznos osiguranja ili limit pokrića, iznos premije ili doprinosa, datum izdavanja polise te potpisi ugovornih strana.⁸ S obzirom da iznos premije osiguranja predstavlja bitni sastojak ugovora o osiguranju, iznos premije mora biti vrednosno određen, a ukoliko nije tačno određen, smatra se da ugovor o osiguranju nije ni nastao. Isto stajalište proizlazi iz sudske prakse:

„Prema stanju u spisima predmeta, utvrđeno je da su parnične stranke zaključile više ugovora o osiguranju imovine i to prema polisi broj 1900600 zaključen je ugovor o osiguranju autokaska, prema polisi 0804239 zaključen je ugovor o osiguranju loma mašina, prema polisi br. 0804238 zaključen je ugovor o osiguranju od požara u industriji i prema polisi broj 0802095 zaključen je ugovor o osiguranju elektronskih računara, sve za desetogodišnji period od 1. januara 1996. do 1. februara 2006. godine, a prema opštim i posebnim uslovima priloženim polisama. Takođe je utvrđeno da postoje dodaci uz polise koji se odnose na obračun premije i način plaćanja. Predmet ovog spora su dospеле, a neisplaćene premije iz navedenih ugovora o osiguranju. Dok tužilac smatra da su ugovori o osiguranju zaključeni u svemu prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima, te da potpisane polise od strane ugovornih strana sadrže sve zakonom propisane elemente ili su oni

5 Vidi i: Kozar V, Božić V, *Institut raskida ugovora o kreditu kroz prizmu klauzule rebus sic stantibus i prava na naknadu štete*, Tematski Zbornik radova međunarodnog značaja „Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje“, Zrenjanin, 2017, str. 251.-281.

6 Štete i naknade iz osiguranja, dostupno na: <https://centarzaosiguranje.com/stete-i-naknade-iz-osiguranja/>, pregledano 30.06.2020.

7 Iz presude Apelacionog suda u Beogradu, Gž- 5632/17.

8 Hrvatska agencija za nadzor finansijskih usluga, *Osiguranje*, str. 6., dostupno na: <https://www.hanfa.hr/getfile.ashx/?fileId=42496>, pregledano 30.06.2020.

odredivi na osnovu kojih se da utvrditi šta su stranke ugovorile, tuženi ističe da je prema odredbama Zakona o obligacionim odnosima izričito propisano šta sve mora biti navedeno u polisi da bi se moglo smatrati da je zaključen pravno valjani ugovor o osiguranju, pa se tako, između ostalog, navodi da u polisi mora da stoji svota osiguranja, premija i osigurana stvar, pa kako pomenute polise sve ove elemente uvek ne sadrže, a naročito kada se radi o premiji, radi se zapravo o nevažećim ugovorima o osiguranju. Pravilno je, po oceni Višeg privrednog suda, prvostepeni sud raspravio sporni odnos između parničnih stranaka i pravilno je odlučio kada je pobijanom presudom odbio tužbeni zahtev. Prema odredbama člana 901. Zakona o obligacionim odnosima ugovor o osiguranju je zaključen kada ugovarači potpišu polisu osiguranja ili listu pokrića, a saglasno odredbi člana 902. istog zakona u polisi moraju biti navedene ugovorne strane, osigurana stvar odnosno osigurano lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, svota osiguranja ili da je osiguranje neograničeno, premija ili doprinos, datum izdavanja polise i potpisi ugovornih strana. Neosnovan je žalbeni navod da je dovoljno da premija bude određiva, te da je sud pogrešio kada je zaključio da ista nije vidljiva ni određiva, jer sud i sam konstatuje da postoje dodaci uz polise kojima je regulisana tehnika i način obračuna premije, ako je to tako onda je i premija određiva. Ovo zato što, i po oceni Višeg privrednog suda, odredba člana 902. Zakona o obligacionim odnosima izričito predviđa da u polisi mora biti navedena, između ostalog, premija. Prema tome, premija mora biti vrednosno određena ili određena tako da se prema podacima koji su navedeni u samoj polisi može sasvim precizno ista odrediti. Izneto proizlazi i iz sadržine člana 897. Zakona o obligacionim odnosima koji definiše ugovor o osiguranju iz čega dalje sledi da premija kao cena osiguranja jeste dogovorena kategorija između parničnih stranaka i jedan od bitnih elemenata ugovora o osiguranju. Zato nije dovoljno umesto iznosa premije navesti „važeća tarifa”, kao što je to slučaj na primer u polisi broj 0802095. I iz ostalih navedenih polisa jasno proizlazi da premija nije jasno određena, niti određiva u napred navedenom smislu, pa bez iste nema ni ugovora o osiguranju, kako to pravilno zaključuje prvostepeni sud. Iz izloženog dalje sledi da ovakvi ugovori ne proizvode pravno dejstvo, na je pravilno prvostepeni sud odbio tužbeni zahtev tužioca.⁹

Ugovorom o osiguranju, strane su se jedna drugoj obavezale na duži vremenski period što znači da ugovor obuvata dugoročne prestacije kako za jednu tako i za drugu stranu.

9 Iz presude Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 1976/01 od 20. juna 2001. godine

Pismena ponuda učinjena osiguravaču za zaključenje ugovora o osiguranju vezuje ponudioca, ako on nije odredio kraći rok, za vreme od osam dana(8) od dana kad je ponuda prispela osiguravaču, a ako je potreban lekarski pregled, onda za vreme od trideset dana (30) (stav 2). Međutim, ako osiguravač u roku od osam (8) odnosno trideset(30) dana ne odbije ponudu koja ne odstupa od uslova pod kojima on vrši predloženo osiguranje, smatraće se da je prihvatiponudu i da je ugovor zaključen (stav 3). U tom slučaju, ugovor se smatra zaključenim kad je ponuda prispela osiguravaču (stav 4). Dakle, i u ovom slučaju propisana je pismena forma, ali ona se odnosi samo na ponudu učinjenu osiguravaču, dok prihvatanje ponude ne mora biti u pismenoj formi, već može biti i prećutno.

To istovremeno znači da prećutno zaključenje ugovora o osiguranju u slučaju ako osiguravač ne odbije ponudu koja ne odstupa od uslova pod kojima on vrši predloženo osiguranje, predstavlja odstupanje od opšteg principa iz člana 42. Zakona o obligacionim odnosimakoji reguliše “ćutanje ponuđenog.” Naime, prema opštem načelu ZOO, ćutanje ponuđenog ne znači prihvatanje ponude (stav 1)” kao i što nema dejstva odredba u ponudi da će se ćutanje ponuđenog ili neko drugo njegovo propuštanje (na primer, ako ne odbije ponudu u određenom roku, ili ako poslatu stvar o kojoj mu se nudi ugovor ne vrati u određenom roku i sl.) smatrati kao prihvatanje (stav 2).

Odredbe iz člana 901. st. 3. i 4. Zakona o obligacionim odnosima o tome da se ugovor o osiguranju smatra zaključenim ćutanjem ponuđenog osiguravača predstavlja, u stvari, izuzetak dopušten u članu 42. st. 4. i 5. jer je osiguravač, u suštini, lice u čiju poslovnu delatnost spada vršenje naloga za obavljanje određenih poslova, koje je dužno da izvrši dobijeni nalog ako ga nije odmah odbilo.¹⁰

U sudskoj praksi zauzet je stav da ugovor o osiguranju mora da bude zaključen u pismenoj formi, pa tako ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo i ne uživa sudsku zaštitu.

„Prema obrazloženju ovog stava, tužilac je na osnovu protokola ispostavio tuženom određene fakture, međutim, tuženi je fakture vratio sa izveštajem da nije postignut dogovor vezan za osiguranje u 1995. godini. Među strankama je sporno da li su stranke bile u ugovornom odnosu osiguranja za 1995. godinu. U smislu člana 901. Zakona o obligacionim odnosima ugovor o osiguranju zaključen je kad ugovarači potpišu polis osiguranja ili listu pokrića. Po pravilu, zaključenje svih vrsta ugovora ne

¹⁰ čl.42. st.4. ZOO Isto tako, lice koje se ponudilo drugom da izvršava njegove naloge za obavljanje određenih poslova, kao i lice u čiju poslovnu delatnost spada vršenje takvih naloga, dužno je da izvrši dobijeni nalog ako ga nije odmah odbilo.

podleži nikakvoj formi u smislu člana 67. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, što znači da je, po pravilu, dovoljna prosta usmena saglasnost volja ugovarača.¹¹ Međutim, s obzirom na odredbu člana 901. Zakona o obligacionim odnosima ugovor o osiguranju zaključen je kad ugovarač osiguranja i osiguravač potpišu odgovarajući pismeni dokument, iz čega proizlazi da ugovor o osiguranju mora da bude zaključen u pismenoj formi. Prema tome, ugovor o osiguranju koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo u smislu člana 70. Zakona o obligacionim odnosima¹² i takav ugovor ne uživa sudsku zaštitu.¹³ Prema ovoj zakonskoj odredbi jasno proizlazi da je zakon na stanovištu da je ugovor o osiguranju formalan pravni posao odnosno da je forma bitan uslov za nastanak ugovora (*ad solemnitatem*).¹⁴

Obaveze iz ugovora o osiguranju koje su po sili zakona ugašene jer je ugovor po sili zakona prestao zbog neplaćanja dospelih premija osiguranja, ne mogu se naknadno osnažiti pozivanjem na činjenicu postojanja svih bitnih elemenata samog ugovora, što je i stajalište sudske prakse.

„Nižestepeni sudovi su stanovišta da je ugovor o osiguranju zaključen između parničnih stranaka za period od 1. januara 1993. godine do 1. januara 2003. godine prestao po sili zakona zbog neplaćanja dospelih premija osiguranja. Sudovi su stanovišta i da je sporazum parničnih stranaka od 23. marta 1998. godine bez uticaja na prava i obaveze utemeljene predmetnim ugovorom o osiguranju, bez obzira što je istim ustanovljena obaveza plaćanja dospelih premija po tom ugovoru od 31. decembra 1997. godine. Osim toga, drugostepeni sud nalazi i da taj sporazum ne sadrži bitne elemente ugovora o osiguranju, pa se i iz tog razloga ne može smatrati ni novim ugovornim odnosom parničnih stranaka. Zbog toga je tužbeni zahtev odbijen kao neosnovan. Međutim, Vrhovni sud ne prihvata navedeno stanovište nižestepenih sudova. Nije sporno da u slučaju postojanja uslova propisanih odredbom člana 913. *Zakona o obligacionim odnosima* ugovor o osiguranju prestaje po sili zakona. Sporno je samo da li ugovorne strane saglasnošću volja mogu konvalidirati obaveze iz ugovora koji je po tom osnovu prestao da postoji. Sloboda ugovaranja je jedno od osnovnih načela obligacionih prava.

11 Zaključenje ugovora ne podleži nikakvoj formi, osim ako je zakonom drukčije određeno, čl.67. st.1. ZOO.

12 Ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo ukoliko iz cilja propisa kojim je određena forma ne proizlazi što drugo, čl.70. st.1. ZOO.

13 Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 8934/97 od 28. januara 1998. godine

14 Đukić M, *Ostvarivanje prava na regres u transportnom osiguranju*, bilten “Sudska praksa trgovinskih sudova” br. 1/2005, Privredni savetnik AD, Beograd, str.176.

Ona predstavlja osnovno pravilo ponašanja strana u obligacionim odnosima, pa se i primena tog pravila može isključiti samo prinudnim propisima, javnim poretkom i dobrim običajima. To je izričito propisano odredbom člana 10. Zakona o obligacionim odnosima. U konkretnom slučaju Zakonom o obligacionim odnosima, a ni drugim prinudnim propisima, nije ustanovljena zabrana konvalidacije neizmirenih obaveza iz ugovora o osiguranju koji je prestao da postoji po sili zakona. Zbog toga, a saglasno načelu autonomije volja strana u obligacionom odnosu, dopušteno je i ugovorno ustanovljenje izmirenja obaveza iz ugovora koji je po sili zakona izgubio pravnu snagu. Prema tome, i sporazum parničnih stranaka od 23. marta 1998. godine može predstavljati valjan pravni osnov za ispunjenje neizmirene obaveze tuženog konstituisane ugovorom o osiguranju, čije je pravno dejstvo prestalo po sili zakona. Međutim, punovažnost tog sporazuma ne može se uslovljavati postojanjem svih bitnih elemenata ugovora o osiguranju u pisanom tekstu istog. To nije novi ugovor o osiguranju, već sporazum ugovornih strana da se ugašene obaveze iz takvog ugovora ponovo osnaže. Otuda je i uslov pravne valjanosti takvog sporazuma samo postojanje volja ugovornih strana postignute od strane njihovih ovlašćenih lica. Iz rečenog proizlazi da pravilno presuđenje ovog spora podrazumeva pouzdano utvrđenje šta čini sadržinu tuženikove obaveze, pod uslovom da je predmetni sporazum pravno valjan, što zbog pogrešne primene materijalnog prava nije utvrđeno. U nastavku postupka otkloniće se propust na koji je ukazano ovim rešenjem. To podrazumeva obavezu prvostepenog suda da pouzdano utvrdi da li je sporazum parničnih stranaka od 23. marta 1998. godine izraz saglasnosti volja njihovih ovlašćenih lica. Ukoliko sud utvrdi da je takav sporazum pravno valjan raspraviće se pitanje visine tuženikove obaveze po tom osnovu, kao i datuma dospelosti spornog potraživanja i saglasno tome doneti odgovarajuća odluka o tužbenom zahtevu.¹⁵

3. NASTANAK ŠTETE PRE ZAKLJUČENJA UGOVORA

Događaj s obzirom na koji se zaključuje osiguranje (osigurani slučaj) mora biti budući, neizvestan i nezavisan od isključive volje ugovarača.¹⁶ Ugovor o osiguranju je ništav ako je u času njegovog zaključenja već nastao osigurani slučaj, ili je taj bio u nastupanju, ili je bilo izvesno da će

15 Iz rešenja Vrhovnog suda Srbije, Prev. 221/02 od 20. juna 2002. godine

16 čl.898. st.1. ZOO.

nastupiti, ili ako je već tada bila prestala mogućnost da on nastane.¹⁷ Ali, ako je ugovoreno da će osiguranjem biti obuhvaćen određen period koji prethodi zaključenju ugovora, ugovor će biti ništav samo ako je u času njegovog zaključenja zainteresovanoj strani bilo poznato da se osigurani slučaj već dogodio, odnosno da je već tada bila prestala mogućnost da se on dogodi.¹⁸

U sudskoj praksi prilikom rešavanja sporova iz oblasti plovidbenog osiguranja primenjivane su odredbe *lex generalis* Zakona o obligacionim odnosima i *lex specialis* Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi¹⁹ odnosno Zakona o pomorskoj plovidbi²⁰ i Zakona o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama.²¹ Po stanovištu aktuelne prakse, osiguranjem se mogu pokriti i štete nastale pre zaključenja ugovora osiguranju, pod uslovom da u trenutku zaključenja ugovarač osiguranja i osiguranik nisu znali, niti su mogli znati da je već nastupio osigurani slučaj.

U konkretnom slučaju, presudom privrednog suda utvrđeno je u jednom delu da nastali rizik osiguranja nije pokriven zaključenim ugovorom o osiguranju, a u drugom delu tuženi je obavezan da plati štetu po osnovu osiguranja. Viši privredni sud je odbio žalbe stranaka i potvrdio prvostepenu presudu. Vrhovni sud Srbije je našao da revizija tužioca u delu u kome je tužbeni zahtev odbijen nije osnovana. *In concreto*, radi se o osiguranju robe u prevozu brodom, što znači da se sukladno odredbi člana 899. Zakona o obligacionim odnosima, odredbe ZOO koje se odnose na osiguranje neće primenjivati na plovidbeno osiguranje, kao ni na druga osiguranja na koja se primenjuju pravila o plovidbenom osiguranju, već će se primenjivati odredbe *lex specialis*.

Tako je član 7. stav 12. Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi propisivao da se osiguranjem mogu pokriti štete nastale pre zaključenja ugovora o osiguranju, pod uslovom da u trenutku zaključenja ugovarač osiguranja i osiguranik nisu znali niti morali znati da je već nastupio osigurani slučaj. Sličnu odredbu sadrži i član 898. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima, koji odstupa od pravila da osigurani slučaj mora biti budući i neizvesan i to u slučaju ako se ugovorom o osiguranju obuhvati i period vremena koji prethodi zaključenju ugovora, ali samo onda ako

¹⁷ *Ibid.* st.2.

¹⁸ *Ibid.* st.3.

¹⁹ Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, "Službeni glasnik RS", broj 85/2005.

²⁰ Zakon o pomorskoj plovidbi, ("Sl. glasnik RS", br. 87/2011, 104/2013, 18/2015, 113/2017 - dr. zakon i 83/2018).

²¹ Zakon o plovidbi i lukama na unutrašnjim vodama ("Sl. glasnik RS", br. 73/2010, 121/2012 i 18/2015) – redakcijski prečišćen tekst – analitički prikaz promena.

zainteresovanoj strani u momentu zaključenja ugovora nije bilo poznato da se osigurani slučaj već dogodio, odnosno da je tada već prestala mogućnost da se on dogodi.

„Ali, ako je ugovoreno da će osiguranjem biti obuhvaćen određen period koji prethodi zaključenju ugovora, ugovor će biti ništav samo ako je u času njegovog zaključenja zainteresovanoj strani bilo poznato da se osigurani slučaj već dogodio, odnosno da je već tada bila prestala mogućnost da se on dogodi.“

Isto stajalište proizlazi i iz sudske prakse:

„Prema priloženim polisama i opštim uslovima koji su odštampani na poleđini ovih polisa osiguranjem je obuhvaćen period koji je prethodio zaključenju ovih polisa i to period od otpreme - ukrcaja robe u inostranoj luci, što znači da je roba već bila u plovidbi brodom kada je osiguranje prošireno i na sporni rizik. Međutim, u to vreme taj rizik je već bio konstatovan, pa je i po stanovištu Vrhovnog suda nesumnjivo da je tužilac znao ili morao znati za nastupanje osiguranog slučaja.“²²

4. PRAVNA PRIRODA REGRESNOG ZAHTEVA

U praksi se pitanje “regresnih zahteva” osiguravajućih organizacija najviše ističe kod osiguranja od odgovornosti. Regresni zahtev osiguravajuće organizacije prema drugoj osiguravajućoj organizaciji zasniva se na dva pravna instituta: na zakonskoj personalnoj subrogaciji iz člana 939. zakona o obligacionim odnosima i na sopstvenom pravu oštećenika i direktnoj tužbi iz člana 941. istog zakona.

U pravnoj teoriji ističe se da je pravo na regres koje osiguravač ima prema licu odgovornom za nastalu štetu, u osnovi postulirano na subrogaciji, jer osiguravač tako stupa u položaj osiguranika, u obimu koliko ga je obeštetio u trenutku isplate naknade iz osiguranja.²³

Opravdano se pravi razlika između subrogacije, odnosno ispunjenja sa subrogacijom i regresaisplatioca – jednog od dužnika, odnosno sadužnika iz solidarne obaveze. Prema stavu pravne teorije, ispunjenje sa subrogacijom nastaje u slučaju ispunjenja tuđe obaveze, kada je ispunilac ugovorio sa poveriocem pre ili prilikom ispunjenja da ispunjeno potraživanje pređe na njega, sa svim ili nekim sporednim potraživanjima. Međutim, po pravilu

²² Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Prev. 135/95 od 4. aprila 1995. godine

²³ Op.cit in note 14. str.174.

solidarni dužnik isplatom celog duga poveriocu ne ispunjava tuđu, nego svoju obavezu iz solidarne obligacije.²⁴ Do subrogacije može doći i na osnovu zakonske odredbe, predviđene u posebnim slučajevima. Isplatom naknade iz osiguranja prelaze na osiguravača, po samom zakonu, do visine isplaćene naknade sva osiguranikova prava prema licu koje je po ma kom osnovu odgovorno za štetu. Međutim, ako je krivicom osiguranika onemogućen ovaj prelaz prava na osiguravača, u potpunosti ili delimično, osiguravač se oslobađa u dogovarajućoj meri svoje obaveze prema osiguraniku.

Valja naglasiti da prelaz prava sa osiguranika na osiguravača ne može biti na štetu osiguranika.²⁵ Međutim, ukoliko je naknada koju je osiguranik dobio od osiguravača iz bilo kog uzroka niža od štete koju je pretrpeo, osiguranik ima pravo da mu se iz sredstava odgovornog lica isplati ostatak naknade pre isplate osiguravačevog potraživanja po osnovu prava koja su prešla na njega.

Izuzetno od pravila o prelazu osiguranikovih prava na osiguravača, ova prava ne prelaze na osiguravača ako je štetu prouzrokovalo lice u srodstvu u pravoj liniji sa osiguranikom ili lice za čije postupke osiguranik odgovara, ili koje živi sa njim u istom domaćinstvu, ili lice koje je radnik osiguranika, osim ako su ta lica štetu prouzrokovala namerno.²⁶ Ali ako je neko od pomenutih lica bilo osigurano od odgovornosti, osiguravač može zahtevati od njegovog osiguravača naknadu iznosa koji je isplatio osiguraniku.²⁷

U pravnoj teoriji se navedene zakonske odredbe objašnjavaju načelom nekumulacije štete,²⁸ a prelaz osiguranikovih prava prema odgovornom licu na osiguravača po svojoj pravnoj prirodi predstavlja zakonsku personalnu subrogaciju.²⁹ U pravnoj teoriji ovaj institut označava se kao ispunjenje sa subrogacijom, a njegova suština ogleda se u tome što osiguravač ispunjava obavezu lica odgovornog za štetu prema oštećenom osiguraniku isplatom naknade iz osiguranja, a na osiguravača prelaze sva osiguranikova prava

24 Karamarković L, *Rasprave iz ugovornog, odštetnog i procesnog prava*, Glosarijum, Beograd, 2004, str. 100.

25 Vidi i: Božić Vanda, *Kaznenopravni aspekti prijevара i zlouporaba u osiguranju kao oblik neznatnog i organiziranog kriminaliteta*, Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, br.43, 2017, str.300-320.

26 čl.939.st.4. ZOO

27 *Ibid.* st.5.

28 Mrkšić, Petrović, Ivančević, *Pravo osiguranja*, IV izdanje, Privredna akademija, Novi Sad, 2006, str. 183.

29 Op.cit. in note 3.str. 529.

prema licu koje je odgovorno za štetu.³⁰ Personalna subrogacija predstavlja jedan od vidova promene subjekata u obligaciono-pravnom odnosu koji treba razlikovati od cesije.³¹

Zakon o obligacionim odnosima u čl. 940. i 941. sadrži odredbe o osiguranju od odgovornosti. Prema članu 940. Zakona o obligacionim odnosima u slučaju osiguranja od odgovornosti, osiguravač odgovara za štetu nastalu osiguranim slučajem samo ako treće oštećeno lice zahteva njenu naknadu. Osiguravač snosi, u granicama svote osiguranja, troškove spora o osiguranikovoj odgovornosti. Zakon o osiguranju imovine i lica u čl. 83. - 96. sadrži specijalne odredbe o posebnom obliku obaveznog osiguranja od odgovornosti. Reč je o osiguranju vlasnika, odnosno korisnika motornih i priključnih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima (osiguranje od autoodgovornosti).

„Prvostepeni sud je primenom članova 99 i 104 Zakona o osiguranju imovine i lica zaključio da tužilac ima pravo regresa prema tuženom za isplaćenu naknadu štete, kao vlasniku vozila kojim je izazvana šteta oštećenom licu, pri čemu je isključeno pravo regresa u odnosu na druga lica. Zakon o osiguranju imovine i lica je *lex specialis* u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima, pa činjenica da je sin tuženog bez saglasnosti tuženog upotrebio njegovo putničko vozilo i njime prouzrokovao štetni događaj je bez uticaja na drugačiju odluku prvostepenog suda. Zaključak prvostepenog suda prihvata i Apelacioni sud kao pravilan i zakonit. Okolnost što se prvostepeni sud pozvao na odredbe člana 99 i 104 Zakona o osiguranju imovine i lica (Sl. list SRJ br. 30/96 sa kasnijim izmenama i dopunama), koje su prestale da važe pre štetnog događaja stupanjem na snagu Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju (Sl. glasnik RS br. 51/2009), ne utiče na zakonitost odluke. Naime, primenjene odredbe članova 99 stav 2 tačka 1 i 104 Zakona o osiguranju imovine i lica odgovaraju u potpunosti odredbama člana 76 stav 1 tačka 1 i člana 91 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, koje je prvostepeni sud trebao da primeni. Regresni zahtev po isplati naknade štete ostvaruje se od vlasnika motornog vozila koji nije zaključio ugovor o obaveznom osiguranju. Dužnost zaključenja ugovora o obaveznom osiguranju pre nego što se prevozno sredstvo stavi u saobraćaj postoji u odnosu na sve vlasnike prevoznih sredstava prema članu 4 stav 1 u vezi sa članom 2 stav 1 Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju. Reč je o osiguranju kojim se vlasnik motornog vozila osigurava od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima. Činjenicom da je šteta na „AA“ doo, u saobraćajnoj nezgodi dana 22.10.2015.

30 Đorđević - Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna Knjiga, Beograd, 1987, str. 634. - 636

31 *Ibid.* str. 637

godine pričinjena vozilom u vlasništvu tuženog koje nije bilo osigurano je aktivirana odgovornosti tuženog. U pitanju je odgovornost za štetu prema posebnom zakonu – Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju, te je pravilno prvostepeni sud primenio pravilo o međusobnom odnosu ovog Zakona kao posebnog u odnosu na opšti Zakon o obligacionim odnosima. Radi se o regresnom potraživanju isplaćene štete od strane tužioca, UOS Garantnog fonda, koji čine sredstva koja se obrazuju radi ekonomske zaštite putnika i trećih oštećenih lica. Ta sredstva se koriste između ostalog i za naknadu štete prouzrokovanu upotrebom vozila za koje nije bio zaključen ugovor o obaveznom osiguranju. Isplatom štete oštećenom licu kome je šteta prouzrokovana upotrebom neosiguranog vozila, UOS Garantni fond stiče pravo regresa a krajnji platilac štete je vlasnik neosiguranog vozila, koji samim propustom obaveze da zaključi ugovor o osiguranju aktivira svoju odgovornost za isplaćenu štetu od strane tužioca koji nema funkciju osiguravača.³²

U slučaju osiguranja od odgovornosti, oštećeno lice može zahtevati neposredno od osiguravača naknadu štete koju je pretrpelo događajem za koji odgovara osiguranik, ali najviše do iznosa osiguravačeve obaveze, u skladu sa čl.941. Zakona o obligacionim odnosima, kojim je urešeno sopstveno pravo oštećenika i direktna tužba. Oštećeno lice ima, od dana kada se dogodio osigurani slučaj, sopstveno pravo na naknadu iz osiguranja te je svaka docnija promena u pravima osiguranika prema osiguravaču bez uticaja na pravo oštećenog lica na naknadu.³³ U pravnoj teoriji ističe se da osiguranje od odgovornosti pruža dvostruku zaštitu, prema osiguraniku i prema oštećenom licu, bez obzira što ga osiguranik ugovora u svoju korist.³⁴

Pravo na direktnu tužbu pripada i osiguravaču na koga su u smislu člana 939. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, isplatom naknade iz osiguranja prešla, po samom zakonu, do visine isplaćene naknade sva osiguranikova prava prema licu koje je po ma kom osnovu odgovorno za štetu.

Primenom instituta zakonske personalne subrogacije i prava na direktnu tužbu dolazimo do “regresnog zahteva” jedne osiguravajuće organizacije prema drugoj organizaciji za osiguranje i sudskih sporova za ostvarivanje prava koja iz ovog zahteva proizlaze. A u slučaju stečaja organizacije za osiguranje sa kojom je bio zaključen ugovor o obaveznom osiguranju od autoodgovornosti, regresni zahtev se može istaći prema garantnom fondu.

32 Iz presude Apelacionog suda u Beogradu, br. Gž 679/18, od 10. januara 2019. godine

33 čl.941.st.2. ZOO

34 Op.cit. in note 3. str. 531.

5. PREJUDICIJELNA PROTIVTUŽBA I NEMOGUĆNOST DONOŠENJA DELIMIČNE PRESUDE PO TUŽBI

U sudskoj praksi zauzeti su odgovarajući stavovi i o procesno-pravnim pitanjima u sporovima iz osiguranja, a koji se tiču nemogućnosti donošenja delimične presude po tužbi kada je podneta prejudicijelna protivtužba. Naime, mora se doneti jedinstvena odluka, kada se radi o koneksnim zahtevima iz tužbe i protivtužbe. To znači da se ne može doneti delimična presuda samo po zahtevu tužbe za naknadu štete na vozilima osiguranim kod tuženog, bez istovremene odluke o zahtevu protivtužbe za utvrđenje da između stranaka nisu zaključeni ugovori o osiguranju po polisama po kojima tužilac potražuje štetu.

„U obrazloženju izloženog stava navedeno je da se osnovano u zahtevu za zaštitu zakonitosti i u reviziji tuženog ukazuje da nisu bili ispunjeni uslovi iz člana 329. Zakona o parničnom postupku, za donošenje delimične presude. Naime, tužbeni zahtev tužioca radi naknade štete na vozilima osiguranim kod tuženog i protivtužbeni zahtev tuženog radi utvrđenja da između stranaka nisu zaključeni ugovori o osiguranju po polisama po kojima tužilac potražuje štetu, međusobno su uslovljeni. Dakle radi se o koneksnom zahtevu iz tužbe i zahtevu iz protivtužbe, te o tim zahtevima mora biti doneta jedna odluka, što znači da se u takvoj situaciji ne može se doneti delimična presuda i odlučiti samo o tužbenom zahtevu. To što je prvostepeni sud u toku postupka sproveo dokazivanje radi utvrđivanja da li je između stranaka došlo do zaključenja spornih ugovora o osiguranju po kojima tužilac potražuje štetu od tuženog, te što je prvostepeni sud utvrdio da su takvi ugovori zaključeni, ne može biti osnov za donošenje presude o tužbenom zahtevu radi naknade štete, jer kada je podneta protivtužba radi utvrđenja da ugovori o osiguranju po kojima tužilac potražuje štetu, nisu zaključeni, tada o tom protivtužbenom zahtevu mora biti odlučeno u izreci presude. Prema tome, donoseći delimičnu presudu kojom je odlučeno samo o tužbenom zahtevu tužioca radi naknade štete, bez odlučivanja o protivtužbenom zahtevu tuženog niži sudovi su učinili bitnu povredu odredaba iz člana 354. stav 1. Zakona o parničnom postupku, u vezi člana 329. istog zakona, pa je zbog toga, a uz primenu odredbe iz člana 394. stav 1. Zakona o parničnom postupku, potrebno ukinuti drugostepenu i prvostepenu presudu i predmet vratiti prvostepenom sudu na ponovno suđenje.³⁵

Delimičnu presudu sud može da donese i kad je podignuta protivtužba, ako je za odluku sazeo samo zahtev tužbe ili zahtev protivtužbe, prema

35 Iz rešenja Vrhovnog suda Srbije, Prev.122/00 i Pzz. 10/00 od 29. marta 2000. godine

čl.334. st.2. Zakona o parničnom postupku (“Službeni glasnik RS”, broj 125/2004, 111/2009), što odgovara i novom Zakonu o parničnom postupku prema kojem delimičnu presudu sud može da donese i kad je podneta protivtužba, ako postoje uslovi za donošenje odluke samo o zahtevu tužbe ili zahtevu protivtužbe, prema čl.346.st.2., što odgovara i pomenutom članu 329. stav 2. još ranijeg ZPP na koji se poziva Vrhovni sud Srbije, što znači da izloženi stav sudske prakse koji je nastao u primeni ranijeg zakona, nije izgubio aktuelnost. Izloženi stav sudske prakse predstavlja odstupanje od opšteg pravila iz člana 346. stav 2. važećeg Zakona o parničnom postupku (odnosno 334. stav 2. ranijeg zakona odnosno iz člana 329. stav 2. još ranijeg zakona) po kome delimičnu presudu sud može da donese i kad je podignuta protivtužba, ako postoje uslovi za donošenje odluke samo o zahtevu tužbe ili zahtevu protivtužbe i predstavlja zabranu donošenja delimične presude o zahtevu tužbe kada je podignuta prejudicijelna protivtužba. Naime, odluka o tužbenom zahtevu uslovljena je istovremenom odlukom o zahtevu protivtužbe, koji u suštini predstavlja prethodno pitanje građansko-pravne prirode za odluku o tužbenom zahtevu.

Pri tome, potrebno je ukazati i na to da je u obrazloženju sudske odluke korišćen neadekvatan termin za označavanje odnosa zahteva tužbe i protivtužbe – upotrebljen je izraz “koneksni” koji označava tužbene zahteve koji su samo u određenoj međusobnoj vezi, a ne u prejudicijelnom odnosu, odnosno kada odluka o zahtevu protivtužbe predstavlja prethodno pitanje građansko-pravne prirode za odluku o tužbenom zahtevu. No upotrebljeni termini nisu od bitnog značaja, jer je suština sudske odluke zasnovana na pravilnom teorijsko-pravnom rezonovanju, a pored toga u pravnoj teoriji se ističe da i kod prejudicijelne protivtužbe postoji koneksitet.³⁶

6. UMEŠTO ZAKLJUČKA

Ugovorom o osiguranju obavezuje se ugovarač da plati određeni iznos organizaciji za osiguranje (osiguravač), a organizacija se obavezuje da, ako se desi događaj koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu, odnosno ugovorenu svotu ili učini nešto drugo. Po stanovištu pravne teorije, ugovor o osiguranju treba jasno razlikovati od posla osiguranja, odnosno osiguravajuće delatnosti kao specijalizovane privredne delatnosti. Valja naglasiti da osiguranje kao delatnost ne karakteriše aleatornost za osiguravača, dok je aleatornost bitna osobina svakog ugovora o osiguranju.

36 Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1987, str. 358. i 359.

Za ugovor o osiguranju zakonom je predviđen poseban oblik zaključenja ugovora te se smatra da je ugovor o osiguranju zaključen kad ugovarači potpišu polis osiguranja ili listu pokrića, iz čega proizlazi zaključak da je ugovor o osiguranju formalni ugovor i da je forma bitan uslov za nastanak ugovora (*ad solemnitatem*), što je prihvaćeno i u sudskoj praksi. Shodno navedenom, ugovor o osiguranju koji nije zaključen u propisanoj formi nema pravno dejstvo i ne uživa sudsku zaštitu.

Zakon propisuje da osigurani slučaj mora biti budući, neizvestan i nezavisan od isključive volje ugovarača, što znači da će ugovor biti ništav ako je u času njegovog zaključenja već nastao osigurani slučaj, ili je taj bio u nastupanju, ili je bilo izvesno da će nastupiti, ili ako je već tada bila prestala mogućnost da on nastane. Uprkos navedenom, može se ugovoriti da osiguranje obuhvati i konkretan period pre zaključenja ugovora, a koji će kao takav biti naznačen u ugovoru. Takav ugovor je punovažan, međutim u slučaju ako je zainteresovana strana znala ili morala znati da se osigurani slučaj bio već dogodio ili u slučaju ako je već tada bila prestala mogućnost da se on dogodi, ugovor će biti ništav.

Pitanje regresnih zahteva osiguravajućih organizacija, u praksi najviše dolazi do izražaja kod osiguranja od odgovornosti. Regresni zahtev osiguravajuće organizacije prema drugoj osiguravajućoj organizaciji zasniva se na dva pravna instituta: na zakonskoj personalnoj subrogaciji iz člana 939. i na sopstvenom pravu oštećenika i direktnoj tužbi iz člana 941. Zakona o obligacionim odnosima. U pravnoj teoriji ističe se da je pravo na regres koje osiguravač ima prema licu odgovornom za nastalu štetu, u osnovi postulirano na subrogaciji, jer osiguravač tako stupa u položaj osiguranika, u obimu koliko ga je obeštetio u trenutku isplate naknade iz osiguranja.

*Prof. dr Vladimir Kozar &
Doc. Dr Vanda Božić,
Faculty of Law for Commerce and Judiciary
University of Business Academy, Novi Sad*

INSURANCE CONTRACT AND LEGAL NATURE OF AREGRESSION CLAIM

Abstract: *The authors analyze the legal provisions related to the concept, form and conclusion of insurance contracts. They pointed out the attitudes of legal theory and court practice regarding the consequences of the concluded insurance contract, but also the damages that occurred before the conclusion of the insurance contract, and which can be covered by insurance. The issue of “regression claims” of insurance organizations, in practice, is most pronounced in liability insurance. The paper gives an overview of the legal nature of the insurer ‘s regression claim through two legal institutes: legal personal subrogation and direct lawsuit. Procedural and legal issues in insurance disputes were also pointed out, which refer to the impossibility of passing a partial verdict on the lawsuit when a preliminary counter-lawsuit was filed.*

Keywords: *insurance contract, regression claim, insurance organizations, liability, insurance disputes.*

Проф. д-р Тони Ѓорѓиев*
М-р Гоце Стоиловски**

ПРЕКУ ПРИВАТИЗАЦИЈА НА ВОДНИТЕ РЕСУРСИ ДО ГОСПОДАРЕЊЕ СО СВЕТОТ

342.7:628.1
556:338.246.025.88
Original research paper

Апстракт: Порастот на бројот на земјанине, зголемувањето на бојатството и на животниот стил на светско ниво, ја надминува способноста на планетата да се справи со последиците од човечките активности. Резервите на свежа вода нема да бидат доволни за да ги задоволат потребите на растечката популација во светот.

Според прогнозиите за неколку години цената на водата на светско ниво ќе се зголеми за неколку пати. Тоа значи дека бизнисот со водата ќе стане еден од најисплаќливите.

Во светот, под диќат на големите меѓународни корпорации, Светската банка и ММФ веќе започнал процес на приватизација на изворите на пивка вода. Денес се почесто се поставува прашањето дали земјанине во блиска иднина се соочени со нереално поскапување на водата за пиење и нејзино приватизирање насекаде низ светот.

Тој што ќе биде господар на природните извори има најголеми шанси да преживее во наредните децении и векови.

Клучни зборови: вода, ресурси, приватизација, конфликти.

Вовед

На Земјата нема природен ресурс како водата и без неа нема живот на нашата планета. Без вода, едно лице би можело да живее

* Вонреден професор, Воена академија „Ген. Михаило Ајостолски Скопје

** Докторант, Воена академија „Ген. Михаило Ајостолски Скопје

само неколку дена, поради што денес често слушаме дека во иднина ќе се водат војни, токму за вода. Здравата вода за пиење е се повеќе извор на профит за приватните компании, што ја ограничува нејзината достапност.

Подрачјата на планетата Земја кои се во голема опасност од суша и недостаток на вода за пиење се големите делови од Северна и Средна Америка, Африка, Азија и Австарлија. Русија е еден од двата преостанати извори на водното богатство коешто е од голема важност за човечкиот живот. Неизбежно се поставува прашањето дали причината за обрачот што се стега околу Русија е драгоцената течност без којашто е невозможен животот на планетата Земја.

Половина од земјината топка нагло се суши, а вода за пиење има се помалку. Многубројните истражувања покажуваат дека Европа нема да се соочи со толку големи проблеми со сушата колку што се проблемите од населувањето на луѓе коишто од Азија и Африка доаѓаат со семејствата за да го продолжат својот живот без страв од недостатокот од вода.

Управувањето со водните ресурси е сè поважно прашање во светот поради зголемениот ризик од достапноста на вода за пиење и хигиенски потреби.

Според извештајот на УНДП од 2006 година, почеста причина за достапност на вода за пиење е лошото управување со достапните водни ресурси, бидејќи повеќето земји и региони имаат доволно вода за сите човечки потреби.¹

Различните анализи укажуваат дека светот денес е загрозен од глобална криза за вода, врската помеѓу водата и сиромаштијата денес е препознаена и од меѓународната заедница.

Постојат неколку важни предизвици со кои се соочува секторот за водните ресурси, и во земјите во развој и во развиените земји. Првиот предизвик претставува одржување на постојната инфраструктура што вклучува намалување на протекување, замена и проширување на постојните мрежи. За да се постигне ова, има потреба од финансиска автономија, вклучувајќи одржливи и еднакви тарифи, и ефикасно собирање приходи. Покрај тоа, субјектите задолжени за водните ресурси треба правилно да управуваат со истите, за што е потребно градење на менаџерски капацитети и подобрување на ефикасноста и продуктивноста. Еден од начините за справување со овие предизвици е преку учество на приватниот сектор.

¹ Статистичките податоци од Програмата за развој на ООН покажуваат дека 17% од светската популација немаат пристап до безбедна и чиста вода.

Вклучувањето на приватниот сектор во управувањето со водните ресурси е една од најконтроверзните и најемотивните дебати за тековниот развој на дискурсот. Од една страна, предлагачите кои тврдат дека бидејќи владите не успеаја да обезбедат квалитетна вода за секого, приватниот сектор може да го реши овој проблем користејќи ги принципите на пазарот. Со други зборови, приватниот сектор може да ја подобри ефикасноста, да го прошири опфатот на услугите, да донесе повеќе инвестиции и да ги ослободи владите од буџетски дефицити. Од друга страна на спектарот се оние кои сметаат дека водата е општо добро и не треба да биде во рацете на приватниот сектор. Тие тврдат дека бидејќи водата е суштината на самиот живот, не треба да се третира како друга стока за која се применуваат стандардните принципи на пазарот. Со други зборови, приватниот сектор не може да применува само критериуми за оваа основна потреба. Во овој контекст, пристапот до вода за секого станува човечко право и државата има обврска да му го обезбеди овој витален ресурс на секого.

Во овој поглед, одредени земји, како Шведска, им забраниле на водостопанските компании да остваруваат профит. Други, како што се Холандија и Уругвај, забраниле приватност на нивните системи. Друга група на земји се наоѓа помеѓу овие две екстремни позиции. Оваа група смета дека решенијата можат да се најдат со истовремено разгледување на водата како економско добро и човечко право.

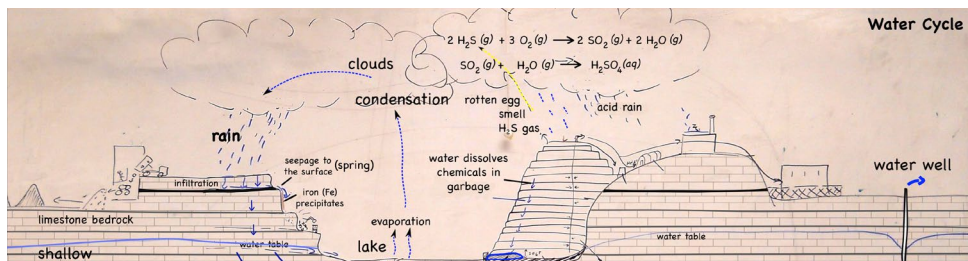
1. Водни ресурси

1.1. Водниите ресурси и нивниот настанок

Планетата земја е засолниште за водата во нашиот Сончев Систем. Само мал дел од водата е за пиење, околу 70 отсто од нашата планета се покриени со океани, езера, реки, мочуришта и други извори на вода. Водата е од суштинско значење за животот каков што го знаеме. Но, и ден денес многу малку знаеме за тоа како водата се појавила на Земјата.

Планетата земја била родена од облак од прашина и гас пред 4,5 милијарди години, заедно со остатокот од Сончевиот Систем. Во својата рана историја на животот, како што растела, таа добила вода. Сеуште се поставува прашањето како ја добила.

Според некои теории на одредени научници кометите донеле вода на Земјата. Но таа научна теорија е комплицирана. Во 2014 година научниците откриле дека кометата 67P/Чурјумов-Герасименко, проучувана од мисијата „Розета“, имала различен тип на вода од онаа што ја имаме на Земјата.



Слика 1
Figure 1

Според друга теорија можеби Земјата се родила „водена“. Земјата постепено ја акумулирала својата маса од подигање камења во близина, па можеби тие камења имале вода во нив. Ако е така, тогаш како од малку вода добивме длабоки океани?

Едно ново истражување дава решение за оваа дилема. Сето тоа има врска со регионот каде што Земјата прво била формирана. За среќа, нашата планета е во зона каде што водата не само што е возможна, туку е и честа. Сончевата светлина е доволно топла за водата да не замрзне, без да биде премногу жешка за да испари. Новиот модел вели дека нашата планета била формирана од зрна прашина што содржеле вода.

Зрната со текот на времето се лепеле едно со друго под влијание на гравитацијата. Потоа истите станувале камчиња, камчињата станувале камења, а камењата станувале светови малку помали од планетата. На крајот, планетата Земја се родила од нив.

Според некои нови пресметки малите зрна можат да соберат доволно вода во милион години, со што се објаснува количеството на вода на Земјата.²

Исто така, постои Енцелад, месечината на Сатурн што поттикнува вода и молекули „пријателски настроени“ кон водата, месечината на Јупитер, Европа, има океан и многу други ледени и водени светови само во нашиот Сончев Систем. На крајот се поставува прашањето зошто ние истражуваме каде е животот во универзумот кога немаме завршено со истражувањето на можноста за во нашиот сопствен Сончев Систем?

1.2. Светски резерви на водни ресурси

Водата зазема околу 70 проценти од површината на Земјата, од кои 95 проценти или 1.380 милиони кубни метри е солена, додека само 5 проценти е слатка вода. Значајни резерви од околу 8 милиони

² Според холандската истражувачка школа за астрономија во Амстердам.

кубни метри се наоѓаат во подземјето, што е за 30 проценти повеќе од количеството вода во езерата и во реките. Глобалната потрошувачка на вода во текот на изминатите 100 години порасна 6 пати, а до 2050 година таа ќе биде двојна.



Слика 2
Figure 2

Една третина од популацијата живее во области во кои има недостиг на вода.³ Околу 1,1 милијарда луѓе на планетата денес немаат пристап кон вода која не би донела никаков ризик врз здравјето на луѓето. Луѓето се уште неодговорно ги загадуваат водните извори и не се грижат за последиците.

До 2040 година дека потребата за вода ќе ја надмине моменталната состојба за 40 отсто.⁴ Недостигот од вода „ќе ги спречи големите држави да произведуваат храна и енергија, создавајќи потреси на светските пазари на храна и спречувајќи го екомонскиот развој“ при што Северна Африка, Блискиот Исток и Јужна Азија ќе го претрпат најсилниот удар.⁵

3 Изјава на Генералниот секретар на ОН Бан Ки Мун.

4 Според предвидувањата на ОДНИ (Office of the Director of National Intelligence-USA).

5 Според разузнувачки извештај на ОДНИ.

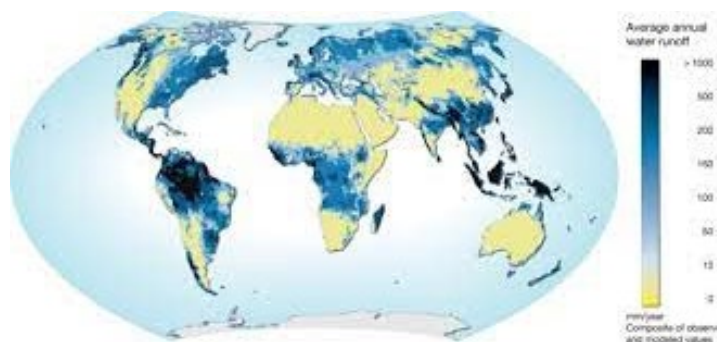
Вода	Зафатнина водата во км ³	на % од слатка вода	% од вкупната количина на вода
Океани, мориња, заливи	1 338 000 000	-	96,54
Лед, глечери, мраз	24 064 000	68,6	1,74
Подземна вода	23 400 000	-	1,69
Свежа вода	10 530 000	30,1	0,76
Солена вода	12 870 000	-	0,93
Влажна земја	16 500	0,05	0,001
Лед во земја	300 000	0,86	0,022
Езера	176 400	-	0,013
Слатководни	91 000	0,26	0,007
Атмосфера	12 900	0,04	0,001
Мочуришта	11 470	0,03	0,0008
Реки	2 120	0,006	0,0002
Билошка вода	1 120	0,003	0,0001

Табела 1. Попис на водата на нашата планета⁶

Table 1. List of water on our planet

1.3. Водните ресурси на земјината топка

Нашата планета е богата со вода но со развојот на современата технологија се прошируваат можностите за искористување на водните ресурси, лесно достапна, природно слатка, уште помалку пивка вода на Земјата има релативно малку.



Слика 3

Figure 3

⁶Податоци според USGS (United States Geological Survey).

Од вкупната вода на планетата Земја 96,5 % ја сочинуваат морињата, а останата вода од 3,5 % се наоѓа на копното. Околу 1 % од водата на копното е солена што значи остануваат само 2,5 % слатка вода, но и таа не е целата лесно достапна за употреба. Во ледените покривки од поларните предели, во вид на лед и во земјата замрзната е 69,5 % од слатката вода.

Останатаите околу 29 % се наоѓаат во подземјето, како влага во земјата и во течна состојба во водоносниците којашто е изразено нерамномерно распределена. Само околу 1 % слатка вода на Земјата (0,007 % од вкупната вода) е на располагање за потребите на човештвото.

1.4. Водните ресурси на копното

Водните ресурси на копното е главен извор на слатка вода за потребите на човештвото. Се смета дека таа просечно годишно изнесува околу 47000 км³, од кои 2/3 од површинските текови, а остатокот од подземните и помал дел (околу 6%, најмногу на Антарктикот) од топењето на ледот. Околу 80% од вкупните површински текови се однесуваат кај високите географски ширини и екваторскиот појас, кадешто живеат помал дел од светското население.

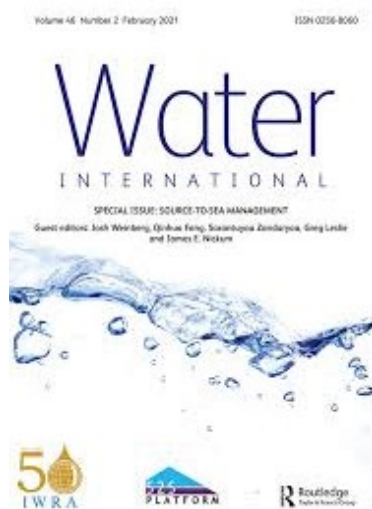
Со зголемувањето на светската популација се намалува годишната количина на слатка вода по глава на човек и таа денес изнесува 7700 м³ по жител на годишно ниво или на регионално ниво: Јужна Америка 34960 м³, Австралија 20480 м³, Северна Америка 16260 м³, Африка 6460 м³, Европа 4660 м³, Азија 3370 м³. Според УНЕСКО: Во Европа 8% од светските водни ресурси се распоредени кај 13 % од светското население, Азија 36% од светските водни ресурси се распоредени кај 60 % од светското население, Африка 11% од светските водни ресурси се распоредени кај 13 % од светското население, Северна Америка 15% од светските водни ресурси се распоредени кај 8 % од светското население, Јужна Америка 26% од светските водни ресурси се распоредени кај 6 % од светското население и Австралија и Океанија 5% од светските водни ресурси се распоредени кај 1 % од светското население.

1.5. Водата за пиење низ меѓународните документи

Меѓународното хуманитарно право и правото на здрава животна средина го заштитува пристапот за безбедна и чиста вода за задоволување на човековите потреби. Женевската конвенција од 1949 година и нејзиниот Протокол од 1977 година ја потенцира основната

важност на пристапот до чиста вода, како во нормални така и во воени услови.

Според Актот од 1997 година, властите во Јужна Африка, во Филипини и во Непал треба да водат совесна политика за овозможување на правото на вода на своите граѓани, а исто така треба и да ги одржуваат капацитетите од каде што се овозможува таа вода.



Слика 4
Figure 4

Според препораките на Светската здравствена организација, изворот на вода не треба да биде оддалечен повеќе од 1 км, а времето на собирање и полнењето вода не треба да трае повеќе од 30 минути. Во најголем дел од Африка и Азија, жените мораат да пешачат во просек 6 км за да наполнат вода, а неправилното користење вода за хигиенски потреби придонесува за зголемување на болестите за 88 %.

Парламентот и Советот на Европската унија на 23 октомври 2000 година ја имаат усвоено рамковната директива за водата (2000/60/ЕС). Оваа директива представува највиок акт поврзан со водата во Европската унија и истата стапила на сила на 22 декември 2000 година.

Во 2014 ЕУ се има согласено да го исклучи управувањето со снабдувањето со вода и резервите на вода, од правилата за управување на европскиот внатрешен пазар.

Парламентот на Словенија го изгласа амандманот според кој обилните резерви на чиста вода на земјата се “јавно добро управувано од државата” а не “пазарен производ”. Со амандманот пристапот до вода станува основно човеково право, и таа повеќе не може да биде

комерцијализирана (пакувана и продавана). Дополнувањето на Уставот на Словенија гласи дека “секој има право на чиста вода за пиење” и било изгласано со 64 гласови за, и ниту еден против. Словенечката вода е со многу добар квалитет, и заради нејзината вредност, во иднина таа сигурно ќе биде мета на апетитите на странски држави и меѓународни корпорации. Словенија е првата членка на ЕУ која го вовела правото на вода во Уставот, додека низ светот тоа веќе го имаат направено 15 други држави.

Повеќето членови на германскиот парламент кренале рака за законот со кој правото на вода се исфрла од листата на основните човекови права. За цивилизациска придобивка што Обединетите нации ја усвоија по Втората светска војна, 299 пратеници во Бундестагот сметаат дека водата не е човеково право и гласале за продажба на водата на корпорации, 75 од нив не се заинтересирани за оваа тема и не гласале, 124 пратеници немаат никакво мислење за човековите права и гласале воздржано, а само 122 пратеници гласале против приватизацијата на водата.

1.6. Правото на вода како елементарно човеково право

Во времето кога била донесена „Основната повелба за човекови права“, во 1948 година, за проблемите поврзани со водата за пиење, човештвото немало претстава.

Од 2010 година, недостигот од чиста вода за пиење станува „најголемата повреда на човековите права во светот“: Експертите предвидуваат дека ако не се престане со загадување, нема да има доволно вода за секого. Многу брзо човештвото ќе се соочи со многу голема еколошка криза за вода.

Преку „Проектот за сина планета“ кој што се ангажира за заштита и поправедна распределба на ресурсите со вода во светот се иницираше меѓународната кампања за вметнување на правото на чиста вода во Повелбата на ОН.

За да може да се справи општеството со кризата за вода и да го овозможи правото на вода, Обединетите нации го признаа правото на вода како елементарно човеково право за обезбедување чиста и здрава вода за пиење.

Концептот на обликување на правото на вода првично бил утврден во 1977 година на Конференцијата на Обединетите нации во Мар дел Плата, Аргентина. Усвоениот акциски план се однесувал на сите луѓе независно од нивната социјална и економска положба.

Правото на вода било предмет на расправа и на одржаните седниците на комитетите во состав на ОН, во 2002, 2006 и 2007 година, каде што правото на вода било проширено и надградено во смисла на развивање на капацитетите за вода и овозможување на еднакви услови за обесправените луѓе кои се лишени од тоа право.

На 28 јули 2010 година, Генералното собрание на Обединетите нации преку Резолуцијата А/РЕС/64/292 ја прогласува чистата вода за пиење и за санитарни потреби за човеково право од суштинско значење.

САД, Канада и Велика Британија го спречувале гласањето за резолуцијата. Германија, на пример, која според зборовите на нејзиниот амбасадор Петер Витиг е една од земјите кои најрешително се борат за право на чиста вода, гласала за резолуцијата.⁷

Во текстот на резолуцијата се изјавува дека „правото на чиста и квалитетна вода за пиење и до санитарни инсталации е човеково право од суштествено значење за квалитетниот живот“.

Во резолуцијата се подвлекува фактот дека 884 милиони луѓе низ светот немаат достап до квалитетна вода за пиење и над 2,6 милијарди не располагаат со основни санитарни инсталации.



Слика 5
Figure 5

Во документот се истакнува, исто така, дека околу два милиона лица, повеќето мали деца, умираат секоја година од болести, предизвикани од нечиста вода за пиење и недостиг од основни санитарни уреди.

⁷ Инаку за резолуцијата поднесена од страна на Боливија, гласале 122 од 163 присутни членки на ОН. Останатите 41, исклучиво индустриски земји од северот, биле воздржани.

1.7. Распределбата на пивка вода е нерамномерна

Водата е темел на многу природни процеси, а особено биолошките. Без вода нема живот, истата представува предуслов за производство на сите намирници.

Недоволните залихи на свежа вода во многу делови од светот се поврзани со нарушување на животната средина, ограничување на производството на храна, загрозување на здравјето на луѓето и станува извор на конфликт во врска со распределба на води.

Ако снабдувањето со свежа вода на Земјата е распределено во согласност со распределбата на светското население, тогаш тоа (во сегашната фаза на користење на водата по глава на жител) на вода е доволно за 20 милијарди луѓе. Сепак, распределбата на свежа вода на Земјата е исклучително нерамномерна, па во светот повеќе од 6 милијарди луѓе немаат пивка вода ни за најосновните потреби.⁸

2. Управување со водните ресурси

2.1. Модели за управување со водните ресурси

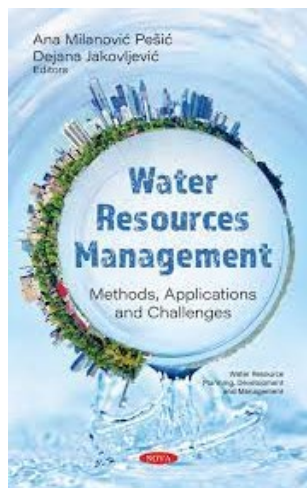
Во модерниот свет денес се познати три модели за управување со водните ресурси:

- бирократско управување;
- ново јавно управување и
- партиципативно управување.

Бирократското управување вклучува модернизирани верзија на строга хиерархија на управување каде што одлуките се носат во централната власт и се спроведуваат по директна командна линија до најниските сегменти при управувањето.

Новиот јавен менаџмент става акцент на перформансите и услугата за клиенти, воведувајќи менаџерски идеи и техники и логиката на деловниот сектор во функционирањето на јавната администрација. Овој модел подразбира приватизација на обезбедувањето услуги и одвојување на одредени активности од јавните претпријатија („аутсорсинг“), така што општата насока е дефинирана во централните државни тела, а потоа се спроведува од приватни компании.

⁸ Денес на светско ниво од достапната вода за пиење се користи само половина, а само по основ на порастот на населението тој дел до 2025 година ќе се искачи на 70%.



Слика 6
Figure 6

Покрај овие два модела и нивното преклопување, од деведесеттите години наваму, развиен е и трет модел, т.н. партиципативно управување. Овој модел подразбира редизајн на институциите, така што тие се реформираат според изборот и барањата на граѓаните и широк спектар на други актери кои поактивно влијаат на насоката на парите и јавната работа на институции преку хоризонтална координација и партнерства, што обезбедува ефикасност и легитимност на процесите на управување.

Овие модели во идеална форма не постојат во пракса, така што може да се најдат различни комбинации на контролни типови во светот.

2.2. Природен монопол во областа на услугиите

На пазарот за водоснабдување обично доминира природниот монопол за географската област во која снабдувачот на вода има изградена мрежа за водоснабдување на крајните потрошувачи.

Побарувачката за вода како функција на цената покажува многу нееластичен карактер.

Зголемувањето на цените на водата за мал, но сепак значителен процент не резултира со значително намалување на побарувачката на вода, и е една од причините за природниот монопол на давателите на услуги на вода.

2.3. Управувањето со водните ресурси низ историјата

Приватните иницијативи низ историјата биле клучни во воспоставувањето на современи системи за водоснабдување, што довело до приватни или управувани системи. Ова започнало како резултат на растот на градовите од средината на 1800-тите во повеќето

земји во Европа и Северна Америка.

Англија била претходник на современите системи за водоснабдување, кои подоцна се прошириле во Германија, и на други места во Европа и во САД. Меѓутоа, во доцните 1800-ти, како резултат на нивните незадоволителни перформанси (неефикасност, високи трошоци и корупција) или поради проблеми со јавното здравство во многу европски земји, овие услуги биле вратени во сопственост на јавноста или општината.⁹

Водоснабдувањето, особено во неразвиените земји е еден од најголемите предизвици со кои се соочува заедницата.

На почетокот на 19 век, снабдувањето со вода не било доволно, со низок квалитет и честопати многу ефтино. До почетокот на 20 век во Англија, водите биле достапни во соодветни количини, а квалитетот драстично се зголемил. До средината на 20 век, пристапот до вода бил квази универзален.

Разгледувањето на начинот на кој различните градови се справувале со управувањето со нивното снабдување со вода со текот на времето може да биде поучно за разбирање на денешните предизвици за водоснабдување.



Слика 7
Figure 7

⁹ Денес, во европските земји, урбаното водоснабдување е значително различно, почнувајќи од неучество на приватниот сектор (Холандија), до поврзување со приватниот сектор (Белгија, Финска, Франција, Германија, Грција, Италија, Шпанија,) и приватизација на водните ресурси без мотив за профитирање (Австрија, Данска и Шведска), до целосна приватизација (Англија и Велс).

Се тврди дека деловниот мотив бил главниот двигател за разгледување на првиот приватен предлог во средината на 1800-тите. Искуствата на Франција, Велика Британија и САД би можеле да бидат корисна илустрација за раните случувања. Даблин бил првиот модерен град што вовел водоснабдување во 13 век.

Првиот голем обид на Лондон да обезбеди снабдување со вода бил во 1582 година (од страна на Холанѓанецот Питер Морис подигнувајќи тркало со вода на мостот во Лондон). Како резултат на зголемената урбанизација во 19 век, Европа, која традиционално се потпираше на водата од бунарите, продавачите на вода или други извори било заменето со централизиран систем за водоснабдување. Фрагментираниот, единечен и локализиран систем бил напуштен во замена на високо централизиран и интегриран систем за водоснабдување.¹⁰

Се тврди дека Римјаните први пиеле вода како производ со цена. Фонтаните за вода биле карактеристика на римската цивилизација. Аквадуктите се граделе не толку од хигиенска намена, туку од социјални причини, како што се куќи за капење. Истите потоа ги водоснабдувале градските сливови и фонтани, за приватна употреба и за куќите за капење. Процентот е дека околу 40 проценти од водата што одела во Рим одела во приватни згради. Посебен данок се наметнал за оние кои користеле цевки од главниот систем до своите живеалишта (износот варира според големината на млазницата за цевки за напојување). Да се имаа пристап до вода во приватна резиденција било статус на симбол за луксуз, главно користен од сенатори. Даночните средства се користеле за покривање на трошоците за одржување на системот. Со овој метод, водата за богатите граѓани се сметала за економско добро, додека за граѓаните, водата била бесплатна и достапна.

Во Њујорк во 18 век, по периодот на користење јавни бунари што довело до хигиенски проблеми, започнало да се продава вода на оние кои би можеле да си го дозволат тоа. Голема епидемија на жолта треска се појавила во 1795 година и јавноста за оваа епидемија вината ја посочила во слабиот квалитет на водата и гнастите бунари. Под притисок на јавноста градот се свртел кон приватниот сектор за обезбедување чиста вода за пиење. На почетокот градот не сакал да направи првични инвестиции и затоа се повикал на инвеститорите во приватниот сектор. Се тврди дека општината не можела да собере доволно капитални заеми и даноци за да ги финансира работите. Оттука, компанијата

10 Ова се случило во 1802 година во Париз, 1808 година во Лондон и 1856 година во Берлин.

Менхетен, која подоцна станала Банка Чејз Менхетн, била формирана за да испорачува вода во градот. Во првите 32 години, постави ла цевки од само 23 милји и продолжила да ги принудува жителите на Њујорк да ги користат езерцата и локалните бунари. Оваа компанија е една од најкорумпираните, некомпетентни и најкатастрофални експерименти за водоснабдување. Богатите луѓе започнале да се потпираат на увезената вода. Потоа, по серија на катастрофи (голем пожар во 1828 година и силно пробивање на епидемија на колера во 1832 и 1835 година), владата била принудена да го реши проблемот со водата. Клубот на комесари за вода бил создаден за да собере инфраструктурен капитал (резервоар) со цел да се снабди со вода градот. Треба да се потсетиме дека Филадельфија била првиот град кој изградил „софистицирани водоводи“ во 1801 година.

Слично на таа во Њујорк, поради големите проблеми во врска со приватните компании кои не ги почитуваат нивните обврски, општините го контролирале водоснабдувањето во Бостон, Њу Орлеанс и другите големи градови во Америка.

Статистичките податоци покажуваат дека до 1905 година најголемата категорија на општински долгови била поврзана со водоводите. Лондон има слична приказна како Њујорк во врска со приватниот сектор. До 19 век, снабдувањето со вода било концентрирано во девет компании за вода. Како резултат на големата епидемија на колера во 1840 година, водостопанските компании станале регулирани субјекти. Од нив требало да се доставува постојано филтрирана вода до живеалиштата. Во 1902 година, со Законот за вода, водните субјекти биле општинизирани. Одредена количина на вода се обезбедувала бесплатно преку добротворни организации во форма на јавни фонтани. Во раните 1800-ти, компанијата „Водовод“ од Лондон-мост практикувала некакви вкрстени субвенции за снабдување со вода.

Властите биле загрижени дека, за разлика од оние што можат да плаќаат, сиромашните нема да можат да ги користат услугите од приватниот сектор. Се тврди дека општинските и локалните власти не биле подготвени да преземат ризик за снабдување со вода во Лондон, што ги натерало приватните компании да го пополнат овој вакуум. Сепак, приватниот сектор не сакал да ги снабдува сиромашните со вода, освен преку средството на сопственикот или преку одделни резервоари со наизменично снабдување. Богатите имале свои залихи, додека сиромашните купувале вода од приватни продавачи по високи цени (две шилинзи - што е еквивалентно на нивната кирија) или добивале од реки и бунари. Во 1861 година учеството на приватно снабдување со

вода во поголемите градови било 60 проценти, што се намалило за 20% во 1881 година и само 10% во 1901 година.

Во периодот од 1900 година до 1974 година, општините биле надлежни за водоснабдувањето, со исклучок на 20 проценти од населението кои биле снабдувани од приватни компании за вода. Во периодот од 1974 година до 1989 година имало десет регионални водни структури (помеѓу 1974 година и 1989 година имало 29 приватни компании кои снабдувале со вода помеѓу петтина и четвртина од населението на Англија и Велс), а по 1989 година, снабдувањето со вода биле приватизирани.

Управувањето со водите во Франција се сметало како активност на непожелен сектор уште од самиот почеток. Во 1782 година, браќата Периер добиле дозвола за вода за водовод во Париз. Générale des Eaux (подоцна Вивенди и сега Веолија) го добил својот прв општински договор во 1853 година за време на владеењето на Наполеон III.

Во Берлин, градот не бил подготвен да потроши пари за изградба на водовод. Првиот систем за снабдување со вода го развил приватниот сектор од 1852 година. Услугите за вода се наплаќале но луѓето се сомневале во квалитетот на водата.

Наспроти искуството на Берлин, градот Минхен го финансирал системот за водоснабдување во 1883 година. Прашањето за сопственост не било тема до 1990 година.

Колонијалната историја исто така оставила печат на структурата на водните системи во земјите во развој. На пример, во поранешните британски колонии, водата се гледала како право. Поранешните француски колонии го усвоила Францускиот модел на вклучување на приватниот сектор со обезбедување услуги за вода. Дури се тврди дека тековните проблеми со водоснабдувањето во одредени градови во земјите во развој не можат да се разберат без повикување на историскиот развој, почнувајќи од колонијалната ера. Во поранешните британски колонии, водата се гледа како право.

2.4. Приватизација на водните ресурси

Вклучувањето на приватниот сектор во економската активност на водоснабдување за пиење има долга историја.

Во САД, општинските услуги обично ги обезбедувале приватни организации од почетокот на 19 век, но во втората половина на тој век општините започнале да се соочуваат со проблеми за пристап до вода и услуги и започнала транзицијата кон јавна контрола и управување со

водните услуги, а особено поради тоа што приватните добавувачи не ги исполниле условите за пристап и испорака на услугите за вода до сите граѓани на ист начин.

Во 19 век приватните компании држеле 94% од пазарот на услугите за вода, а додека во 2020 година уделот на приватниот сектор во овој бизнис изнесува само 15%. Во 1860 година, дури 74 од 156 даватели на услуги за вода во САД биле приватни компании.

Главниот мотив на приватниот сектор во активностите на водоснабдување и отстранување на отпадни води било остварувањето на висок профит.

Но, праксата покажала дека приватните компании не биле подготвени да инвестираат доволно капитал во овие активности,

Само општинските управи имале капацитет да инвестираат големи суми за да може да ги врати инвестициите во иднина. Од овие причини приватизацијата на овие услугите поврзани со водата во САД и Канада се одвивале со побавно темпо.

Имено, САД и покрај тоа што имаат долга традиција при обезбедувањето на услугите за вода од страна приватни компании, сепак, 85% од населението се снабдува со вода од јавни добавувачи. Во Европа, особено во Франција и Велика Британија, приватните добавувачи на водните услуги се присутни уште од средината на 19 век. Во Обединетото Кралство во 1989 година, владата на Маргарет Тачер ги приватизирала сите услуги за вода, кои биле во рацете на јавните органи.¹¹



Слика 8
Figure 8

Процесот
либерализација

н а

¹¹ Овие приватни добавувачи добиле концесија за инфраструктура за период од 25 години и држеле монопол во оваа област.

на услугите за вода што промовира систем на снабдување со услуги за вода е сличен на системот за снабдување со електрична енергија или гас. Искуството на Велика Британија покажува дека процесот на спроведување на реформите е тежок, дури и во оние земји што имаат високо развиен институционален капацитет и предупредува на основата на проблемот со приватизацијата на услугите за вода, а тоа е потребата да се изгради заштита на интерес за обезбедување услуги за вода од приватни добавувачи.

Неодамнешни поголеми меѓународни напори за приватизација на системите за вода и пазарите се феномен, со најголеми трансфери извршени во последните две децении од 20-ти век. На крајот на 2000 година, 93 земји имаа делумно приватизирани услуги за снабдување со вода за пиење, вклучително и Аргентина, Чиле, Кина, Колумбија, Филипини, Јужна Африка, Австралија, Велика Британија и земјите од Централна Европа. Сепак, денес само 10% од услугите за вода во светот се извршуваат од приватни компании. Во Јужна Америка, монополите на јавните претпријатија биле правило сè до средината на 90-тите години на минатиот век. Како и во многу други региони, јавните системи за испорака на услуги за вода не успеале да постигнат целосна покриеност.

Поради овие недостатоци, владите на земјите во Јужна Америка го зголемиле уделот на приватните компании во секторот за услуги за вода.

До 2000 година, практично сите држави во Јужна Америка започнале со договор за долгорочни концесии за обезбедување услуги за вода со приватни компании.

Во европските земји, приватизацијата на услугите за вода не е широко прифатена. Во Финска, Белгија и Шведска, доминантно се вршат услуги за вода од страна на јавните добавувачи и приватизацијата на услугите за вода е предмет на жестока политичка дебата. Холандија најпрво ја отфрли секоја можност за влез на приватен капитал во секторот за водни услуги, но во последниве години таквата можност е прифатена. Во Германија, учеството на јавно-приватно партнерство во снабдувањето со вода е околу 22%, додека Италија, и покрај обидите на централното државните власти да воведат елементи на приватизација во секторот за услуги за вода, сеуште не е прифтен како модел што ќе ја подобри состојбата во овој сектор. Во Хрватска, во 2010 година, Законот за вода ја исклучи можноста за приватизација на услугите за вода, услуга што може да ја извршуваат само јавни добавувачи.

Денес, во светот, јавните добавувачи доминираат со услугите на вода и снабдуваат повеќе од 90% од водата што се снабдува од системот за снабдување во развиените земји. Уделот на приватизираните услуги за вода се намалува од 2006 година, кога обезбедувањето на овие услуги беше се враќа во јавниот сектор.

Во современата неолиберална економија, врз основа на фундаментализмот на пазарот, каде е сите подредени на производство на пари и профит и водата се третира како производ за стекнување пари.

Под влијание на неолибералната економија водата од природен подарок се претвора во потрошувачко добро.

Некои земји го отфрлија концептот на ОН водата да се признае како човеково право и со тоа се отвори простор за комерцијално работење на мултинационални компании и корпорации кои правото на вода ќе го претворат во право на комерцијализација на вода а со тоа да се доведе до ситуација на огромна зголемување на цените на водата, како што веќе се случи во Париз, Берлин и Лондон. Тоа би било почеток на крајот цивилизација каква што ја знаеме. Па, и покрај тоа, некои земји (како на пример, Холандија, Италија) донесоа закони за забрана на приватизацијата на водата, иако се Европската комисија ја поддржува приватизацијата на водата.

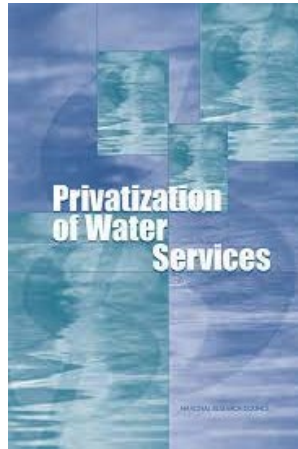
Во неолиберална економија, сè е предмет на продажба, трговија и приватизација и, според тоа, и водата. Корпоративниот капитал приватизира природно ресурси, ги става под своја контрола и, со тоа, ги лишува луѓето од правото на вода.

Кога водата е приватизирана, следниот чекор што корпорациите преземаат, е значително зголемување цени на водата.

Како природен ресурс, водата брзо стана производ и бизнис што носи големи профити.

За Меѓународниот монетарен фонд и Светската банка приватизирањето на водата исто така стана многу профитабилен бизнис. Мултинационалните корпорации се обидуваат да ги искористат лабавите закони за животната средина, а особено во корумпираните држави, и постепено ги преземаат природните ресурси со вода, а особено во сиромашните земји.

Приватизацијата на водата доведува до повисоки цени на водата од два до три пати, па дури и повеќе. Од друга страна искуството покажува дека сопствениците на приватизираните водни ресурси го гледаат само профитот и не посветуваат доволно внимание на контролата и одржувањето на системите за вода.



Слика 9
Figure 9

Според принципот на приватно јавно партнерство, јавниот сектор би требало да ги заштитува интересите на граѓаните додека пак приватниот да се грижи за профитот.

Со кршење на правото за пристап до вода за пиење се уништува една културна и цивилизациска вредност, а ова им се заканува не само на сиромашните земји, туку и на целокупното светско население.¹²

Иако водата е „дар на природата“ и природно добро, тоа е денес, под влијание на моќните глобални институции, се претвора во трговски производ.

Од деншен аспект, поради перцепцијата на водата како на производ и растечките дефицити во јавните буџети, се поголем е притисокот врз локалните и националните власти да ги комерцијализираат системите за водоснабдување. Таквата промена кон комерцијалните текови ја менува самата природа на улогата на водоснабдување и граѓаните стануваат „потрошувачи“, а не еднакви субјекти во дистрибуцијата на ова јавно добро. Донесувањето на одлуки во управувањето со националните ресурси стануваат обврска на мултинационални корпорации а не на граѓаните и нивните избрани претставници, и водата станува производ, а не човеково право.

Според многубројните досегашни направени анализи, во скоро сите случаи, приватизацијата доведе до значително зголемување на цената на водата за домаќинствата и намалување на инвестициите во инфраструктура поврзана со водата. Достапноста, квалитетот и опфатеноста со услугите, особено за населението со помала куповна

¹² Според логиката на неолиберални приватизатори на водните ресурси, доколку човекот не може да си купи вода, не мора и да живее?

моќ не е зголемена, туку напротив и во некои случаи е намалена. Од ова произлегува дека нема значителна позитивна разлика во економската ефикасност помеѓу јавните и приватните компании за водоснабдување. Оттука, последните години, забележителен е трендот на раскинување на договорите за концесија со приватните компании, т.е. рекомунализација на услугите за водоснабдување.

3. Приватизацијата на водата во Боливија како неуспешен пример

Примерот од Боливија од пред околу 20 години, каде се водела „војна за водата“, е епско поглавје во историјата на планетата земја, каде обединетиот народ протерал моќна транснационална корпорација која ја приватизирала нивната вода.

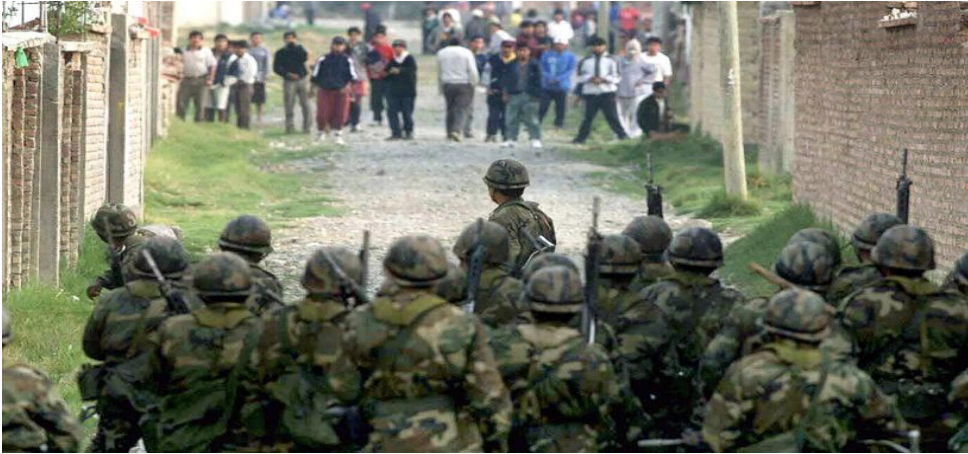
Победата на народот во Боливија инспирирал и други движења ширум светот кои ја бранат водата како општо добро, а не како производ од кој може да се профитира, и иститеда се борат да ги повратат своите води и природни ресурси од корпоративната контрола и уништување.

Војна за водата се водела во градот Кочабамба, четвртиот по големина град во Боливија. Сè започнало во 1997 година кога Светска банка и позајмила пари на Боливија за подобрување на системите за вода во поголемите градови, вклучително и Кочабамба, во замена за нивна приватизација.

Во септември 1999 година, владата го предала снабдувањето со вода во градот, без никакви јавни консултации, на конзорциум предводен од инженерскиот гигант од Калифорнија, Bechtel Corporation. Набргу потоа, Бехтел енорно ја покачил цената на водата, и покрај тоа, целиот јужен дел на градот останал без пристап до вода. Оваа околност ја искористиле многу приватни претприемачи кои започнале да продаваат вода од цистерни, која била многу неквалитетна. На луѓето им било забрането да собираат вода од дожд.

Приватизацијата на основните човечки ресурси довела до народно востание и избувнување на протести кои достигнале жариште за само неколку дена.

На 10 јануари 2000 година се собрале голем број граѓани, работнички организации, синдикати, формирани комитети за вода, студенти, активисти за животна средина, експерти кои се занимавале со проблеми со водоснабдување и други.



Слика 10

Figure 10

На собирот се одржале консултации на кои било одлучено да се блокираат улиците на Кочабамба. Блокадата започнала на 11 јануари, а улиците на градот биле преплавени со луѓе за само неколку часа. По три дена, владините претставници прифатиле преговори со бунтовничките граѓани, но нивното започнување постојано било одложувано.



Слика 11

Figure 11

На почетокот на февруари блокадата била повторно започната и режимот овој пат решил да одговори со сила. Испратени биле силни полициски сили кои започнале да ја разбиваат блокадата. Сепак, насилното сузбивање на протестите го зголемило незадоволството кај граѓаните.

На 4 февруари 2000 година илјадници луѓе кои марширале во знак на протест биле пречекани од трупите и полициските служби од Орур и Ла Паз. Имало дводневен судир со полицијата, која употребила солзавец.¹³

За само неколку дена, Кочабамба станала парализирана. Владата повторно се согласила на преговори, а демонстрантите побарале поништување на законот за приватизација на изворите на вода и системите за водоснабдување.

Бидејќи владата не го исполнила ова барање, жителите на градот и околните места сами организирале референдум, на кој одговориле над 50.000 граѓани. На референдумот, мнозинството граѓани (95 проценти) гласале против приватизацијата. Сепак, бидејќи владата продолжила да одбива да преговара, протестите се радикализирале и тие се појавиле и во други делови од државата.

Многу патишта биле блокирани, а генерален штрајк бил во Кочабамба, дедека активистите ротирале во смени со цел да ја одржат блокадата. За сето ова време, заедницата се грижела активистите да ги снабди со храна и пијалоци.

Откако полицијата уапсила неколку активисти, протестите станале уште порадикални и имало голема мобилизација на луѓе во селата со цел да се одржи блокадата.

Во самиот град Кочабамби, деца, мажи и жени однеле молотови коктейли, ножеви и камења на градскиот плоштад и биле подготвени за отворена конфронтација со полицијата. Во еден момент, полицијата отворила оган кон демонстрантите, а во судирот загинал тинејџерот Виктор Хуго Даза (17).¹⁴

Активистите ја продолжиле блокадата, а владата била принудена да се согласи на укинување на законот за приватизација на водоснабдувањето и изворите на вода, а Бехтел бил принуден да ја напушти земјата.

13 Скоро 200 демонстранти биле уапсени, додека 70 демонстранти и 51 полицаец биле повредени.

14 Тој станал херој во борбата против приватизацијата, а неговото мртво тело го однеле активисти на плоштадот.

Системот за водоснабдување во Кочабамба повторно станал јавно добро.

3.1. Влијанието на судирите за вода во Боливија на меѓународно ниво

Оскар Оливера, портпарол на Коалицијата за одбрана на вода и живот (организацијата што го предводел востанието во април 2000 година), изјавил дека за многу луѓе борбата значела „враќање на водата како основен ресурс, но и враќање на нивното достоинство, доверба и можност за организирање и обликување на нивната иднина“.

По војната за вода, Боливија доживеала бран на народен отпор против неолибералните политики наметнати на земјата во текот на 1980-тите и последователното корпоративно преземање на природните ресурси, како и повици за ново Конститутивно собрание за дизајнирање нов модел на земја и демократија.

Оваа војна оставила значајно влијание и на меѓународно ниво - односно мерка за времето на движењето против глобализацијата и помогнала да се реши глобалната корпоративна стратегија за приватизација на водата.

Ова исто така инспирирало и други движења ширум светот кои ја бранат водата како општо добро, а не како производ од кој може да се профитира.

Овој концепт на вода како општо добро бил подоцна усвоен во новиот боливиски устав, во кој пристапот до вода е основно право, а државата има за задача да го обезбеди.

На меѓународно ниво, Генералното собрание на Обединетите нации во јуни 2010 година има донесено резолуција со која се признаваат основните човекови права на вода.

3.2. Водните ресурси во Боливија од денешен аспект

Владата на претседателот Ево Моралес инвестирал околу 2,9 милијарди долари за целосен пристап до вода за пиење, наводнување и канализација во текот на изминатите 13 години.

Боливија има постиганто значителни подобрувања кога станува збор за пристапот до вода под водство на претседателот Моралес, а инвестициите постојано се зголемуваат.¹⁵

Денес, повеќе од 9,7 милиони луѓе (околу 86 проценти од населението) имаат пристап до вода. Што се однесува до урбаното

15 Изјава на министерот за животна средина и вода во Боливија, г-дин Карлос Ортуно.

население, околу 95 проценти од луѓето имаат пристап до вода, во споредба со 67 проценти во руралните области.

Во 2005 година, пред Моралес да дојде на власт, само 68 проценти од урбаното население имале пристап до вода и 44 проценти во руралните области.

Боливија има за цел да им овозможи на сите жители пристап до вода до 2025 година.

4. Заклучок

Проблемот со климатските промени ги засега сите држави во светот, па оттука и справувањето со нив е задача и обврска на сите.

Предизвикот на светско ниво се намалените расположливи водни ресурси, но и зголемените потреби за вода.

Важноста на климатските промени директно влијае врз количеството на вода со кое располагаме.

Недостигот од свежа вода за пиење и за одржување на основниот степен на хигиената ќе го потресат светот како нова природна катастрофа во новиот милениум, која ќе однесе многу човечки животи, ќе предизвика преселба на луѓето, гладување, исчезнување на животински видови, но и ќе биде основа на нови геополитички стратегии, интереси и конфликти.

Ограничената и непостојана достапност на вода го намалува економскиот раст, предизвикува миграција и разгорува граѓански конфликт, што поттикнува натамошна потенцијално дестабилизирачка миграција. За среќа, постои начин да се избегне кругот на сиромаштија, беда и конфликт.

Се поголемите потреби за вода и растот на населението ќе ја направат пивката вода најдефицитарен стратешки ресурс во 21 век, а со тоа ќе се зголемува опасноста од избивање на нови конфликти за обезбедување на сигурни извори за снабдување.

Ако земјите сега преземат акција за спроведување на ефективни политики и практики за управување со вода, поддржани од добро испланирани стимулации, тие не само што можат да ја сменат насоката од лизгање кон недостиг на вода, туку, исто така, да ги подигнат нивните стапки на економски раст на годишно ниво.

Снабдувањето со вода може да му се довери на јавен или приватен добавувач и изборот помеѓу овие две опции е секогаш на јавните органи во чијшто делокруг се користи водата.

Со цел приватизацијата на водните услуги да биде успешна, неопходно е да се обезбеди силен регулаторен и надзорен систем на јавните органи, кој мора да обезбеди заштита на јавниот интерес претставен во снабдувањето со јавни услуги за вода на корисниците во сите сегменти на општеството и членовите на различни социјални групи според принципот на еднаквост.

Освен желбата за профит што се уште е распространета, денес главните двигатели на зголеменото учество на приватниот сектор во бизнисот со вода, се слабите перформанси на јавните претпријатија за вода, недостатокот на јавни финансии, условувањата на донаторите, зголемувањето на ефикасноста итн.

Историјата предупредува дека водата не може и не треба да се третира само како економско добро, туку трба да и се дадат и други димензии како што се политичките, социо-културните, технолошките, еколошките, а и законодавните тела исто така треба да се земат во предвид.

Водата е богатство од природата и сите луѓе на планетата земја го имаат правото на вода како дар на природата. Исто така, сите видови и сите екосистеми на Планетата Земја се зависни и од вода, и тие имаат право на својот дел од водата. Како „заеднички добро“, водата нема и не познава граници и не може да биде приватна сопственост и производ.

Денес, во овој свет на профит, каде што има екстремно богати од една страна, и крајна сиромаштија од друга страна, продажбата на водата заради профит го нарушува природното право на човекот за непречен пристап до водата.

Водата е специфичен и неопходен ресурс за одржливост на сè на оваа планета и затоа не треба да биде производ за продажба, но сепак тоа не е така.

Трговијата со вода носи огромни профити. Кога водата станува производ за продажба, и како и на секој друг производ се охрабрува нејзината потрошувачка без оглед на способноста за нејзино обновување. Со тоа неповратно се уништува животната околина.

Во денешниот свет на профит, одделни земји, но и големите мултинационални компании сакаат да имаат контрола над скоро сè што е од витално значење за животот на човекот. Ова им овозможува да диктираат цени односно остваруваат голем профит, а последователно на тоа им овозможуваат да управуваат и да владеат со животот на луѓето. Водата е неизбежно еден од најважните елементи на животот. Тој што ги контролира изворите на водите ќе може да манипулира со економијата и владите.

Кај пропаднатите економии, со претходна помош за нивно пропаѓање, лесно се поставува условот за приватизација на водата, за да се добие кредит или да се врати заостанатиот долг. Законите што ја ограничуваат приватизацијата на водата не е тешко да се променат (доколку е потребно и по итна постапка). За жал, некои дури и не размислуваат за тоа што значи мултинационалните корпорации да ги преземаат природни водни ресурси низ целиот свет. Водата станува вреден производ. Се почесто се нарекува сино злато, т.е. нова нафта. Корпорациите и богатите нафтени семејства со купувањето правото на вода од корумпираните влади си овозможуваат контрола над нациите ширум светот.

На светско ниво бизнисот со вода во шишиња вреди 110 милијарди долари.

Дали на планетата земја во тајност се води војна за пивка вода а која што ќе стане јавна во моментот кога ќе бидат исцрпени нафтените резерви во светот.

До 2030 година експлатацијата на нафта ќе го достигне својот врв. Дали тоа значи дека големите коорпорации своите сили од полињата на „црното злато“ ќе ги преселат на изворите на водата за пиење.

Најдобар начин за освојување на териториите богати со вода е нивна дестабилизација и инфилтрирање на марионети коишто ќе ги извршуваат нивните налози, за подоцна истите тие кареатори на контролираниот хаос ќе излезат во јавноста представувајќи се како миротворци и инвеститори кои од љубов дошле кај обичните луѓе и со себе донеле мир. Мир во чијашто позадина се крие војна, и не обична војна, туку војна за тоа од што зависи животот на секој од нас.

Со паметни политики и интервенции за водата, земјите можат да обезбедат иднина издржлива на климата и безбедна во однос на водата.

Се разбира, не сите земји ќе го следат истиот пат за осигурување на иднина безбедна со вода. Но, како што земјите ги развиваат своите стратегии, тие можат да гледаат идеи една од друга и да имаат увид во тоа што функционира, а што не.

Со силна и претпазлива акција, владите од целиот свет можат ефикасно да се справат со природните ограничувања и неизвесности кои влијаат врз водните ресурси.

Toni Gjorgiev, PhD

Associate professor, Military Academy Mihailo Apostolski

Goce Stoilovski, LLM

PhD candidate, Military Academy Mihailo Apostolski

Abstract: *The increase in the number of earthlings, the increase in wealth and lifestyle worldwide, exceeds the ability of the planet to cope with the consequences of human activities. Fresh water reserves will not be enough to meet the needs of the world's growing population. According to forecasts, in a few years the price of water worldwide will increase several times. This means that the water business will become one of the most profitable.*

Around the world, under the dictates of major international corporations, the World Bank and the IMF have already begun the process of privatizing drinking water sources. Today, the question is increasingly asked whether the earthlings in the near future are facing unrealistic increase in the price of drinking water and its privatization around the world. He who will be the master of natural resources has the best chance of surviving in the coming decades and centuries.

Keywords: *water, resources, privatization, conflicts.*

Проф. д-р Елена Давидковска*
д-р Ирина Мајовски**

РАБОТАТА НА ЈАВНИТЕ ОРГАНИ ВО УСЛОВИ НА ПАНДЕМИЈА ОД КОВИД-19

35.076/.078:[616.98:578.834(497.7)
35.076/.078:004.738.5
Original research paper

Апстракт: Од насловот може да се заклучи дека ќе се работи за едно невообичаено исцрпување и прикажување на работата на јавните органи во вонредни услови и вонредна состојба. Затоа, истражувачите ќе го започнеме со набележување на прашања чии одговори, се надеваме, ќе бидат од помош во надминувањето на ваквата состојба. Првото прашање или дилема се состои во тоа дали јавните органи во услови на пандемија (која трае повеќе од една година) требаше и мораа да работат во исполнувањето на нивните основни обврски – задоволувањето на граѓаните и нивните интереси на странските електронски, односно online; или, пак, како што е ситуацијата (односно како што е состојбата), работодавците да одат на работа циклично (една седмица на работа, една седмица дома)? Всушност, дури и кога одат на работа, согласно мерките за справување со пандемијата работодавците во јавните органи немаат личен контакт со странските кои, пак, мораа во редови да чекаат пред вработувањето на јавните органи (со што уште повеќе се ширеше заразиата помеѓу странските/граѓаните)?! Истиот така, се поставува и прашањето дали јавните органи (барем формално-правно) имаат алатка (законски основ, подзаконски акти и слично) со помош на кои своите услуги ќе можеа да ги нудат и електронски или online на странските – граѓаните како корисници? Во најважниот излагање повеќе ќе се задржиме на законските и подзаконските прописи кои овозможуваат

*Вонреден професор на Економскиот институт при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, elena@ek-inst.ukim.edu.mk

**Вонреден професор на Економскиот институт при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, irina@ek-inst.ukim.edu.mk

електронска/online комуникација помеѓу јавните органи и корисниците на нивните услуги. Дополнително, ќе се обидеме да направиме посебен осврт на дејствувањето во услови на ковид-19 пандемија помеѓу организациите и организационите единици на Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје со нивните корисници—студентите.

Клучни зборови: пандемија, електронска комуникација, јавни органи, електронски услуги, Кашалот на услуги

1. РЕЛЕВАНТНИ ПРОПИСИ

1.1. Закон за општата управна постапка

1.1.1 Зошто Законот за општите управна постапка е значаен за работата на јавните органи за време на ковид-19 пандемијата?

Основен закон со кој се уредува постапувањето на сите јавни органи во преземањето на управни дејствија е Законот за општата управна постапка (во натамошниот текст: ЗОУП).¹ Оттука, тој е првиот пропис кој се проучува од аспект на работата на јавните органи во текот на ковид-19 пандемијата.

За подобро разбирање на целокупната материја на ЗОУП,² најнапред го издвојуваме членот 2, ст. 1 во кој се уредува неговата примена, поточно се предвидува дека ЗОУП се применува „за сите управни дејствија на јавните органи и на давателите на услуги“. Тоа, пак, доведува до прашањето кој сè претставува јавен орган, односно што се вбројува под терминот управно дејствие. Поимникот на ЗОУП е поместен во членот 4,³ од каде ги издвојуваме најзначајните поими:

Поим	Значење
Јавен орган	министерствата, органите на државната управа, организации утврдени со закон, другите државни органи, правните и физичките лица на кои со закон им е доверено да вршат јавни овластувања, како и органите на општината, на градот Скопје и општините во градот Скопје

1 „Службен весник на Република Македонија“ бр. 124/2015.

2 Исто.

3 Исто.

Давател на услуга	сите правни лица кои врз основа на закон се овластени да даваат јавни услуги или услуги од општ интерес
Управни работи	сите акти и дејствија преку кои се изразуваат или извршуваат надлежностите на јавните органи, а со кои се решава или влијае на правата, обврските или правните интереси на физичките лица, правните лица или другите странки во постапката, како и секоја друга работа којашто е одредена како управна со посебен закон
Управно дејствије	донесување на управни акти, склучување на управни договори, заштита на корисниците на јавни услуги и услуги од општ интерес, како и преземање на други управни дејствија во управните работи во согласност со закон
Управен акт	поединечен акт на јавен орган кој е донесен врз основа на закон со кој се решава за правата, обврските и правните интереси на странките. Управните акти можат да бидат насловени како решение, одлука, наредба, лиценца, дозвола, забрана, одобрение или други
Записник	пишана исправа за усна расправа или за друго поважно дејствие во постапката, како и за поважни усни изјави на странките или на трети лица во постапката
Странка	секоје физичко или правно лице, по чие барање е поведена управната постапка, против кое е поведена управната постапка, кое е вклучено во постапка поведена по службена должност, или кое заради заштита на своите права или правни интереси има право да учествува во управната постапка. Странка може да биде и јавен орган, подружница или друга деловна единица на трговско друштво, населба и слично или група лица, иако немаат својство на правно лице
Поднесоци во постапка	барања, пријави, предлози, жалби, приговори, претставки и други изјави со кои странките се обраќаат до јавниот орган во врска со одредена управна работа
Известување	службено обраќање на јавниот орган кон странка или кон друго лице кое учествува во управната постапка
Управен договор	договор кој јавниот орган го склучува со странката заради вршење на јавни овластувања од надлежност на јавниот орган, кога тоа е утврдено со посебен закон

Реален акт	акт или дејствие на јавниот орган што не е управен акт или управен договор, што може да има правно дејство врз правата, обврските или правните интереси на некое лице, како што се јавните информации, примање изјави, водење евиденција, издавање уверенија, дејствија на извршување и други фактички дејствија
Услуги од општ интерес	услуги кои на граѓаните им ги даваат правните лица врз основа на јавно овластување издадено од јавен орган

Следствено, ЗОУП е исклучително општ акт, односно претставува *lex generalis* за сите органи во рамките на јавниот сектор. Така, постапувањето согласно неговите одредби е императив, а тие служат и како појдовна основа за ова истражување.

Во таа конотација, во продолжение се врши пред сè осврт на основните начела на ЗОУП, а потоа и конкретните одредби со кои се уредува електронската комуникација помеѓу еден и друг јавен орган, односно помеѓу јавните органи и граѓаните.

1.1.2. Начела на Законот за општите управни постапки

Начелата или принципите на ЗОУП, кои се уредени во членовите 5 до 17,⁴ претставуваат основни водилки за јавните органи во нивното постапување. Со други зборови, начелата служат како основен патоказ на секој јавен орган во неговото секојдневно работење. Иако во нив, генерално гледано, ретко се пропишуваат конкретни и опишливи обврски за јавните органи, тие, сепак, заземаат суштествено место во работата на секое министерство, секој државен орган или орган на државната управа, па дури и во работата на приватните субјекти со јавни овластувања.

Од начелата на ЗОУП, во оваа пригода издвојуваме неколку најзначајни кои треба(ше) да бидат применети во текот на ковид-19 пандемијата, а особено од аспект на обезбедувањето на можност за електронска комуникација помеѓу граѓаните и јавните органи.

⁴ Исто.

Начело на
законитост

Начело на
пропорционалност

Начело на
економичност

Начело на сервисна
ориентација

Начело на
утврдување на
материјалната
вистина

Начело на активна
помош на
странката

Така, според **начелото на законитост** јавниот орган е должен да се грижи за постапување согласно Уставот, законите и меѓународните договори, а има обврска и да води сметка за правната сигурност, односно еднаквата примена на законите во управните работи.

Според **начелото на пропорционалност**, пак, во постапките јавниот орган треба да им овозможи на странките да ги остварат и заштитат своите права и правни интереси, сè додека тие не се на штета на правата и правните интереси на другите странки или трети лица, односно не се на штета на јавниот интерес утврден со закон. Кога, пак, на странките им се наложуваат обврски, јавниот орган е должен да ги примени оние управни дејствија кои се поповолни за странките, ако таквите дејствија се доволни за да се постигне целта утврдена со закон.

Начелото на економичност и ефикасност на постапката им наложува на органите да ја спроведат постапката на наједноставен можен начин, без одлагање и со што помалку трошоци за нив, а сепак обезбедувајќи целосно почитување на правата и правните интереси на странките и утврдување на фактичката состојба.

Начелото на сервисна ориентација, како што сугерира и неговиот назив, само по себе значи дека јавните органи треба, во решавањето, да бидат сервисно ориентирани кон странките. Јавните органи се должни и да ја утврдуваат **материјалната вистина** во постапките, но во корелација со начелото на сервисна ориентација, во членот 10, ст. 2 е предвидена и обврска за секој јавен орган **по службена**

должност да ги прибави, разгледа и обработи информациите кои се чуваат во службената евиденција и регистрите. Со други зборови, ЗОУП предвидува дека граѓаните треба да бидат што е повеќе можно растеретени од обврската да прибавуваат и доставуваат докази во управните постапки.

На крајот, **начелото на активна помош на странката** значи дека секој јавен орган треба да им овозможи на страните да ги остварат и заштитат своите права и правни интереси на што е можно поефективен и полесен начин, односно дека секој јавен орган им овозможува пристап на странките по електронски пат.

Евидентно, ЗОУП уште во своите начела ја поставува основата за ефикасна и брза комуникација, по електронски пат, меѓу самите јавни органи, како и меѓу јавните органи и странките. Имено, наведените начела сами по себе имплицираат дека е неопходно да постои систем за електронска комуникација во управните постапки дури и без постоење на пандемија. Дотолку повеќе, во случаи како со ковид-19 пандемијата, јавните органи треба нужно да се преориентираат кон предоминантно електронска комуникација со цел заштита на странките и спроведување на ЗОУП.

1.1.3. Одредби кои се однесуваат на комуникацијата помеѓу јавните органи и странките со особен фокус на електронската комуникација

Освен начелата на ЗОУП,⁵ за комуникација помеѓу странките и јавните органи, односно самите јавни органи (а, во интерес на експедитивното постапување), особено во време на пандемија, значајни се и одредбите од членовите 28, ст. 1 и 29, ст. 1 каде се предвидува дека:

- кога законот предвидува дека некоја управна постапка може да се спроведе преку еден јавен орган, на барање од странката сите управни дејствија се спроведуваат преку тој јавен орган и
- секој јавен орган е должен по електронски пат да побара правна помош кога му се потребни факти, исправи или други докази кои ги поседува друг орган или кога од законски причини не може самиот да го спроведе потребното управно дејствие.

Понатаму, ЗОУП има посебен дел кој е посветен на комуникацијата помеѓу јавните органи и странките.⁶ Станува збор за членовите 37 – 43.

⁵ Погоре обработени.

⁶ Исто.

Од нив особено значајно е да се издвои дека според членот 37, ст. 1 комуникацијата помеѓу јавните органи и странките може да се одвива во писмена форма, усно или во електронска форма, додека пак според членот 37, ст. 3 комуникацијата помеѓу јавните органи задолжително се одвива во писмена форма. Дополнително, во членот 38 се уредува употребата на потпис на електронски исправи, а во членот 39 се предвидува дека поднесоците можат да се предадат, освен по пошта и непосредно, и по електронски пат. Во ЗОУП е уредено и дека поднесоците кои по електронски пат се испратени до ненадлежен јавен орган веднаш ќе бидат препратени до надлежниот јавен орган (член 40, ст. 7), а во поглед на евидентирањето на приемот на поднесоците, пак, ЗОУП упатува на Законот за електронско управување.⁷ Во контекст на електронското поднесување на документи, евидентно е дека тоа само по себе имплицира и електронско чување на документи. Затоа, во членот 42, ст. 4 ЗОУП предвидува дека „[к]ога списите се чуваат во електронска форма, јавниот орган ги обезбедува техничките средства за разгледување на исправите, како и за нивното печатење или копирање“.

Во погорниот текст беше споменато дека согласно начелото на утврдување на материјалната вистина, во текот на управната постапка јавниот орган сам ги пробавува доказите кои му се потребни, а кои се достапни во службената евиденција и регистрите кај него или кај друг јавен орган. Во членовите 56 и 57 ова начело се дооперационализира, така што се предвидува дека „[д]окументите и податоците ќе се сметаат дека странката сабарањето ги има поднесено и доколку за истите службена евиденција води друг орган, а истите органот надлежен за решавање е должен да ги прибави службена должност по електронски пат, а странката да е претходно согласна со нејзините лични податоци да бидат употребени во постапката за остварување на определено право или правен интерес.“ (член 56, ст. 4), односно дека „[с]лужбеното лице кое ја води постапката е должно службена должност по електронски пат да ги прибави доказите и податоците за фактите за кои службена евиденција води јавниот орган надлежен за решавање (член 57, ст. 1).“ Истата обврска службеното лице ја има и во случајот кога потребните податоци и докази се водат во евиденцијата на друг субјект кој води регистар на податоци. ЗОУП не предвидува обврски само за органот и службеното лице кое ја води постапката туку и за јавниот орган од кого се побарани податоците. Така, предвидено е

⁷ Законот за електронско управување („Службен весник на Република Македонија“ бр. 105/2009, 47/2011, 193/2015, 52/2016 и 99/2018) престана да важи од влегувањето на сила на Законот за електронско управување и електронски услуги во 2019 година („Службен весник на Република Северна Македонија 98/2019 и 244/2019).

дека „[j]авниот орган, односно субјектот кој води службена евиденција е должен бараните докази и податоци да ги достави по електронски пат во рок од три дена од денот на приемот на барањето“. (член 57, ст. 3).

Уште повеќе, ЗОУП содржи податоци релевантни од аспект на дигитализацијата, односно приемот и издавањето на електронски документи и во главата за известување и достава. Така, според членот 69, ст. 5 од ЗОУП „[п]исмениот документ може да се испрати по пошта, преку електронски и други соодветни средства, или со достава“. Кога станува збор за доставата, во членот 85 се уредува, во детали, доставувањето по електронски пат, Така, „[д]оставувањето на електронски документ може да се изврши со преземање на документот од серверот што го одредил јавниот орган само ако на првично е овозможено пристап преку автентизирани електронски средства и ако претходно е известен за датумот или периодот во кој документот ќе биде поставен на серверот“ (член 85, ст. 1). Во ваков случај се смета дека доставувањето е извршено во моментот на преземање на документот од серверот (член 85, ст. 2). Кога говориме, пак, за известувањето, се предвидува дека тоа може да се врши преку испраќање на „електронскиот документ во согласност со закон“. (член 78, ст. 1). Понатаму, ЗОУП навлегува и во определувањето на денот и часот на приемот на известувањето по електронски пат, така што се определува дека [д]околку не можат да се утврдат времето и датумот на документот што е испратен електронски се смета дека истиот е примен согласно закон, најдоцна на третиот ден од денот на неговото испраќање.“ (член 78, ст. 3).

Во согласност со досегашните одредби со кои се определуваат начелата, односно во конотација на одредбите за доставата и известувањето, логично е да се претпостави дека според ЗОУП и управниот акт може да има електронска форма. Така, во членот 87, ст. 1 предвидува дека „[у]правниот акт во зависност од барањето на странката може да се издаде во писмена, електронска или во друг соодветна форма, освен ако законот не пропишува ил или исклучува одредена форма“

На крајот, во ЗОУП се уредуваат и правните лекови, каде повторно се среќаваат и одредби за електронско поднесување на жалбата. Кога првостепениот орган ќе прими жалба и ќе утврди дека таа е допуштена и оправдана, тој веднаш ќе донесе нов управен акт со кој ќе го замени обжалениот и во рок од седум дена од приемот на жалбата ќе го достави овој нов управен акт до второстепениот орган во електронска форма. Доколку, пак, првостепениот орган утврди дека жалбата е допуштена, но не е оправдана, тој по електронски пат ќе ја достави жалбата до

второстепениот орган. Ова е предвидено во членот 107. Поинаку речено, обврската за електронска комуникација помеѓу јавните органи не е сведена единствено на начело туку постојат и конкретни одредби со кои таа се уредува. Во претходниот текст стана збор за одредбите за размена на докази и податоци помеѓу јавните органи, а во оваа прилика станува збор и за предавањето на жалбата од едниот (првостепениот) на другиот (второстепениот) јавен орган. Истото, се разбира, имплицира и обратен однос, така што и второстепениот ги доставува решенијата до првостепениот орган по електронски пат (член 113, ст. 1), а тој пак треба понатаму да ги достави во писмена форма до жалителите.

Во поглед на правните лекови, односно второстепената постапка, ЗОУП исто така предвидува дека странката може да побара, во жалбената постапка, актите да ѝ бидат доставувани и непосредно во писмена форма (член 113, ст. 2). Во тие случаи, второстепениот орган ги доставува актите непосредно до странката по електронска форма (така што не се доставува актот прво по електронски пат до првостепениот орган, за тој да го достави во писмена форма до жалителот).

1.2. Закон за електронско управување и електронски услуги

Зборувајќи околу дигитализацијата на работата на јавните органи, односно на водењето на управната постапка и донесувањето/ издавањето на управни и реални акти, неопходно е да се спомене и Законот за електронско управување и електронски услуги. Со овој закон, практично, се врши дооперационализација на одредбите од ЗОУП. Имено, ако ЗОУП е *lex generalis*, Законот за електронско управување и електронски услуги е *lex specialis* со кој во детали се уредува како јавните органи меѓусебно и со странките комуницираат електронски.

Тоа што е најважно од овој пропис, пак, е постоењето на Каталог на услуги, односно Национален портал на е-услуги. Овие две категории се релативно нови, а нивното значење го пренесуваме во продолжение.

Поим	Значење
Каталог на услуги	единствен регистар на услуги, во кој се јасно и недвосмислено утврдени: надлежниот орган што ја обезбедува секоја поединечна услуга, законот од којшто произлегува услугата и надлежноста на органот, условите коишто е потребно да бидат исполнети за користење на секоја поединечна услуга, како и доказите коишто се потребни за користење на конкретната услуга, врз основа на закон

Национален портал на е-услуги	електронска платформа преку која се овозможува користење на електронските услуги, до која платформа се пристапува со користење на информатичко комуникациски технологии врз основа на логички поврзани процеси
-------------------------------	--

Всушност, што била идејата на законодавецот при усвојувањето на Законот за електронско управување и електронски услуги? Каталогот на услуги е единствена дата-база на сите услуги (издавање на реални акти, донесување на управни акти, преземање на други управни дејствија) кои ги издаваат јавните органи. Каталогот на услуги се полни така што секој јавен орган е задолжен, според самите законски одредби, во него да внесе податоци за услугите кои ги нуди. Каталогот на услуги го води Министерството за информатичко општество и администрација, а внесените податоци во него ги објавува на Националниот портал на е-услуги. Во Каталогот на услуги точно се наведуваат сите информации што на граѓанинот му се потребни за да добие една услуга. Националниот портал на е-услуги, пак, е платформа преку која граѓанинот доаѓа до споменатите податоци, односно преку која, во идеална смисла, секоја услуга зацртана во Каталогот на услуги треба да биде достапна по електронски пат.

Со други зборови, Каталогот на услуги е предуслов за успешно функционирање на Националниот портал на е-услуги (бидејќи во него се објавуваат податоците содржани од Каталогот на услуги). Но, можна е ситуација во која Каталогот на услуги е комплетен, а Националниот портал на е-услуги е сè уште нефункционален. Имено, дури и сите јавни да ги внесат податоците за своите услуги во Каталогот на услуги, Националниот портал на е-услуги може да не нуди ниту една од нив по електронски пат; со други зборови, Националниот портал на е-услуги да се сведе само на веб-страница на која се понудени податоци во поглед на услугите (кој орган ги издава/пужа, каде се поднесува барање, рок на одлучување, докази и слично). За Националниот портал на е-услуги да функционира, во својата есенција, треба преку него да може да се издаваат управни и реални акти. На пример, граѓаните би требало да можат да вадат уверенија, идентификациони документи, дозволи, лиценци и слично преку Националниот портал на е-услуги како единствена точка во виртуелниот простор.

Во моментот на пишувањето на овој труд, Националниот портал на е-услугите *de facto* е недоразвиен. Тој е достапен на веб-страницата <https://uslugi.gov.mk/>, но бројот на услуги наведени во него е релативно мал.

1.3. Други релевантни прописи

Постојат и бројни други закони кои се важни за електронското издавање на акти, односно пружањето на услуги од страна на јавните органи по електронски пат. Така, во Законот за електронски документи, електронска идентификација и доверливи услуги,⁸ на пример, се регулира начинот на кој индивидуите се идентификуваат пред јавните органи во виртуелниот простор, но се предвидува и дека „електронскиот документ има иста правна и доказна сила како и писмениот документ, во согласност со закон“ (член 6, ст. 1), односно дека „електронскиот документ не може да се оспори како доказ во управна постапка, само затоа што е создаден во електронски облик“. (член 6, ст. 2). Се подразбира, постојат извесни услови за да се прифати даден документ во електронска форма како валиден, но Законот за електронски документи, електронска идентификација и доверливи услови, без дилема, ја надградува правната рамка за дигитализација во Република Северна Македонија. Во него станува збор и за дигитализацијата на писмени (оригинални) документ (член 9), создавање на таканаречени шеми за електронска идентификација (глава III), електронски потпис и печат и слично.

Во крајна инстанца, за дигитализацијата се важни и посебните закони со кои се уредуваат извесни услуги на јавните органи. Овие закони мора да бидат усогласени со Законот за општата управна постапка, како и со одредбите од другите наведени општи прописи.

2. НИВО НА ПРИМЕНА НА ПРОПИСИТЕ ЗА ДИГИТАЛИЗАЦИЈА НА РАБОТАТА НА ЈАВНИТЕ ОРГАНИ

Од до сега изнесеното, евидентно е дека во Република Северна Македонија законската рамка е соодветна; доволно широка, а и доволно детална за да се обезбеди давање на услуги по електронски пат и дигитализација на работата на јавните органи.

Од друга страна, ноторно е дека бројот на јавни органи кои нудат услуги по електронски пат е исклучително низок.⁹ Некои органи,

⁸ „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 101/2019 и 275/2019.

⁹ Како позитивни примери би можеле да ги истакнеме Агенцијата за катастар на

пак, делумно се дигитализирани. На пример, Управата за водење на матичните книги нуди опција за поднесување на барање за извод од матична книга преку електронски пат, но повторно подигнувањето се врши лично и непосредно од просториите на органот.

Следствено, се поставува прашањето зошто дигитализацијата е сè уште на незавидно ниво? Во оваа прилика би се осврнале на изјава на Владата¹⁰кадештосе истакнува дека до јули 2022 година (една година од денес, а повеќе од две години од почетокот на пандемијата на ковид-19) „комплетно ќе се промени системот на водење документи во институциите, што значи дека граѓаните нема да чекаат во редици“. Дополнително, од Владата се истакнува дека „[с]ите институции ќе ги знаат најновите тековни информации на граѓаните зошто ќе бидат поврзани и вмрежени во системот“. Во текстот во „Слободен печат“ исто така се наведува дека „причината поради која реформата ќе почне да функционира дури од јули 2022 година е тоа што мора да се променат 150 закони во коишто сега пишува дека граѓанинот мора да носи документи на шалтер и на увид на службеникот“, како и дека „со промените на тие закони, институцијата по службена должност ќе пристапува во базата на податоци, а граѓанинот нема да биде задолжен да носи документи. Во системот ќе бидат поврзани 1034 органи на државната управа, односно сите институции од јавниот сектор“.

Иако ваквата заложба на Владата е посакувана, разумно е да се постави прашањето зошто Владата не се заложи да ги усогласи споменатите материјални (посебни) закони во периодот кога ЗОУП беше донесен односно во шесте месеци пред да започнат да важат неговите одредби за електронска комуникација? Имено, во јули 2022 година ќе бидат поминати 6 години од усвојувањето на ЗОУП, а 5,5 години од влегувањето во сила на одредбите релевантни за дигитализацијата. Со други зборови, Владата треба да реагира промптно и да ја подготви измената на споменатите „150 закони“ (доколку навистина станува збор за толкава цифра, што ќе биде допрва утврдено) што поскоро. Всушност, овие измени требаше да се направат веднаш после почнувањето на пандемијата, со цел да се заштити здравјето на граѓанинот.

Ваквото постапување не е дозволиво во држава која се стреми кон

недвижности и системот за електронско добивање на одобрение за градење кој го води Министерството за транспорт и врски и Централниот регистар на Република Северна Македонија.

10 Слободен печат 2280, од 17.06.2021 година, изјава на заменикот на претседателот на Владата задолжен за борба против корупција, одржлив развој и човечки ресурси, Љупчо Николовски.

воспоставување на сервисно ориентирана администрација. Имено, ако ЗОУП уште во 2015 воспостави обврска за електронска комуникација меѓу јавните органи (тие меѓусебно мора да комуницираат електронски), односно должност на јавните органи да им овозможат на странките можност да поднесуваат барања/доставуваат докази и писмена/примаат акти по електронски пат тогаш посебните закони мораа веднаш да се усогласат, а не по половина деценија.

Во крајна инстанца, јавните органи самите можеа да овозможат електронска комуникација на странките непосредно врз основа на ЗОУП кој е системски пропис.

Говорејќи за овие следни чекори и дигитализацијата во работата на јавните органи, би сакале да потенцираме дека декларативните изјави треба да бидат проследени со полтичка волја, сериозни обуки за службениците во јавните органи, но и средства за успешно спроведување. Во спротивно, секогаш постои ризикот за неуспех (всушност, уште од 1991 година по донесувањето на првата Стратегија за реформа на јавната администрација се говори за модернизација и сервисна ориентација, но сите заложби остануваат, повеќе или помалку, безуспешни).

3. СТУДИЈА НА СЛУЧАЈ: РАБОТА ВО УСЛОВИ НА ПАНДЕМИЈА НА ОРГАНИТЕ НА УНИВЕРЗИТЕТОТ „СВ. КРИЛ И МЕТОДИЈ“ И НЕГОВИТЕ ЕДИНИЦИ

За разлика од поголемиот дел од органите на државната управа, Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ (во натамошниот текст: УКИМ) реагираше експедитивно на самата пандемија на ковид-19.

Прво, единиците на УКИМ, во најголемиот дел, ја продолжија наставата по електронски пат, претежно користејќи ја платформата Microsoft Teams™ (иако, се користеа и други платформи, на пример, Zoom™). Истото се однесува и на испитите кои, преодоминантно, се спроведуваат електронски, а и одбраните (на дипломски, магистерски и докторски трудови) се спроведуваат преку електронска комуникација (видео повици). На пример, Правниот факултет „ЈустинијанПрви“ беше донесена Одлука за начинот на реализација на дејностите согласно со мерките на надлежните органи во Република Северна Македонија за спречување на внесување и ширење на коронавирусот CoVid-19 (Универзитетски гласник бр. 499 од 08.04.2020 година). Со оваа одлука

се утврди дека „[п]редавањата на Факултетот продолжуваат да се одвиваат со примена на средства за електронска комуникација“ (член 2, ст. 1) како и дека „[о]ценувањето се спроведува со примена на средствата за електронска комуникација, доколку тоа го дозволува природата на тој вид оценување“ (член 5, ст. 2). Освен тоа, во членовите 6 и 7 се говори за употреба на електронска комуникација за спроведување на предавања, одбрани и други активности во рамките на мастер и докторските студии, а во членот 8 се говори и за одржување на седниците на органите и внатрешните организациони единици на Правниот факултет „Јустинијан Први“ со примена на средства за електронска комуникација. Во другите членови се говори и за лекторирање на трудови со примена на електронска комуникација, пријавување на испити по електронски пат, поднесување на барања по електронски пат и слично. Со други зборови, Правниот факултет „Јустинијан Први“ во целост го дигитализира своето работење во моментот на донесувањето на оваа одлука.

Органите на УКИМ исто така го прилагодија своето работење на ковид-19 пандемијата и новонастанатите услови. Така, Сенатот на УКИМ донесе Деловник со број 02-878/2 од 30.10.2020 година каде што во членот 20, ст. 2 се предвиде дека седниците можат да се одвиваат преку електронска пошта или преку дигитална платформа (конференциска врска). Во споменатиот член се уредени и другите детали за начинот на одржување на седниците по електронски пат. Врз основа на овој деловник, пак, се донесени и упатства за одржување на седниците и за подготовка на општи акти на универзитетот.

За одбележување е и фактот дека и УКИМ, како што треба и јавните органи според Законот за електронско управување и електронски услуги, има изработено сопствен Каталог на услуги каде што се истакнува што е потребно за да се добијат услуги од самиот УКИМ и неговите единици: каде се поднесува барање, рок на одлучување, потребни докази и слично.

4. ЗАКЛУЧОК

Од поставените прашања и приказот на релевантната легислатива можеме да го заклучиме следново:

1. Јавните органи-предсè министерствата и другите државни органи не ги искористија алатките кои им ги овозможуваат законските

- и подзаконските прописи, најнапред ЗОУП, како основен закон согласно кој работата сите јавни органи при решавањето за правата и правните интереси на физичките и правните лица/странките во управната постапка.
2. Ваквата нивна работа директно се одрази на квалитетот и квантитетот на остварувањето на човековите права и слободи, а рационално е да се постави и прашањето како фактот што граѓаните мораа да ги посетуваат институциите влијаеше на ширењето на ковид-19 вирусот во државата.
 3. Органите, а особено оние коишто издаваат разни дозволи, уверенија, сертификати, лиценци, како и други управни и реални акти, кадешто не се бара лично присуство за издавањето, мораа овие акти да ги издаваат електронски, односно требаше барем да го искористат искуството на Агенцијата за катастар на недвижности (и на другите јавни органи кои се понапредни во оваа конотација) каде со години наназад извод од поседовен лист може секој граѓанин/нотар/адвокат и слично електронски да го добие.
 4. Доколку министерствата ја исполнија својата обврска за пополнувањето на Каталогот на услуги до крај, граѓаните однапред ќе ги препознаеја постапките и чекорите согласно кои на брз и ефикасен начин ќе може да бараат остварување на своите права и правни интереси пред соодветниот јавен орган.
 5. Што се однесува на работата во услови на пандемија на УКИМ, може слободно да се заклучи дека органите на УКИМ (сенат и ректорска управа) и органите на единиците (ННС и деканатска управа), согласно измените на нивните деловници за работа, успешно функционираат преку електронски форми на комуникација.
 6. Во поглед на пружањето на услугите на корисниците на образовните услуги на УКИМ и тоа: (а) во поглед на наставата би можело да се заклучи дека скоро целосно е остварена online и (б) испитите, најголем дел, се спроведуваат успешно по електронски пат.
 7. Истото се однесува и на одбраните на магистерските и докторските дисертации. Но, (в) во поглед на услугите што ги даваат службите за студентски прашања не може да се дадат некои позитивни искуства односно иста е ситуацијата како и кај другите јавни органи, студентите мора лично, пред шалтерите да бараат остварување на нивните права и правни интереси, односно да пријавуваат испити/земаат потврди (реални акти)/друга комуникација. Ваквата ситуација треба да биде во најкус временски период променета, имајќи предвид дека

постојат правни основи за електронско поднесување на барања и издавање акти (на пример цитираната Одлука на Правниот факултет „Јустинијан Први“), а единиците во секој случај веќе располагаат со досиеја за секој студент.

РЕЗИМЕ

Од изложеното можеме да заклучиме дека во услови на пандемијата ковид-19, јавните органи во Република Северна Македонија не се снајдоа односно не се прилагодија за да станат вистински сервис на граѓаните кога тие бараат остварување на нивни права и правни интереси пред нив.

Имено, за жал, јавните органи не ги искористија правните можности (правната легислатива особено што ЗОУП им ја овозможува) да се прилагодат односно да ја сведат својата работа на online, а со тоа на граѓаните да им овозможат законско и безбедно остварување на нивните права.

Од друга страна, треба посебно да се истакне дека Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје и неговите единици (факултети и институти) многу брзо ја прилагодија својата работа во услови на пандемија согласно важечките протоколи и во најголем дел (настава, испити, одбрани на магистерски трудови и докторски дисертации) функционираа успешно електронски. Со тоа се овозможи ковид-19 вирусот да не се проширува меѓу студентите, наставниците и другите вработени на Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ и единиците.

*Elena Davitkovska, PhD**

*Irina Majovski, PhD***

Summary

From the abovesaid, we could conclude that the public authorities in the Republic of North Macedonia did not respond to the covid-19 pandemics properly, i.e. they did not adapt and become a true service for the citizens who seek to exercise their rights or fulfill their (legal) interests.

Unfortunately, the public authorities did not align their work with what is prescribed in the law, especially the Law on General Administrative Procedure which allows them to work online and fulfill citizens' interests in a safe and secure manner.

On the other hand, it should be noted that the Ss. Cyril and Methodius University in Skopje and its units (Faculties and Institutes) adapted to the covid-19 pandemics and the new climate right away. They worked in accordance with the protocols for protection against the covid-19 virus, and most of their activities (classes, exams, public defenses of master's and doctoral theses) were undertaken using means of electronic communication. Thus, the spread of covid-19 between the students, professors and other employees at the Ss. Cyril and Methodius University and its units was prevented.

* Associate Professor at the Economic Institute, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje, elena@ek-inst.ukim.edu.mk

* Associate Professor at the Economic Institute, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje, irina@ek-inst.ukim.edu.mk

*Bekim Nuhija, PhD**
*Stefani Stojchevska, ***
*Arta Selmani, PhD****

THE INFLUENCE OF MILITARY INTELLIGENCE UPON INTERNATIONAL RELATIONS

355.40:327
Original research paper

Abstract: While military intelligence might play a significant role as an integral part in national security, its manifestation as an essence contributes towards belligerence among international relations, which is simultaneously dependent regarding multiple factors. The concept of national security being characterized by its persistent ambiguity, allows for the ultimate purpose of military intelligence to be theoretically transferred from an interdependent paradigm to an autonomous paradigm through a gradual paradigm shift, thus giving us an insight into military intelligence and international relations as a contemporary method of warfare. Although information collection and analysis are known to be continuously conducted during peacetime, the period of transition to war and wartime on both national and international level, the provided study of social, political, economic, military, diplomatic and technological environments during peacetime stimulate superpowers to regard rival superpowers and developed nations as “*real enemies*” and developing nations as “*potential enemies*” due to the changeable nature of international relations, resulting in the development of military interests towards all nations. Consequently, omnipresent military intelligence activities are being universally perceived as a “silent service”, while individually influencing international relations during both peacetime and wartime within democratic states. Furthermore, the geopolitical theory establishes the assumption that a country’s

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

**Postgraduate Student, South East European University – Faculty of Law, ss26215@seeu.edu.mk

***Assistant Professor, South East European University – Faculty of Law, arta.selmani@seeu.edu.mk

geographical features are the primary causes of its ultimate political reality – war or peace. Although the theory by itself cannot accurately predict a nation’s military intentions, activities of military intelligence analysis could potentially serve as an advantageous method to identify, clarify, and forecast their intentions, motives, and national interest objectives.

Key words: *Military Intelligence, International Relations, Geopolitics, National Security*

1. Introduction

While national security has been the focus of a very large number of publications over the past fifty years, the concept is characterized by its persistent ambiguity. However, the concept suffers less from an absence of definitions than from the confusion caused by a proliferation of these, particularly academic definitions that during the last twenty-five years have become almost as numerous as the didactic or theoretical works in the strategic and security subfields of international relations, as this concept broadly crystallizes the paradigmatic and theoretical oppositions that crisscross it.¹

Moreover, such ambiguity leads to the identification of military intelligence as a separate national tool used during peacetime and wartime, rather than a distinct segment of national security, which could also be theoretically analyzed regarding its influence upon belligerent international relations. Historical lessons from the early months of the Cold War have successfully managed to integrate military aspects of intelligence analysis. Both the United States and the Soviet Union raced to improve the quality and accuracy of their weapons delivery systems, early warning systems, and intelligence-gathering techniques. Geo-stationary satellites and high – resolution cameras were important technological adjuncts to the nuclear arm race.²

“Perhaps the intelligence community’s greatest contribution was that during the last half of the Cold War, there were no significant strategy surprises – no more ‘bomber gaps’ or ‘missile gaps’ as in the 1950s. Further, our detailed knowledge of Soviet forces and capabilities after the middle 1960s made it virtually impossible for the Soviets to bluff us, and this helped

1 Rios-Bordes, A., *When Military Intelligence Reconsiders the Nature of War: Elements for an Archeology of “National Security” (United States, 1919-1941)*, Politix, 2013, Vol. 4, No.104, pp. 105-132

2 Griffiths, M. and O’Callaghan, T., *International Relations: The Key Concepts*, Routledge, London, 1964, p.9

prevent miscalculations and misunderstandings that could have destroyed the world”– Robert M. Gates³

Transferring the concept of military intelligence as an interdependent paradigm, which contributes in the field of national security, to an autonomous paradigm, which further contributes in the field of often belligerently characterized international relations, through a gradual paradigm shift manifests both national and international perceptions regarding a fundamental change of the basic concept of military intelligence as a discipline often observed during peacetime. “National security” is no longer an exclusive outcome of the early months from the Cold War, but in large part a result of a world war, that is, of *total war*. It is no longer an argument imposed to a threatened country by the circumstances, but by the rationality of a nation that had acquired the status of a *great power*.⁴

Primarily referring to military intelligence, initiatives aimed toward international conflicts cannot be entirely compared to past initiatives, as they were manifested in a more straightforward manner. The national psychology of superpowers such as the United States and Russia, give us an insight into military intelligence and international relations as a contemporary method of warfare, which does not have to be necessarily limited to one particular nation, but toward the majority of states worldwide and is not a result of national paranoia. Additionally, military intelligence during peacetime as an omnipresent and temporarily indirect method of warfare can only become complicated with the development of international treaties or enforcement regimes because of their promotion of interdependent cooperation and various benefits from trade to policy. In sum, future armed conflicts – which are possible, if not probable, indeed inevitable in more or less long term – will take the form of modern warfare, that is, not only a confrontation between armed forces on battlefields but more broadly a clash between nations, peoples and societies by means of military and non-military instruments. Anticipation and preparation can therefore be based only on overall intelligence of international issues, and particularly on the situation, capacities and intentions of possible enemies, taking into account beyond the strictly military aspects a host of political, economic, social and psychological factors that determine the conduct and capabilities of nations.⁵ Furthermore, it is necessary to understand how exactly military intelligence

3 Gates, M, R., *From the Shadows: The Ultimate Insider’s Story of Five Presidents and How They Won the Cold War*, Simons and Schuster, New York, 1996, p.562

4 Rios-Border, A., *op.cit.* p.132

5 *Ibidem*,p.119

influence international relations, regarding foreign national aspects. Military intelligence can be ordinarily been practiced during both peaceful and belligerent international relations, by manifesting different methods of warfare, even though it has been stated that in military intelligence, the clear separation between *war and peace* is largely abolished, and intelligence services are – or at least claim to be – functionally settled into a state of perpetual (inter) war.⁶ While military intelligence agencies simultaneously operate within their homeland, the concept of a perpetual war indicates that the origin of conflict between nations will always reflect the previously described omnipresent and temporarily indirect method of warfare directed by a superpower, primarily based on its perception of rationality regarding military intelligence as a precautionary tool in order to detect various foreign activities that may be interpreted to represent a potential threat to them. Contemporary military intelligence may significantly influence various political conflicts, which either contribute in winning the war between belligerent nations, or eventually manages to prevent such armed conflicts. And although international law has expanded its reach to areas as varied as business transactions, health issues, the environment, the maritime arena, and even warfare, it has had little impact on the practice of intelligence gathering. This outcome is not the product of neglect, but rather of the imperatives of intelligence gathering in the twenty-first century, which themselves are shaped by international politics. Careful attention to the causes of war between rational nation-states show that efforts to regulate intelligence gathering during peacetime will have the highly undesirable result of making war more, rather than less, likely. Proposals for international treaties to govern intelligence collection are not only premature, but will likely prove counterproductive to the goal of promoting international peace and stability.⁷

2. The Role of Military Intelligence between Democratic States during Peacetime

It is not unfamiliar that military intelligence activities are continuously conducted during peacetime, the period of transition to war and wartime. Information collection and analysis on both national and international level only provide a study of social, political, economic, military, diplomatic and technological environments worldwide. And while military intelligence

6 Rios-Border, A., *op.cit.*, p.113

7 Sulmasy, G. and Yoo, J., *Counterintuitive: Intelligence Operations and International Law*, Michigan Journal of International Law, Vol.28, No.3, 2007, pp. 625-638

during wartime may be generally perceived as “justifiable” and play a highly significant role in belligerent international relations and consequently effecting the outcome of war to become more favorable, military intelligence activities during peacetime tend to appear as more subtle, but that does not imply that they do not have any particular influences and contributions regarding international relations. Peacetime intelligence gathering allows nation-states to judge potential threats more accurately and to choose between peaceful or hostile courses of action. Intelligence gathering provides the basis for the *jus ad bellum*. Indeed, many scholars today still assert that a nation-state that engages in peacetime intelligence activities does not violate the law. Hays Parks, one of the U.S. military’s leading thinkers on the laws of war, has observed:

“Nations collect intelligence to deter or minimize the likelihood of surprise attack; to facilitate diplomatic, economic, and military action, in defense of a nation in the event of hostilities; and in times of ‘neither peace nor war’, to deter or defend against actions by individuals, groups, or a nation that would constitute a threat to international peace and security (such as acts of terrorism).” – Hays Parks⁸

Not all international relations can be perceived equally, that is, not every nation exposed to secretive military intelligence activities during peacetime can will necessarily result with the exact intensity of observation. Particularly when superpowers conduct military intelligence activities during peacetime, rival superpowers and developed nations are regarded as “*real enemies*”, while developing nations are regarded as “*potential enemies*” due to the fact that international relations can often be changeable by nature, meaning that a superpower, such as the United States, may have military interest towards developing nations, whether in the present or in the future. Similar to international relations, peacetime as a circumstance also manifests a changeable character. As a result, such acknowledgements can significantly contribute for the prevention of a foreign military attack or other belligerent action. However, there are particular international documents, which ordinarily strengthen international relations among global governments, respectively, which significantly decrease the conducting of military intelligence analysis, generally speaking. Developments such as international treaties, enforcement regimes, and improvements in intelligence gathering have complicated the effort required to pursue long-term R&D without detection. Programs to enhance military capabilities or develop weapons of mass destruction depend now more than ever on deception to conceal them,

⁸ Sulmasy, G. and Yoo, J., *op cit.*, p.627

or at least make them plausibly deniable for the deceiver. Countering the deception that protects these long-term projects requires analysts the time and tools they need to detect and mitigate these efforts.⁹ As a matter of fact, it is the existence of presumed international trust, mutual aid and cooperation between states that serves as a fairly justifiable “reason” to disregard such activities that are primarily beneficial to the state that tends to observe foreign states included in a specific and mutually beneficial relation of any aspect that could represent a range of activities – trade relations, cultural exchanges, participation in international organizations, environmental issues, etc. Of course, it is not always unpredictable to assume that the abovementioned mutually beneficial documents of international character will always act as a shield in order to prevent a certain state from trying to obtain military advantages in the future, as they might appear to be on the surface. In other words, states that are technologically and even economically developed enough to conduct and manifest military intelligence activities concerning foreign nations would not be necessarily taken aback from the sole existence of the international treaties that they have previously negotiated with foreign nations, and have later ratified them, consequently. It remains unclear, however, whether democratic states do not fight one another *because* they are democratic. Some scholars argue that the relative peace between democracies can be explained on the basis of other factors. For example, it could be argued that the lack of war between democracies during the cold war was really due to the overwhelming threat from the Soviet Union. If one accepts that there is a casual link between democracy and peace, a variety of factors have been suggested to explain it. First, it could be argued that democratic leaders are restrained by the resistance of their people to bearing the costs and deaths of war. However, if this were true, democracies would be peaceful with all kinds of states, since war against non-democracies are just as unpleasant as wars against democracies. But democratic states fight as often as other states do; their peaceful tendencies are only alleged to extend to one another.¹⁰

While the spread of democracy, at least theoretically, supposes that well established democracies simply do not go to war with each other and, therefore, interstate conflicts would be less frequent, it seems to simultaneously underestimate the methods of the conducting of military

9 Gordon, B.J., Long-Term Deception: The Rearmament of the German Air Force, 1919-39, *Studies in Intelligence*, Vol. 62, No.1, 2018, pp. 19-27

10 Griffiths, M. and O’Callaghan, T., *International Relations: The Key Concepts*, Routledge, London, 1964, p.67

intelligence as an overall activity, which may be simultaneously associated with espionage during peacetime. The literature that does exist on peacetime espionage can be split into three groups. One group suggests peacetime espionage is legal (or not illegal) under international law. Another group suggests peacetime espionage is illegal under international law. A third group, straddled between the other two, maintains that peacetime espionage is neither legal nor illegal – perhaps, as Nietzsche would say, that it is beyond good and evil. Anyhow, gathering intelligence is just the flip side of performing espionage, and performing espionage is just one part of a country's broader effort for survival. Beyond any international consensus, countries will continue to perform espionage to serve their national interests.¹¹ In today's global context, military intelligence has become so central to the building and maintaining of balanced national security, that it is essential to define and assess its planning and expenditures within the context of an integrated arms and knowledge race.¹² The world is irreversibly unstable, an adversary logic dominates international relations, and war is a possible, if not probable, outcome of rivalries and disagreements. The United States, which has become a first-order power, participates in this arena whether it wishes it or not, which means that peace is inevitably transitory, a major conflict is always possible and military insecurity will henceforth be permanent. The armed forces must therefore constantly anticipate these potential conflicts and be adequately prepared, and, for that reason, continually collect, accumulate, and interpret data to allow an informed analysis of situations with which the country may be—or will likely soon be—confronted.¹³

War represents a social, not a biological phenomenon, and the roots of its occurrence and democracy does not necessarily represent an ultimate means of war prevention. On the contrary, the most effective strategies in order to attempt to prevent war are diplomacy and armed control, although their potential and actual effectiveness may differ, regarding particular international relations. However, one of them has greater potential to be almost associated with military intelligence, or intelligence activities in general. On one hand, arms control treaties and agreements tend to possess an almost “disarming” characteristic, by setting legal restrictions in terms of developing, producing, proliferation and usage of various categories of

11 Radsan, A.J., *The Unresolved Equation of Espionage and International Law*, Michigan Journal of International Law, Vol.28, No.3, 2007, pp. 595-623

12 Tishler, A., *The Value of Military Intelligence*, Defense and Peace Economics, Vol.26, No.2, 2014, pp. 179-211

13 Rios-Border, A., *op.cit*, p.9

weapons used in warfare, including weapons of mass destruction. Although often being exercised through practices of diplomacy, the real strength of imposing such limitations are consisted within the international treaties by a nation or a group of nations. This measure might not necessarily influence nor could be associated with the traditional concept of military intelligence activities; however, the notion of arms control seems to correspond with another previous assumption related to the debate of the peacefulness of democracies. Namely, the presumption of democratic leaders avoiding war due to the consequential bearings of costs and death are already proven to not be entirely true, mainly by arguing that in such circumstances and international reasoning, war would be almost nonexistent, between both democratic states and non-democracies. Contrastingly enough, arms control simultaneously tends to be perceived as an effective method to avoid costly arms races and limit the high costs of the development and production of weapons in the process, which is considered as a hazard to future peace worldwide. State power as a concept, although is consisted of multiple manifestations in various areas, such as politics, military or economy, in the case of arms control contains the limitation of two primary advantages for a particular nation – military power and economic power, which are simultaneously interconnected although they both represent separate dimensions of power. Namely, economic capacities of a state were and still are conceived as a basis for military power, which includes various aspects of necessities for soldiers during wartime, including weapons. The guarantee for military capabilities and national security largely depend on economic resources which allows the funding for technological and scientific development of weapons in the first place. Military intelligence activities would only represent a substitute for this approach for the prevention of war, as peaceful tendencies among states are only alleged to extend to one another, respectively. On the other hand, diplomacy itself is notorious for representing the act of conducting negotiations between respective representatives of states, being one of the most commonly utilized strategies for preventing war. However, diplomacy is also known to be simultaneously connected to gathering of intelligence, or espionage, a factuality which contributes for the purposes of diplomacy to appear rather opposing. And while there are some diplomats who openly acknowledge their role, the overall contribution in the name of intelligence gathering cannot be entirely associated with deep-cover spies which may also operate in embassies worldwide, particularly due to the limitations of the hosting nation. Simply put deep-cover spies who, as individuals, are given false positions as diplomats, are primarily sent in foreign counties with the

purpose of conducting intelligence gathering for military advantage which is illegally obtained and without the acknowledgement or the permission of the observed state in question. Therefore, it can be said that illegal activities of intelligence gathering are most likely to disrupt seemingly peaceful international relations, of course, if it happens for them to be potentially discovered.

During both strategies to prevent war – diplomacy and arms control – it is hard to deny that military intelligence during peacetime and even during the period of transition to war, represents a “silent service”, in an ultimately rightful manner. In fact, it is safe to associate intelligence gathering as an indirect version of an ever-present “cold war” between states worldwide, regardless of it being conducted during peacetime. On the contrary, even without the straightforward occurrence of large-scale war and aggression, the acknowledgement of intelligence gathering during peacetime by observed states, particularly rival superpowers and great powers, is enough of a reason for the indirect “cold war” to become a “hot war” – by escalating the tension between two or more nations into the traditional concept of aggression and international conflict. Second, the diversity of institutions and relations within and between democracies creates checks and balances and cross-pressures inhibiting belligerence among them. Whilst this may well be a contributing factor to the democratic peace, it also has a dark side. Democracies are not monolithic; they are divided into many agencies, some of which operate in secrecy and are really authoritarian subsystems connected only at the top to democratic processes. Examples are the military, especially in wartime, and secret services such as the Central Intelligence Agency (CIA).

Superpowers in particular, represent nations that are large, possessing state power including in the in terms of both military and economic power, indivisible and with an often strongly set national psychology. The concept of states being regarded as unitary actors is limiting and cannot be fully understood in isolation, since states do not represent conscious and solitary beings as humans; War, as well as illegal intelligence gathering activities that might lead to war, primarily arise by political and military leaders. Again, conducting activities of military intelligence and intelligence gathering is regarded as a “silent service”, which manifests the monolithic characteristic of dominating and globally influential states that are ever-presently engaged in secretive aggression – with intelligence gathering activities perceived as actions of attacking states without previous provocation from their side.

3. The Role of Military Intelligence upon Belligerent Nations during Wartime

A state leader in a conflict bargaining situation can apply various kinds of leverage to reach a more favorable outcome. One set of levers represents nonviolent means of influencing other states, such as foreign aid, economic sanctions, personal diplomacy, and so forth (fewer tangible means include use of norms, morality, and other ideas). A second set of levers represents violent actions.¹⁴

Intelligence gathering also relies on various other means such as electronic monitoring of telephone lines and other communications, reports from embassies, and information in the open press. Some kinds of information are obtained by sending agents into foreign countries as spies. They use ingenuity (plus money and technology) to penetrate walls of secrecy that foreign governments have constructed around their plans and capabilities. Clearly these operations taken together are very large and are growing in importance as the information revolution proceeds and as the war on terrorism make their mission more central.¹⁵ However, during the period of transition to war, it cannot be entirely stated that international relations, especially between potentially belligerent nations, are particularly defined. As a result, the use of violent actions conducted by military forces is much more prominent during wartime, as it simultaneously emphasizes the relationship between military intelligence (analysis) and military forces, and more importantly, the contribution of military intelligence upon homeland security. Therefore, on the other hand, military operations during wartime ordinarily rely on intelligence and logistics, which are consequently conducted and manifested by military intelligence activities. Apart from intelligence gathering during peacetime and even during the transition to war, military intelligence plays a role in international relations that directly contributes for the guarantee of homeland security. It is relevant to primarily regard domestic military forces as fronting means in response to a foreign aggression. Simultaneously, wartime represents the right time for a nation, especially a great power or a superpower, to manifest its state power, particularly from a military perspective. And while military forces greatly contribute to prevent attacks or at the very least, reduce their impacts, military intelligence services directly support military forces during wartime

¹⁴Goldstein, S. J. and Pevehouse, C. J., *International Relations: International Edition*, Pearson, United States, 1994, p. 231

¹⁵*Ibid*, p. 229

within their territory, as their main purpose is to obtain information about the enemy and analyze their current and potential military activities. This connection of mutual aid between national military forces and military intelligence agencies does not, in fact, represent a contemporary concept. The use of military force generally requires the coordination of the efforts of thousands, sometimes millions of individuals performing many different functions in many locations. Such coordination is what is meant by *command*. One cannot take for granted the ability of a state leader to make military forces take desired actions.¹⁶ However, the need to the state to observe and control various situations on the battlefield within the borders of their territory is not easy to achieve on its own, at least without the assistance of domestic intelligence agencies, who serve as the state's eyes and ears regarding the overall battlefield, regardless of its geographical location. In other words, a further difficulty that states must overcome to use military forces effectively is that top officers and political leaders need accurate information about what is going on in the field – intelligence – to make good decisions.¹⁷ Additionally, the ultimate task and purpose of military agencies to collect data by the previous use of military technology or any other means necessary, should not only rely on the shoulders of military agencies, but to represent a mutual cooperation between them and domestic military forces, respectfully. In other words, the purpose of utilizing the obtained collection of data must also be properly analyzed in order to prevent the acquisition of information that would not be particularly useful or helpful to contribute to the strengthening of the homeland security by strategically planning and conducting further violent actions and means against enemy forces on the territory. Military forces, including their intelligence components provide the manifestation of support the state objectives in order to achieve the most favorable outcomes in wartime. Whether in the response to a terrorist attack or in its interdiction, military intelligence services will directly support the military's use of force at home, just as they provide information and analysis for other military activities around the world.¹⁸ But even such seemingly strong manifestations of cooperation toward the ultimate goal of winning the war can be disrupted, for instance, by intelligence agency and military whistleblowers, revealing espionage which results in bad international relations between already belligerent nations. The prevalence of truth over

16 *ibid*, p. 220

17 *ibid*, p. 221

18 Dycus, S., The Role of Military Intelligence in Homeland Security, Louisiana Law Review, Vol. 64, No.4, 2004, pp. 799-807

power is counterproductive for national security and creates more vulnerable circumstances for the exposed nation, which is quite understandable since the purpose and ultimate goal of war is the dominance over states' military powers. Leaking military and/or intelligence information could be regarded as a non-violent leverage for the opposing nation, which is more likely to be later utilized or accompanied by violent actions of military forces. On the other hand, the combat factor of the exposed nation may not necessarily decrease in terms of strength, but it can potentially be evaluated regarding its advantages and disadvantages. Furthermore, depending on the leaked military and/or intelligence information, other aspects of state power can also be affected, including political information, economy capabilities, resources, as well as agricultural (food) production among other potentially valuable areas that contribute to the strength of military forces. Either way, military intelligence seems to shape the essential nature of war, while manifesting the concept of national security. This apparent progress, however, is simultaneously achieved by the evolution of military intelligence in terms of their transparency. Intelligence analyzers primarily tended to approach the method of operating within the shadows of war, while emphasizing the contrasting notion of belligerent international relations. The reality of violent actions during wartime are revealed to be strategically played out by military intelligence, while only being regarded as a necessary phase in the global community.

4. The Theory of Geopolitics: An Implicit Conductor of National Military Objectives

Historians, politicians, scientists, economists and strategic military analysts agree that geography is an important factor in evaluating the actual or potential military power of an adversary. Geopolitical theory is based on the assumption that the geographical features of a country are the primary causes of its ultimate political reality – war or peace.¹⁹

Important geostrategic points or positions relative to other states manifest the efficiency of national military capabilities and dictates the overall dependence of decisions of political and military leaders, systems and performances during wartime. The understanding of geopolitics provides for the opportunities of military dominance in space, given that each area holds particular relevance and contribution for the establishment for control and possession, while externally manifesting a state's dominance

19 Nielsen, E.N., *Geopolitics: The Ultimate in Key Terrain*, Military Intelligence, 1981, Vol. 7, No.3, pp.46-48

in the global community. Military intelligence serves as the link between international relations during wartime by studying the effect of Earth's overall geographical components (either physical or human) in order to attempt to understand, develop, realize, explain and predict both national and foreign means of warfare. The natural features of a region affect infrastructure, culture, worldview, and history. Geography influences military operations; thus, an analyst working a military target needs to know how climate will affect military operations or what geographical features create choke points. The analyst also needs to understand how geographic features affect natural resource availability, thereby influencing international relations.²⁰

These strategic advantages allow for military intelligence to emphasize its perception of the theory of geopolitics to appear as a subject that overlaps several other aspects, as well as academic fields of study, including natural resources, demography, climate and topography, among others. However, in order to adequately understand the prominent motivations and engagements of military intelligence regarding the theory of geopolitics is to ensure and further strengthen its national security by means of military power in the international community. Kjellen, one of the principal architects of the geopolitical school, explained that the will to survive is no less different than that of a biotic organism:

*The state is a living organism, the territory is its body; the capital and administrative center is the heart and lungs; the rivers, roads and railroads are arteries and veins; and the area with raw material are food necessary for growth of the limbs.*²¹

During wartime, the primary concern of belligerent nations is the accomplishment of survival, which can be considered as the reason as to why states even during peacetime make efforts to build up their military forces to survive. Although this ambition may seem temporary on the surface, it actually manages to promote a much deeper and long-term meaning. Namely, the particular state in question would not only want to necessarily survive during wartime, but the following period after it as well, in order to manifest ultimate dominance toward both its current and potential enemies. As state power perceived from a military perspective hold a great relevance for international relations and essentially shapes the structure of the international system, generally speaking.

Identical to Kjellen's geopolitical vision of a state in relation to

20 National Security Agency, Intelligence Analysis: Does NSA Have What It Takes? NSA/CSSM 123-2, p.22

21 Nielsen, E.N., *op cit.*, p.46

a biotic organism, given the fact that states are considered as one of the most important actors of international relations, especially great powers and superpowers, it is crucial for them to show that they are “alive”, in the sense of taking their place within the highest categories of state power in the contemporary geopolitical landscape. Furthermore, the role and influence of military intelligence seems to appear even more relevant in order to achieve such tenets. The activity of military intelligence and intelligence gathering conducted during both peacetime and wartime manifests a suppressed tendency for a nation to always be “one step ahead” from their real and potential enemies’ altogether. Its omnipresent characteristic only emphasizes the factuality that rationales given for war by political and military leaders may not on every occasion remain less than noble. The theory of geopolitics is not offered as “the” panacea in understanding the complex military realities of today’s or, even more importantly, tomorrow’s changing conditions. No one theory can accurately explain or predict a nation’s military intentions. However, when the theory of geopolitics is used with other methods of analysis (socioeconomic or political), it may serve to identify, clarify, and forecast the intentions, motives, and national interest objectives of our adversaries.²² Similarly, enough, it is evident enough both in practice and theory, that divisions and organization of human life in various civilizations based on cultural, linguistic, and religious features of nations has a tendency to constantly emerge during contrasting international relations. In other words, by observing and gathering intelligence concerning people’s relations in foreign nations, who share different religious and cultural identities, can show potential sources of conflict. Furthermore, military intelligence institutions have a natural tendency to be closed, and foreign influences on them are thereby restricted. However, international operations (e.g., in Afghanistan, Kosovo, Liberia, and Libya) force military intelligence institutions to work transnationally and thereby increase the cultural change.²³

5. Conclusion: The Global Impact of Military Intelligence upon International Relations

An abundance of historical and research literatures has shown us that military intelligence operations have always had a significant impact regarding the global community, starting from their very appearance

22 Nielsen, E.N., *op cit.*, p.48

23 Bang, M., *Military Intelligence Analysis: Institutional Influence*, Swedish Defense University, Helsinki, 2017, p.41

as part of the concept of homeland security to their gradual evolution in terms of means of operations. The acquisition of intelligence gathering and military intelligence has, nonetheless, influenced international relations, with continuous political negotiations, which do not only result with the perspective of preventing war, given the usually recognized strategies – including arms control and diplomacy – resulting with the contra productive outcome of war, at least speaking from an international standpoint. Motivations of building militaries have also greatly influenced the development of technology, thus manifesting state power in terms of both economic and military power. Without the ever-presence of global pressure to constantly develop better and more secure methods of accomplishing power as one of the most important concepts of international relations, the concept of military intelligence as a simultaneous means of communication would have not even be able to occur as quickly, if at all. And while military intelligence might play a significant role as an integral part in national security, its manifestation as an essence contributes towards belligerence among international relations, which is simultaneously dependent regarding multiple factors. Although information collection and analysis are continuously conducted during peacetime, the period of transition to war and wartime, the provided study of social, political, economic, military, diplomatic and technological environments during peacetime stimulate superpowers to regard rival superpowers and great powers as their “*real enemies*” and developing nations as their “*potential enemies*” due to the changeable nature of international relations, resulting in the development of military interests towards all nations worldwide, all while contributing for omnipresent military intelligence activities to begin being universally perceived as a “silent service”, while individually influencing international relations during both peacetime and wartime within democratic states.

Ivica Josifovic, Phd*
Igor Kambovski**

THE ROLE OF NATIONAL PUBLIC PROSECUTORS *VIS-À-VIS* THE EUROPEAN ARREST WARRANT

316.723-021.463:340.13(497.7)
316.723-021.463:340.13(489)
Original research paper

Abstract: *The European Arrest Warrant (EAW) is one of the most used mechanisms in judicial cooperation in criminal matters. Issuing the EAW is a decision that expands the scope of National Arrest Warrant on EU level. It consists of simplified procedure for cross-border surrender for purposes of prosecution or executing a prison sentence or detention order, thus replacing the traditional system on cooperation including the political authorities of member-states. The paper aims to explain the role of Public Prosecutors in the procedure of issuing the EAW through the practice of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The paper deals with two parts: first, it elaborates case law by which the Court secured additional clarification of the long-standing question regarding the definition of “judicial authority” responsible for issuing the EAW and second, it elaborates the jurisdiction of public prosecutors in member-states in their capacity to issue the EAW. Both parts explain court cases and judgements brought upon. With these judgment, the CJEU further develops its jurisprudence regarding the functioning of the EAW in the criminal justice area, in which mutual trust should not be confused with “blind” trust. The conclusion explains the impact of these judgments in national law of member-states, as well as on the whole area of criminal justice in the EU, implying the need of evaluation and possible reform of criminal justice organization in certain member-states. Further judgments may also affect other areas where the mutual recognition principle applies on court judgments.*

* Full Professor Faculty of Law, University of GoceDelcev – Stip, ivica.josifovik@ugd.edu.mk

** Full Professor Faculty of Law, University of GoceDelcev – Stip, igor.kambovski@ugd.edu.mk

Key words: arrest warrant, public prosecutor, Court of Justice, case-law

INTRODUCTION

The European Arrest Warrant (EAW) is a measure of EU's criminal law, applicable among judicial authorities of EU member-states, according to the principle of mutual recognition, where the extradition procedure is replaced by simplified and expedited procedure.¹ A member-state issuing the EAW may request that it be carried out in any other EU member-state. The Framework Decision for the European Arrest Warrant (FDEAW) provides for a catalogue of 32 offences in which mutual trust is at a higher level, meaning that extradition (or using the correct terminology – surrender) may only be refused on limited grounds.

The basis for the FDEAW system is simple: EAW issued by one member-state must be executed in another member-state, unless the FDEAW requests or allows non-execution. For other offences not provided for in the catalog, the national provisions of criminal law apply. More importantly, the surrender is a judicial proceeding, unlike extradition, which is a political decision most often made by the Minister of Justice, rather than by a judge. A precondition for such cooperation is mutual trust and the assumption that the same legal criteria are applied through the provision of fundamental rights, especially the right to a fair trial.

The warrant refers to offenses punishable by imprisonment of more than one year or imprisonment for more than four months or a warrant for detention of more than four months. The decision of the court ordering the deprivation of liberty and return of the person for the purpose of conducting a criminal procedure, execution of imprisonment or detention shall be carried out without delay by the court of the state in which the person is at the latest within 90 days. The surrender of a person may be refused only under the following conditions: if it is convicted of the same offense; in case of amnesty; or the person cannot be held criminally responsible due to his/her age. The State requesting the extradition of a convicted person may,

¹ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, OJ L 190/1; Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 amending Framework Decisions 2002/584/JHA, 2005/214/JHA, 2006/783/JHA, 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, thereby enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, OJ L 81/24.

instead of extraditing him, execute the judgment sought by the requesting State itself.

The FDEAW text leaves numerous unanswered questions. These refer, above all, to the very notion of the EAW. As the National Arrest Warrant (NAW), the EAW is a decision of a competent court or judicial authority or arrest order of a person for purposes of conducting criminal investigation or execution of sentence or detention order. However, the Court of Justice of the European Union (CJEU) made it clear that for the purposes of FDEAW it is crucial to distinguish between NAW and EAW.

Further, the FDEAW requires the EAW to be issued by judicial authority. The same applies to the execution of the EAW and the NAW on which it must be based. The FDEAW envisions a “judicial” system in which key decisions are made by the judiciary and the role of government or executive bodies are only limited to providing administrative and practical assistance to the judiciary. Therefore, it is important to determine what constitutes a “judicial authority”. The FDEAW requires member-states to determine which judicial authority will be competent to issue or execute the EAW, but does not define the very term of “judicial authority”. In practice, this has led to differences between member-states, with some of them having established bodies that look more like political rather than judicial.

PREVIOUS CASE LAW

National Arrest Warrant

In its judgment of *Bob-Dogic*, brought on June 1, 2016, the CJEU had the opportunity to decide on Article 8, paragraph 1, point c of the FDEAW regarding the consequences of the absence of the NAW issued before and separately from the EAW in case of a request for surrendering a person based on the EAW.²

In the present case, the Romanian executive authority received a request for extradition from a Hungarian body based only on the EAW, which was not based on a previous, separate NAW. The Romanian court, as an executive authority, found that the EAW had also expanded into Hungary and assumed that the EAW was also the NAW. This assumption turned out to be correct. Hungarian law provides for a “simplified procedure” in cases where the concerned person is already outside the territory of Hungary when the EAW is issued. In such a case, no separate NAW has been issued.

² Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-241/15 *Niculaie Aurel Bob-Dogi v Curtea de Apel Cluj*, 2016, ECLI:EU:C:2016:385.

At the same time, the EAW constitutes an NAW. The Romanian court has questioned whether this is compatible with Article 8, paragraph 1 of the FDEAW, which stipulates that the EAW, *inter alia*, must comply with “evidence of an enforceable judgment, an arrest warrant or other enforcement decision with the same effect”. The concerned court decided to refer to the CJEU in a preliminary ruling procedure on whether the FDEAW requests a previous and special arrest warrant and if that is the case, whether the absence of such an arrest warrant implies grounds for non-execution of the EAW. The CJEU confirmed that the FDEAW requires the EAW to contain evidence of NAW or a comparable decision. The CJEU has interpreted this to imply that the EAW must be based on a national judicial decision that takes the form of a decision to issue an NAW or a similar decision.

According to the Court, where the EAW is issued for purposes of conducting criminal investigation does not contain a reference to the existence of the NAW, the executive judicial authority cannot give effect to it if, upon request from the issuing authority, it submits all additional information as a matter of urgency, that authority confirmed that the arrest warrant had in fact been issued in the absence of any NAW. The CJEU clarified that the compliance with the requirement that there be an NAW different from the EAW is of particular importance because it means that, where the EAW was issued in order to prosecute, the person concerned should already benefit, at the first level of the proceedings, from procedural safeguards and fundamental rights, the protection of which is the task of the issuing authority to ensure in accordance with applicable national law. That judicial protection is lacking, in principle, when the issue of the EAW is not preceded by a decision made by a national judicial authority.

Referring to these goals, the CJEU explained that the FDEAW imposes a double level of protection for procedural and fundamental rights of the requested person: the first concerns on judicial protection provided at the level at which the NAW was issued; the second refers to the protection that must exist when adopting the decision to issue the EAW. This double level of judicial protection was lacking, in principle, according to the simplified procedure that existed in Hungary as only one decision was adopted, and not two according the FDEAW.

At the end, the CJEU found that the absence of any indication in the EAW of the existence of the NAW was not one of the grounds for non-execution listed in the FDEAW. However, the CJEU stressed that the FDEAW is based on the premise that EAW mentions a national arrest warrant or a comparable decision. Failure to do so implies that the EAW is invalid, which

in turn means that the executing authority must refuse the execution of the EAW.

The Concept of Judicial Authority

In the cases of *Poltorak*,³*Kovalkovas*⁴ and *Ozcelik*⁵, the Amsterdam Court, as competent to prosecute EAW under Dutch law, decided to refer to the CJEU in preliminary ruling procedure for a legal explanation of the exact meaning of the “judicial authority”. These cases relate to the pre-trial proceedings filed by the Amsterdam District Court, which received three ENAs. Specifically, in the *Poltorak* case, the EAW was issued by the Swedish Police Board. In the *Kovalkovas* case, the EAW was issued by the Lithuanian Ministry of Justice. Finally, in the *Ozcelik* case, the EAW was issued by the Hungarian police, but later confirmed by the public prosecutor. The Amsterdam District Court referred to the CJEU to clarify whether the police authorities in *Poltorak* and *Kovalkovas* case could be considered as bodies covered by the term “judicial authority” under Article 6, paragraph 1 of the FDEAW. The referring court, also asked the CJEU whether the public prosecutor’s confirmation of the intentions to issue the EAW, previously issued by the police, could be considered to be covered by the term “judicial decision” under Article 8, paragraph 1 of the FDEAW.

In cases of *Poltorak* and *Kovalkovas*, the CJEU held that the terms “judicial authority” and “judicial decision” are an autonomous concept of the EU law and “are not limited to designating only the judges or courts of a member-state, but may extend, more broadly, to the authorities required to participate in administering justice in the legal system concerned” This includes criminal courts and judges of a member-state, but not police services and executive such as ministers. The CJEU explained that the term “judicial” must be distinguished from the executive, in accordance with the principle of separation of powers. Hence, judicial bodies are traditionally explained as authorities for delivering justice, unlike administrative or police bodies, which fall under the mandate of the executive branch. The issue of issuing EAWs by “central authorities” such as the police service or ministries does

3 Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-452/16 *Openbaar Ministerie v. Krzysztof Marek Poltorak*, 2016, ECLI:EU:C:2016:858.

4 Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-477/16 *Openbaar Ministerie v. Ruslanas Kovalkovas*, 2016, ECLI:EU:C:2016:861.

5 Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-453/16 *Openbaar Ministerie v. Halil Ibrahim Ozcelik*, 2016 ECLI:EU:C:2016:860.

not provide the judicial authority with the certainty that the decisions related to EAW “cover all judicial guarantees” and therefore cannot provide a “high level of trust” between states-members as required by mutual recognition principle.

After finding that the term “judicial authority” is an autonomous concept of the EU, the CJEU continued to broadly construct the notion by covering national bodies that administer criminal justice, but not the police service. As a result of this reasoning, the CJEU concluded that, in the *Ozcelik* case the confirmation by the public prosecutor of the issued EAW for the purposes of conducting criminal proceedings by the national police authority is a legal act that the public prosecutor verifies and confirms the issue of the EAW and thus constitutes a “judicial decision” within Article 8, paragraph 1, point c of the FDEAW.

The CJEU conclusions are logical. Common sense simply dictates that police and ministries cannot be considered as judicial authorities. It would be strange and really undesirable if the courts of the member-states executing the EAW were obliged to act on the orders of foreign police officers or politicians. For the whole system to be legitimate, there must be guarantees that the EAW is issued with respect to the right to a fair trial and other fundamental rights. Such guarantee could not be given to the police or other politically controlled bodies. In the *Ozcelik* case, the CJEU found that the public prosecutor’s office could be considered as a judicial authority for the FDEAW’s purposes. However, the precise powers and duties of public prosecutors in other member-states may vary and not all offices may provide the guarantees of procedural and fundamental rights required to satisfy the CJEU. Therefore, in determining whether public prosecutors can be labeled as a “judicial authority” authorized to issue an EAW, a case-by-case analysis is required.

THE EAW AND THE ROLE OF PUBLIC PROSECUTORS

After explaining the role of the NAW when issuing the ENAW, as well as the concept of “judicial authority” through the CJEU’s case law, it is more controversial that the issuing judicial authority must act “impartially” and “objectively” from the executive when issuing the ENA. As the CJEU has already ruled in the cases of *Poltorak* and *Kovalkovas*, the term “judicial authority” does not have to be strictly interpreted as referring only to judges and courts of member-state, but also covers “the authorities participating in the administration of criminal justice in that member-state”, such as the Hungarian prosecutors in the *Oçzçelik* case. This broad interpretation

is supported by the EAW's explanation, which aims to facilitate the free movement of judicial decisions, including those before the judgment regarding the conduct of criminal proceedings. With regard to the functions performed by prosecutors in these three cases, the Court considered that this criterion was easily met, as the authorities in question play an essential role in the conduct of criminal proceedings in their member-states.

Following the principles of separation of powers, this basic requirement aims to ensure that the rule of law prevails and that the fundamental rights of the person concerned are effectively protected, in the absence of any political considerations. For example, in the *LM* case from 2018, involving the extradition of a Polish citizen in Ireland, the CJEU had already taken a stand on the independence of the judiciary in the context of the EAW, which is especially important if such a mechanism allows deprivation of liberty.⁶ The Court, relying on applicable EU protection standards, examined whether the competent authorities were able to provide a sufficient level of judicial protection when issuing an EAW. Moreover, it reaffirmed that, as a matter of principle, the judicial authority competent to execute the EAW must refuse the extradition if it considers that there is a real risk that the person concerned will suffer a violation of his fundamental rights before an independent tribunal, and thus the essence of his fundamental right to a fair trial, because of the shortcomings that may affect the independence of the judiciary in the member-state.

On May 27, 2019, the CJEU, through a new ruling, provided further clarification on the long-standing question of the definition of "judicial authority" responsible for issuing the EAW and decided on the independence to be determined under the EU law. It responded to the doubts regarding the capacity of the public prosecutor's offices of member-states to issue EAWs, a doubt raised by the cases explained above.

In May 2016, the Germany's Public Prosecutor's Office of Lübeck issued an EAW against a Lithuanian citizen residing in Ireland for premeditated murder and serious injury in 1995. Also, in March 2018, the Germany's Public Prosecutor's Office of Zwickau issued an EAW against a Romanian citizen who is also residing in Ireland for the crime of organized or armed robbery. The two cases were merged into one due to the referral of a common question concerning Article 6, paragraph 1 of the FDEAW regarding the identification of a "judicial authority".⁷ More specifically,

⁶ Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-216/18 Minister for Justice and Equality v. LM, 2018, ECLI:EU:C:2018:586.

⁷ Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-508/18 and C-82/19 Minister for Justice and Equality v OG and PI, 2019, ECLI:EU:C:2019:337.

before the Irish courts, the defendants challenged the execution of the EAWs, claiming that the public prosecutors of Lübeck and Zwickau were not a “judicial authority” under Article 6, paragraph 1 of the FDEAW. Before the CJEU were presented a number of question in preliminary ruling procedure concerning the position and role of the German Public Prosecutor’s Office in its connection with the executive branch. The last and key question is: are Lübeck’s or Zwickau’s public prosecutors judicial authorities under Article 6, paragraph 1 of the FDEAW?

German Law and the EAW

As noted, the EAW is based on the idea that EU member-states recognize the decisions of their judicial authorities and implement them as soon as possible. The system is based on mutual trust, but not every member-state has the same authority for issuing the EAW. As for the abovementioned, the procedure in Germany is not a special case. In most member-states, it is common practice for a public prosecutor to issue an EAW after a judge issues a NAW. It is different in countries like France and Spain, where investigative scrutiny is responsible. However, persecution in most member-states is organized strictly independently and there is no jurisdiction or influence from the executive. Other member-states where their public prosecutors are responsible for issuing the EAW are, for example, Austria, Bulgaria, the Netherlands, Portugal, Romania and, in some cases, Sweden. Furthermore, in Belgium, Luxembourg and Italy, public prosecutors are responsible for issuing the EAW in connection with the execution of the sentence, while in Estonia and France, public prosecutors are responsible for prosecution under the EAW.

In Germany, public prosecutors are responsible for prosecution and are subordinate to the Ministry of Justice and may be subject, directly or indirectly, to specific guidelines or instructions from that body in connection with the adoption of the decision to issue the EAW. Unlike the judges, whose independence is guaranteed by the Constitution, prosecutors are not free to work. The German prosecutor’s office is organized in a hierarchical structure, headed by the Minister of Justice of the *Land* in which the prosecutor works. There is one public prosecution office each at the Regional Courts and these public prosecution offices are subordinate to the Regional public prosecution office. The Regional public prosecutor is subordinate to the Minister of Justice of the *Land*. On the federal level, the Federal Public Prosecution Office is subordinate to the Federal Minister of Justice. According to sections 146

and 147 of the Courts Constitution Act, prosecutors are required to follow instructions from the authorities, including their Minister of Justice.⁸

A longer answer would require giving a certain nuance to this strict image, including the fact that the right to issue instructions on ministerial level are extremely rare and, when they occur, are always accompanied by considerable public attention or by transparency requirements. However, it is fair to conclude that in light of the CJEU's strict approach to the criterion of independence, the German public prosecutor's office is not, in fact, independent in the broadest sense required of the FDEAW. Under these conditions, is a German public prosecutor sufficiently independent to be considered as judicial authority within the meaning of Article 6, paragraph 1 of the FDEAW? The Irish Court referred this question to the CJEU.

The right of the executive to issue instructions to public prosecutors has been controversial in Germany, and the reasons are obvious, as the politicians can theoretically influence who is under investigation and who is accused. The counter-argument is also known for a long time, as the right to give instructions exists so that one can take political responsibility if the state allows its powers to enforce the law against certain individuals.

So what does this mean in the context of the EAW? For a member-state to execute an EAW on its territory and with its authorities requires a great deal of trust. The Ministry of Justice so-called "external right to instructions" on German public prosecutors have been debated in Germany for decades, and although there have been few cases in which the minister has actually taken advantage of this, the very existence and use of that right casts a shadow over the prosecution's independence.

The CJEU Judgment

In this regard, the Court reiterates that the EAW mechanism is based on a dual level of protection of procedural rights and fundamental rights, referring to the judgment of *Bob-Dog* from 2016, regarding the distinction between the NAW and the EAW. It requires effective judicial protection of the right of the person concerned to be granted at the time the NAW is adopted and at the stage when the EAW is issued.

Although it is the responsibility of the "issuing judicial authority" to guarantee a second level of protection, the Court requires that it be able to perform its responsibilities objectively and impartially. So, the CJEU continued to test those claims against the situation in the German public prosecutor's office. In the joined case of the two German EAWs (C-

⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/englisch_gvg.html.

508/18 and C-82/19 PPU), the German public prosecutor does not meet the requirements to act independently of the executive branch in issuing the EAW.

In its judgment of May 27, 2019, the CJEU confirmed, based on its previous case-law that the public prosecutors are bodies involved in the administration of criminal justice. It also confirmed that the concept of “judicial authority” is not limited only to judges or courts but more broadly to bodies “involved in the administration of criminal justice” in each member-state, other than the ministers and police services that are part of the executive branch. This concept is being extended to the public prosecutor’s offices, which are competent, in criminal proceedings, to prosecute persons suspected of having committed a crime so that that person can be brought before a court. Accordingly, the CJEU has ruled that German public prosecutors do not provide a sufficient guarantee of independence from the executive branch when issuing the EAW. The Court has found that the “issuing judicial authority” must be able to carry out its responsibilities objectively and its independence must be guaranteed by statutory rules and an institutional framework.

According to the judges, the executive cannot, under any circumstances, give the judicial authority any instructions or guidelines for an investigation, even if those powers are not applied in practice. In the case of Germany, the two public prosecutors who have issued extradition requests and are responsible for prosecution have been found to be subordinate to the German Ministry of Justice, which means they may be subject, directly or indirectly, to guidance and instruction in certain cases.

Furthermore, the CJEU emphasized the double level of protection of procedural and fundamental rights in the EAW system: first, the person must benefit from the protection of procedural and fundamental rights in respect of the decision to issue the NAW; and second, these rights must also be protected at the stage when the decision to issue the EAW is made. The issuing judicial authority must confirm the proportionality of the issued EAW in each case individually. The second level of protection of the rights of the affected person means that the judicial authority must evaluate, in particular, the compliance with the conditions required for the issue of the EAW and examine whether, in the specific circumstances of each case, it is proportionate to issue that warrant, even when the EAW is based on a national decision made by a judge or court. In addition, where the right of the issuing member-state gives the authority to issue an EAW to a body which, while participating in the administration of justice in that member-state, is not in itself a court, the decision to issue such an arrest warrant, *inter alia*,

and the proportionality of such a decision must be able to be subject of a court proceeding that fully meets the requirements inherent in effective judicial protection in the member-state.

The “issuing judicial authority” must be able to carry out its responsibilities objectively. In order to perform its role, the judicial authority must be able to take into account all the incriminatory and exculpatory evidence, without exposing itself to the risk that its decision-making authority may be subject to external instructions, in particular by the executive, so there is no doubt that the decision to issue the EAW lies within that authority, not within the executive. The independence of the issuing judicial authority must be guaranteed by statutory rules and an institutional framework. The issuing judicial authority must be in a position to provide a guarantee to the executive judicial authority that, in respect of the guarantees given by the legal order of the issuing member-state, it shall act independently in carrying out the responsibilities inherent in issuing the EAW. In particular, the issuing judicial authority must demonstrate that there is a statutory rule and institutional framework capable of ensuring that it is not exposed when the decision to issue an arrest warrant is made, at any risk of being subject to *inter alia*, at instructions from the executive in a particular case.

On the other side, the German government argued that the decisive criterion is not the complete independence of the public prosecutor, but his participation in the judiciary. The independence of the prosecutor should not be confused with the independence of the judiciary. Contrary to the judge’s actions, the prosecution did not request a full separation from the executive branch, with the result that oversight and instructions are permissible. According to this argument, there is a double standard for independence, and the public prosecutor’s office is gradually less independent. Despite such arguments from the German government that such authorization for instructions is covered by the German law, these guarantees were considered insufficient by the CJEU. As a result of this strict interpretation, German public prosecutors are no longer allowed to issue EAWs.

ADDITIONAL CJEU CLARIFICATION – THE CONCEPT OF “EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION”

The question of who is authorized to issue the EAW has been re-addressed through the courts in Luxembourg and the Netherlands which referred to the CJEU, in a preliminary ruling procedure, whether the prosecutors of Belgium, France and Sweden are qualified as “judicial authorities” for the purposes of issuing the EAW. The questions were raised

in relation to the EAW issued by the Belgian Public Prosecutor for the purposes of serving a prison sentence⁹ and in relation to the EAW issued by the prosecutors of Sweden¹⁰ and France¹¹ for the purposes of conducting a criminal investigation. More specifically, the courts of the Netherlands and Luxembourg have requested further clarification of the CJEU's judgments of May 27, 2019, in respect of German public prosecutors who have been found not to provide sufficient guarantee of independence from the executive branch when issuing the EAW.

According to the principle of procedural autonomy and Article 6 of the FDEAW, the member-states are the ones who determine the competent "issuing judicial authority" for the purposes of the EAW, but the CJEU has determined that this requires uniform and autonomous interpretation. Public prosecutors will qualify as a judicial authority when two conditions are met: first, the public prosecutor must enforce or participate in the administration of justice; and second, the independence of public prosecutors must be legally established by organizational rules that will prevent prosecutors from being subject to the instructions from the executive.

The CJEU set a third condition regarding the concept of "effective judicial protection" through the ability of prosecutors to assess the necessity and proportionality of issuing EAW. In these judgments, the CJEU focuses on national legal framework for assessing the independence of the prosecution and is satisfied when legal and organizational rules formally prevent the government from issuing individual instructions to the prosecuting authority.

The executing authority must confirm that the decision to issue the EAW is subject to prior judicial protection, i.e. that the court or judge has assessed the proportionality of the EAW and that the conditions for issuing the EAW have been met. In other words, the decision of the prosecutor, who is not a judge, to issue an EAW must be able to be a subject, in a member-state, in court proceedings that fully meet the requirements for effective judicial protection. In these cases, the CJEU considered that each of the surveyed national systems in Belgium, Sweden and France met the requirements for effective judicial protection.

First, in the Swedish case, national law requires the decision to issue an EAW to be preceded by a court decision to order pre-trial detention. The CJEU confirmed that effective judicial protection is provided when the court confirms the conditions and proportionality of the EAW before

⁹Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-627/19 ZB v. Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1079.

¹⁰Court of Justice, Judgment of the Court, Case C-625/19 XD v. Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1078.

¹¹Court of Justice, Judgment of the Court, Joined Cases C-566/19 and C-626/19 JR and YC v. Cour d'appel and Rechtbank Amsterdam, 2019, ECLI:EU:C:2019:1077.

it is issued by the prosecutor, i.e. during the hearing in relation to pre-trial detention. The Court also emphasized that the pre-trial detention order could be challenged after it is issued, and when the challenge is successful, the EAW is automatically suspended. For the CJEU, this system meets the requirements for effective judicial protection, even in the absence of an independent appeal procedure against the prosecutor's decision to issue the EAW.

Second, in the French case, the CJEU considered that under French law, the EAW for criminal investigation purposes could be issued after a judge, usually an investigating judge, had issued a NAW. In this case, the CJEU noted that a judge who issued the NAW also asked the public prosecutor to issue the EAW at the same time. At this point in the proceedings, the judge ruled that the conditions for issuing the EAW were met, including its proportionality. According to the CJEU, this procedure demonstrates that the proportionality of EAW can be assessed at the time the NAW is issued, which occurs before or at the same time when issuing the EAW, and notes that the decision to issue the EAW may also be subject to additional procedure for annulment. As a result, the French system meets the requirements for effective judicial protection.

Third, where the EAW has been issued for the purpose of serving a prison sentence, as in the Belgian case, the EAW derives from a court decision to impose a prison sentence. The existence of a court proceeding with a prison sentence allows the executive to assume that the decision to issue the EAW stems from a national procedure in which the person's rights are respected; and the proportionality of the EAW stems from the FDEAW's claim that EAW can only be issued regarding imprisonment of at least 4 months. In such circumstances, the request for effective judicial protection is met by the decision to punish the concerned person.

CONCLUSION

German prosecutors can no longer issue EAW. After the CJEU judgment, it was emphasized that in the future EAW should be issued by judges according to the German judicial organization. This can lead to additional work, but it can have less serious consequences than it appears at first glance. Effective EAW assumes that an executive judgment, arrest warrant or other executive judicial decision has legal effect under Article 8, paragraph 1 of the FDEAW. In order to continue participating in the ENA system, German law must transfer jurisdiction either to the courts (for example, to the investigating judge at the request of the public prosecutor) or to the public prosecutor's office by abolishing the external instructions.

With these judgments, the CJEU further develops its jurisdiction regarding the EAW in the field of criminal justice, in which mutual trust should not be confused with “blind” trust. The Court has taken a more balanced approach between the fundamental rights of the person subject to an EAW and the EU’s goal to guarantee the free movement of judicial decisions, an orientation that seems to be confirmed by the recent case law.

Behind the influence of the individuals affected by EAW, the decisions of the Court significantly contribute to the clarification of the term “judicial authority” through an autonomous definition. First, it confirms that this notion may extend beyond the courts and involve public prosecutors. Second, with regard to the standards of protection of fundamental rights, it clarifies the guarantees arising from the role of the “issuing judicial authority”, namely the need for independence. While this is a significant step towards effective judicial protection, it includes new issues for consideration by the competent authorities of member-states. It implies that the executive authorities will have to confirm whether the issuing authorities are qualified as independent judicial bodies, within the meaning of the CJEU case law, before deciding to surrender over the requested person.

The EAW is always based on a previous NAW or sentence, both of which must be issued by a court, which must presume the strictest level of independence from the beginning. However, in its judgment, the CJEU confirmed the double level of protection. The first level of protection is granted when a national court decision has been made; the second, when the national decision is transformed into EAW. Hence, the CJEU argued that when a second decision is not made by a court or judge, it must be confirmed that the responsible authorities give the requested person the same level of protection of rights as a court – this requires strict independence from external influences such as instructions or directions, especially at the political level.

ВЛИЈАНИЕТО НА МУЛТИКУЛТУРНИТЕ ПРАШАЊА ВРЗ ПРАВНАТА РЕГУЛАТИВА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА И КРАЛСТВОТО ДАНСКА

347.963:341.44/.45(4)
347.963:341.44/.45(4):341.645.5(4-672EU)
Original research paper

***Апстракт:** Предмет на овој труд е мултикултурниот аспект на Република Македонија и Кралството Данска и неговото влијание врз правната регулатива за заштитата и промоција на мултикултурализмот. Во трудот е направена компарација помеѓу уставните и законски акти поврзани со овие прашања, со цел да се спореди колку мултикултурните прашања, односно етнички, религиски и јазични одлики прејствувваат предизвици (и колку често) за измени на правната регулатива во овие случаи. Изборот за анализа на овие два случаи е направен со цел да се споредат две различни мултикултурни општества и да се увиди на кој начин мултикултурните прашања влијаат на правната регулатива и колку истите се одржливи и трајни.*

***Клучни зборови:** устав, мултикултурализам, малцинства, Република Македонија, Кралство Данска, Гренланд, Фарски Острови*

Вовед

Тргувајќи од предметот и целта на ова истражување, во првиот и вториот дел на трудот е направена анализа на правната норматива, за прашањата поврзани со разликоста која произлегува од етничката, религиската и јазичната припадност на населението кое живее во рамките на овие две држави. Конкретно анализата ги вклучува уставните одредби, законските акти и политики, со цел да се увидат причините (за

*Доцент на Правен Факултет, Универзитет „Гоце Делчев“, – Штип.

нивно усвојување и донесување), фреквентноста на нивните измени и резултатите од предизвиците со кои се соочува правната регулатива. Во третиот дел е направена споредба помеѓу двата случаи со сите нивни разлики и сличности. Во заклучниот дел е прикажана актуелната ситуација со цел да се увиди колку измените се трајни и издржливи или пак сеуште претставуваат потенцијален предизвик на актуелните уставни и законски норми.

1. Општи карактеристики на Кралството Данска и правните акти во однос на мултикултурните прашања

Кралството Данска географски опфаќа три територијални целини (Данска, Гренланд и Фарските острови) кои меѓусебно се одвоени и копнено не поврзани. Данската држава се наоѓа на северниот дел од европскиот континент, поточно на полуостровот Јитланд ина архипелаг од многубројни острови кои се сместени во Балтичкото и Северното море. Островот Гренланд географски муприпаѓа на северноамериканскиот континент, сместен во водите на Северноатлантскиот и Арктичкиот Океан, додека Фарските острови се наоѓаат во водите на Атлантскиот Океан. Припадноста на Фарските острови и Гренланд во рамките на Кралството Данска датира уште од времето на двојната Данско-Норвешка монархија (од 1380 година) и трае се до денес¹, во период кога овие два острови се спремаат за својата независност.

¹ Првите контакти на европејците со Гренланд датираат од времето на викизините, додека првите доселувања на островот се случуваат во 982 година од страна на Исланѓаните кои ги населуваат јужните делови од островот, (кој во тоа време е веќе населен од Ескимите). Кога во 1261 година Исланд прифаќа да биде под норвешката круна, истото го прават и населените заедници на Гренланд. Во 1380 година се основа првата Унија помеѓу Норвешка и Данска под данската круна, во која автоматски влегуваат и норвешките територии (вклучувајќи ги и Фарските острови). Овие територии ќе бидат дел и од Калмарската Унија (1397-1523), која последователно ќе стане само Данско-Норвешка Унија (1536-1814), а од 1818 година до 1944 година Данско-Исландска Унија. Иако во 1814 година Норвешка престанува да биде данска провинција и станува дел од Шведска, Гренланд како и Фарските острови остануваат во рамките на кралството Данска, се до денес. Sørensen, A.K., *Denmark-Greenland in the twentieth century*, Meddelelser om Grønland, Man and Society 34, Copenhagen, The Commission for Scientific Research in Greenland, 2006, p.11 (05.12.2020) Retrieved from <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/34944>

Morensson, R., *L'Unione di Kalmar: quando la Danimarca riunì tutta la Scandinavia*, 02.12.2020 (05.12.2020) Retrieved from <https://www.noglen.eu/2020/12/02/unione-di-kalmar-danimarca/>

Според последните податоци на Индексмунди²од јули 2020 година, проценката е дека бројот на населението на Данска изнесува 5.869.410 жители од кои, 86,3% се Данци (вклучувајќи ги и Фарците и Гренланѓаните) потоа 1,1% се Турци и 12,6% од населението е составено од Полјаци, Сиријци, Германци, Иракчани и Романци. Во однос на подеталната распореденост на гренланѓаните и фарците кои во статистичките податоци погоре се во групата на Данци и се одвоени од „дојдениците“, податоците покажуваат дека Фарците се најмногу населени на Фарските острови, а Гренланѓаните на островот Гренланд. Според податоците наведени во *The world factbook*³ од 2018 година, од вкупното население на Фарските острови кое изнесува 52.154 жители, 87,6% се Фарци, 7,8% се Данци, 1,4% се други Нордици, додека 3,2% се припадници на други националности (Филипинците (0,34%), Исланѓаните (0,33%), Тајланѓаните (0,23%), Норвежаните (0,19%), Романците (0,19%), Полјациите (0,15%) и Британците (0,13%)). Во однос на етничката припадност на населението на Гренланд, кое брои 57.616 жители, според последните податоци од јули 2020 година на Central Intelligence Agency⁴, 89,7% се Гренланѓани, 7,8% Данци, 1,1% други Нордици и 1,4% припадници на други етнички групи. Слични се бројките и на статистиката на *Greenland in figures 2020*⁵, која се води одместото на раѓање, и според која 89,5% „се родени Гренланѓани“, а 10,5% „се дојденици“, односно родени надвор од Гренланд.

Во однос на државното уредување, Кралство Данска е уставна монархија, на чие чело стои Монарх (моментално Кралица) со законодавни и извршни надлежности. Првиот Устав на Кралството Данска е донесен во 1849 година, со кој од апсолутна монархија (која била воведена во 1665 година) кралството се конституира како уставна монархија, со два дома, Landstinget and Folketinget. Овој Устав ќе опстане до 1866 година кога се носи нов, со кој на монархот му се дава право да влијае на изборот на Landstingeti му се обезбедува место во Државниот совет. Следните измени ќе бидат направени

² *Denmark demographics profile*, Indexmundi (17.11.2020) Retrieved from https://www.indexmundi.com/denmark/demographics_profile.html

³ *The World Factbook*, Central Intelligence Agency, (03.12.2020) Retrieved from <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/fo.html>

⁴ *The World Factbook*, Central Intelligence Agency, (29.11.2020) Retrieved from <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/gl.html>

⁵ Vahl, B. and Kleemann, N., (Edited by), *Greenland in figures 2020*, Statistics Greenland, (18.11.2020) Retrieved from www.stat.gl

во 1915 година, со донесувањето на новиот Устав (со чии одредби на жените им се обезбедува право на избор) и во 1920 година, кога со амандман во Уставот се воведува дека територијата на Северен Шлезвиг се анектира кон Кралството Данска. Последниот Устав кој воедно е сеуште во сила е Уставот од 1953 година, со кој се конституира еднодомен систем (Folketinget), се воведуваат основни човекови права и право на женски престолонаследник на државата⁶. Овој Устав има валидност на целата територија на Кралството, а дополнително на овој акт, на Фарските острови и Гренланд важат и посебни Акти со кои се регулираат односите со Данска и се овозможува автономност на делување во одредени општествени и политички сфери. Имено од 1948 година на Фарските острови се применува Закон за внатрешно уредување на Фарските острови (Home Rule Act of the Faroe Islands⁷), кој всушност претставува Закон за уставната позиција на Фарските острови во рамките на Кралството и со кој се одредува дека островите претставуваат самоуправна заедница. На Гренланд пак од 1979 година се применува Гренландски закон за внатрешно управување (The Greenland Home Rule Act⁸), со кој се одредува дека Гренланд претставува одвоена заедница во Кралството Данска, со сопствено Собрание (Landsting) и Влада (Landsstyre), додека од 12 јуни 2009 година стапува во сила Законот за самоуправување на Гренланд (Act on Greenland Self-Government⁹), со кој се проширува неговата автономија и се признава гренландскиот народ. Во продолжение е даден краток осврт на Кралскиот устав и специјалните закони за Фарските острови и Гренланд, во деловите кои се однесуваат на народот, јазикот, религијата и други карактеристики со

⁶ Pedersen, S., *My Constitutional Act - My Constitutional Act with explanations*, 12th edition, The Communications Section, Danish Parliament Folketinget, March 2014, https://www.thedanishparliament.dk/-/media/pdf/publikationer/english/my_constitutional_act_with_explanations.ashx

Прашањето за престолонаследник се уредува со *Danish Act of Succession* од 1953 година кој има ист статус како Уставот. Актот е изменет во 2006 година кога се одредува дека престолонаследник ќе биде секогаш првородениот без разлика на полот.

⁷ *Home Rule Act of the Faroe Islands, N. 137 of March 23rd 1948*, The Government of the Faroe Islands, (17.11.2020) Retrieved from <https://www.government.fo/en/the-government/the-home-rule-act/>

⁸ *The Greenland Home Rule Act, Act No. 577 of 29 November 1978*, Naalakkersuisut The Government of Greenland, (17.11.2020) Retrieved from <https://naalakkersuisut.gl/en/About-government-of-greenland/About-Greenland/Politics-in-Greenland>

⁹ *Act on Greenland Self-Government, Act no. 473 of 12 June 2009*, Naalakkersuisut The Government of Greenland, (17.11.2020) Retrieved from <https://naalakkersuisut.gl/en/About-government-of-greenland/About-Greenland/Politics-in-Greenland>

кои населението се поистоветува.

- *Уставот на Кралството Данска од 1953 година*

Уставот на Кралството Данска е поделен на 11 делови, од кои, во интерес на мултикултурните прашања кои се предмет на овој труд, наведени се оние кои се посветени на човековите права, религиозното прашање и статусот на Фарските острови и Гренланд. Во првиот член од овој Устав се одредува дека Уставниот акт се применува на сите делови од Кралството Данска, што со други зборови значи и на Фарските острови и на Гренланд. Во деветтиот дел на уставот, кој е посветен на Фарските острови, Гренланд и Исланд се уредува прашањето за возраста на избирачите на локалната самоуправа и црковните совети и се одредува дека исландските граѓани може да продолжат да ги уживаат правата на данските граѓани¹⁰. Покрај ова, во Уставот се предвидува дека од вкупно 179 претставници во Парламентот (Folketing), две пратенички места се обезбедени за пратениците од Фарските острови и две пратенички места за пратениците од Гренланд (чл.28). Уставот не содржи одреби со кој се одредува официјален јазик во кралството, меѓутоа според статистичките податоци, јазици кои се употребуваат во рамките на Кралството се: данскиот јазик (на цела територија на кралството), фарскиот јазик (на Фарските острови), гренландскиот јазик (на Гренланд) и германскиот јазик (кој се користи од страна на германското малцинство во Шлезвиг). Во однос на религијата пак, во Уставот стои дека Евангелско-Лутеранската црква е државна црква на Данска. Според статистичките податоци за вероисповест на населението од 2019 година, 74,7% од населението е од евангелско-лутеранската вероисповест, 5,5% се муслимани и 19,8% се припадници на други религии, од кои секоја посебно не надминува повеќе од 1%, меѓу кои: римокатолици, јеховини сведоци, православни срби, евреји, баптисти, будисти, мормони, пентекостали и не-номинирани

¹⁰ Во член 86 се уредува прашањето за возраста на избирачите на локалната самоуправа и црковните совети, кои на Фарските острови и Гренланд може да биде уредено со статут, додека со член 87 се уредува прашањето поврзано со Исландците. Имено, Исланд станува независен во 1918 година, но горенаведениот Закон им ги даваше истите права како на Данците, што вклучуваше дури и право на глас. Овој закон за Унијата беше укинат во 1944 година, од кога Исланд изјави дека сака целосно да се повлече од Унијата, укинувајќи ги на тој начин и специјалните права на Исландците кои живеа во Данска. Меѓутоа иако правата се повлекоа дополнително беше воведена специјална шема која беше вметната и во данскиот Устав, со амандман од 1953 година.

Susannah Pedersen, *Op.Cit.*

христијани¹¹. Иако во однос на религијата, вочетвртиот член од првиот дел на Уставот се одредува дека Евангелско - Лутеранската Црква ќе биде Основана Црква на Данска и како таква ќе биде подржана од Државата, во членот 70 се одредува дека: ниту едно лице не смее да биде лишено од уживање на граѓанските и политичките права заради сопственото религиозно убедување, ниту пак заради истото да ги избегне заедничките граѓански должности. Како и да е, Уставот одредува дека иако државата може да ја подржува Евангелско-Лутеранската црква, како финансиски, така и на други начини, истовремено може да избере да подржува и други религии, иако не е обврзана на истото. Во седмиот дел кој е посветен на Евангелско-Лутеранската црква се одредува дека уставот на Основаната Црква треба да биде утврден со статут (член 66), а дека за црковните прашања одлучува Министер за црковни работи. Во членот 6 од вториот дел на уставот пак, кој е посветен на Кралското семејство, се одредува дека Кралот треба да биде припадник на оваа религија. Во однос на другите права кои се однесуваат на граѓанските права и слободи и човековите права, во членот 71 во осмиот дел на уставот се вели дека заради политичко или религиозно убедување, или заради сопственото потекло никој не смее да биде лишен од слобода.

Со вакава поставеност на уставот, се чини дека не постои одраз на мултикултурниот аспект на општеството и негова промоција, иако податоците во однос на етничката припадност на популацијата, јазикот и религијата со која се идентификува населението, го покажуваат спротивното. Статистичките податоци покажуваат дека на Фарските острови најголем дел од населението се Фарци, на Гренланд Гренлаѓани, а дека во данскиот дел Шлезвиг живеат 20.000 Германци. За заштита и промоција на различноста на овие граѓани, секако дека постојат закони, кои како резултат на поставени барања, се усвоени во текот на историјата.

- Специјален закон за Фарските острови

Фарските острови претставуваат северноатлантски архипелаг составен од вкупно 18 острови кои административно се поделени на 29 општини¹². Иако историјата го врзува овој остров за

11 *The World Fact Book*, Central Intelligence Agency, (17.11.2020) Retrieved from <https://www.cia.gov/the-world-factbook/field/religions>

12 општини имаат помалку од 500 жители, 25 општини под 2000 жители, додека најнаселен е главниот град Торшавн со приближно 21.000 жители. Втор по население е Класвик со 5.000 жители, додека трет е Рунавик со 3.900 жители. Statista Research Department, Jun 8, 2020 (17.11.2020) Retrieved from <https://www.statista.com/>

кралството Данска, по одредени карактеристики за идентификација, фарците се разликуваат од мнозинското население во кралството, кое се дефинира како данско. Имено, мнозинството од 52.154 жителина Фарските острови е составено од фарскиот народ, но и од жители од други националности (скоро 8% се данци, околу 4,5% се други доселеници). Официјален јазик е фарскиот јазик кој се разликува од данскиот јазик. Овој јазик припаѓа на западноскандинавската група на северногермански јазици и претставува независен јазик со зачувани карактеристики на старонордискиот јазик, и иако е тесно поврзан со исландскиот јазик, двата јазика се меѓусебно неразбирливи¹³. Разлики се јавуваат и во религиската припадност на населението. Иако мнозинството население се припадници на Евангелско-Лутеранската црква, 13% од населението припаѓаат на Плимутските браќа, а застапени се и римокатоличката религија, движењето на Духовден, Адвентистите на седмиот ден, Јеховини сведоци, Конгрегација на Филадельфија, верата на Бахаи и други¹⁴.

Поврзаност на овие острови со Кралството Данска, како што веќе беше споменато, датира уште од времето на Данско-Норвешката Унија. Првиот дански устав од 1849 година, како и последователните уставиважат и се применуваат и на Фарските острови. Во 1852 година се основа првото фарско собрание, а после скоро еден век, во 1946 година се организира првиот консултативен референдум во однос на тоа дали островите да се одвојат или да останата во рамките на кралството. Иницијативата за ваквиот референдум произлегла од несогласувањето, односно различните ставови на фарските партии и данската влада во однос на прашањето како да се воспостават понатамошните односи помеѓу Кралството и Фарските острови (кои за време на Втората Светска Војна биле под британска власт и се здобиле со одредени права). На покана на данската влада, во 1946 година, претставниците на Народната партија (People's Party) се изјасниле дека се за независен систем од данскиот устав, додека претставниците од другите две партии кои го имале мнозинството во собранието: Социјал Демократската партија (Social Democratic Party) и Унионистичка Партија (Unionist Party) биле согласни за

[statistics/805966/population-of-the-faroe-islands-by-island/](https://www.faroeislands.gov.fo/statistics/805966/population-of-the-faroe-islands-by-island/)

¹³ Encyclopedia Britannica, (03.12.2020) Retrieved from <https://www.britannica.com/topic/Faroese-language/>

¹⁴ Religion, Faroeislands.fo, the official gateway to the Faroe Islands, (21.11.2020) Retrieved from <https://www.faroeislands.fo/people-society/religion/>

систем во рамките на данскиот устав, но меѓусебно се разидувале по прашањето за законодавната власт на *Латтингиоџ* (*Løgting*)¹⁵. Партијата на социјалдемократите сметала дека собранието треба да добие законодавна власт за фарските работи, додека Унионистичка партија претендирала на систем во кој фарското собрание би имало консултативна улога. Предлогот на данскиот премиер пак бил на фарското собрание да му се додели власт за административна регулатива, со законодавен карактер за специфични фарските работи, додека данскиот гувернер да се замени со дански „Државен претставник“, на Фарските острови. Доколку не се прифати овој предлог, алтернативата била сепарација од Кралството. Иако овој предлог не бил добро прифатен од ниту една од трите партии, сепак оние со мнозинството во собранието (12 претставници од вкупно 23) се решиле да го прифатат и истиот да го изгласаат. Заради негодување на еден од припадници на мнозинството кој се изјаснил дека не се согласува и дека во суштина е сепаратист, не дошло до гласање и се преминало на трето решение: консултативен референдум¹⁶. Од резултатите се воспоставило дека од валидните гласачки ливчиња, 50,7% се изјасниле за одвојување од данското кралство, додека 49,3% биле за прифаќање на предлогот на Владата, меѓуто останал фактот дека се работи за консултативен референдум последователно на што данскиот крал го распуштил фарското собрание и распишал избори за ноември истата година. Од изборните резултати

15 Sølvará, H., A., *The use of referendums in the Faroe Islands*, p.14, (03.12.2020) Retrieved from https://www.researchgate.net/publication/325206376_The_Use_of_referendums_in_the_Faroe_Islands/link/5b02c1ea0f7e9be94bda8e97/download

16 Излезеноста на референдумот бил 67,6%, од кои 50,7% се изјасниле за одвојување од данското кралство, додека 49,3% биле за прифаќање на предлогот на Владата. Да се напомене дека пред 1946, правото на референдум на Фарските острови за прв пат се искористува во 1907 година на референдум за забрана за продажба и лиценца за алкохол, додека во врска со усвојување на нов Устав ова право се искористува во 1920 година со кој се прави обединување на северниот дел од германската окупирана територија на Шлезвиг со Данска. Овој референдум не се споредува на барање на фарците, туку бил воведен како формално правило во Данскиот устав. За разлика од првиот Устав кој се воспоставува без да им се даде право на референдум, овој пат иако правото фарците го имаа, на референдумот гласале 24,9% од гласачите на фарските острови, од кои 98,4% се изјасниле за негово прифаќање. Малиот одзив се должел можеби и на апелите на Jóannes Patursson, фарскиот претставник во Данското собрание и припадник на националистичката партија Self Rule Party, да не се излезе на гласање. Слаба излезеност е забележана и на референдумот за Уставот од 1953 година (7,6%), како и подоцна на референдумот од промена на данскиот Закон за sukcesija (11,8%). Idem

мнозинството гласови им припаднале повторно на унионистички партии кои отпочнале повторни преговори со данската влада, кои во март 1948 довеле до донесување на Закон за внатрешно уредување на Фарските острови. Имено со овој закон, на Фарските острови им се признава посебна позиција во рамките на Кралството (вклучувајќи ги националните, историските и географски аспекти), односно се одредува дека данскиот парламент *Þingskiptingur* (Rigsdage) го усвојува актот за уставната позиција на Фарските острови во рамките на Кралството, во согласност со одобрението на фарскиот парламент *Løgtingið*. Во членот 1 од овој Закон, Фарските острови се дефинираат како самоуправна заедница во Данското кралство, на која им се обезбедува законодавна и административна одговорност во голем спектар на сфери¹⁷. Централната власт е застапувана од страна на Висок Комесар, додека Фарците се претставени преку двајца пратеници во Данскиот парламент. Фарскиот јазик е главен јазик на Фарските острови, но данскиот јазик треба да биде научен добро и внимателно и може да биде користен исто како и фарскиот јазик во јавните работи. Во случаи на судски жалби фарските документи се придружени со дански превод (член 11). Покрај ова се признава специјално фарско знаме, односно се одредува дека данското знаме “Dannebrog” ќе се употребува од државните органи на Фарските острови и на бродовите (член 12)¹⁸. Во членот 10 се одредува дека во пасошот или во потврдите за националност, издадени во Фарските острови за фарците, зборот „Føroyingur” и “Føroyar”, ќе биде вметнат по зборовите Данец и Данска. Лицето кој е дански субјект и резидент на Фарските острови ќе се смета за Фарец. Во ниту еден друг аспект во законодавството или администрацијата не постои никаква разлика помеѓу фарците и други субјекти од данската држава.

Други акти кои последователно се усвоени на Фарските острови се: Закон за надворешна политика на Фарските острови бр.80 од 14 Мај

17 Овие надлежности и трансферот на законски и административна власт на фарските острови се регулирани со Assumption Act of 2005 - Act no. 578 од 24 јуни 2005 година. *Assumption Act of 2005 - Act no. 578*, The Constitutional Act of the Faroe Islands, The Government of the Faroe Islands, (17.11.2020) Retrieved from <https://www.government.fo/en/foreign-relations/constitutional-status/>

18 Приватните лица, како и компании, синдикати, заедници и институции може да го користат знамето и на копно. Од друга страна регулативата која се однесува за употреба на фарското знаме на Фарските острови и на бродовите кои се регистрирани таму, ќе биде под специјална фарска надлежност.

2005 година (*Foreign Policy Act of the Faroe Islands*), кој се донесува врз основа на Спогодба помеѓу владите на Фарските острови и Данска и Дански Закон бр. 578 од 24 јуни 2005 година (*Assumption Act of the Faroe Islands*¹⁹), со кој јавните власти на Фарските острови преземаат надлежност за одредени работи, кои се набројани во самиот Акт. Во овие два закони не постои ништо поврзано со мултикултурни прашања, туку со нив се дава поголема автономија во вршење во одредени општествени области.

- *Закон за внатрешно уредување и Закон за самоуправање на Гренланд*

Гренланд, исто како и Фарските острови, има долговековна историја која е поврзана со данското кралство. Првите зачетоци на формализирање на неговиот статус почнуваат во 1721 година кога добива колонијален статус, кој ќе трае до 1953 година, кога станува Округ во рамките на кралството. Во 1979 година островот добива автономја, која по триесет години ќе биде проширена, со добивање на право на самоопределување на нејзиниот народ. За гренландски народ во овој документ се мисли на Инуитите (позанти како Ескимикои себе си се нарекува *Калаалит* што во превод значи „човечко суштество“,²⁰) и се признаени според Меѓународното право. Нивниот јазик припаѓа на Ескимско-алеутската фамилија на јазици, која е составена од различни дијалекти, а оној кој се употребува како службен јазик на Гренланд е Западниот гренландски дијалект. Ако ги земеме во превид статистичките податоци, разликата помеѓу населението кое живее на Гренланд најчесто се прави помеѓу оние кои се родени во Гренланд и оние кои не се родени во Гренланд. Инутите се сметат за жители на Гренланд што значи дека се дефинираат и како Гренландци, меѓутоа меѓу жителите има и данци, нордици и други од кои, некои се родени на островот, а некои се доселеници. Во однос на религијата, најзастапена е евангелско-лутеранската религија. Гренланд всушност има независна епархија во Данската Евангелско-Лутеранска Црква. Други религии и вери кои се практикуваат на островот се римокатоличката, новоапостолската, религијата на јеховините сведоци, бахаја верата и др. Покрај употреба

19 *Assumption Act of the Faroe Islands*, The government of the Faroe Islands (28.11.2020) Retrieved from <https://www.government.fo/en/foreign-relations/constitutional-status/the-assumption-act/>

20 *Facts about Greenland*, Naalakkersuisut The Government of Greenland (28.11.2020) Retrieved from <https://naalakkersuisut.gl/en/About-government-of-greenland/About-Greenland/Facts-about-Greenland>

на сопствен јазик и постоење на посебна епархија, од 1985 година како национален симбол на Гренланд се воведува и употребува официјално гренадско знаме²¹.

Првиот гренадски акт кој на некој начин бил поврзан со Гренланд бил усвоен во 1905 година и се однесувал на црквата и образованието во Гренланд²². Донесувањето на овој акт се случува во период кога реформаторите ги одредиле своите главни точки во врска со Гренланд, а се однесуваа на сепарирање на Трговскиот Оддел од цивилната администрација во Гренланд и општинска самоуправање на гренаѓаните. Овие последните се оствариле со донесување на *Danish Act concerning the Governing of the Colonies in Greenland*, кој бил усвоен на 27 мај 1908 година²³. Последователно биле донесени и други закони во врска со ловот и риболовот и други прашања. Во 1945 година Данска ја потпишала и ратификувала Повелбата на Обединетите Нации за деколонизација, а во 1953 година данскиот парламент ќе се одлучи и за спроведување на овој процес. Последователно, до 1978 година, кога ќе биде донесен првиот Закон за домашно управување, од Гренланд ќе пристигнуваат постојани барања за поширока автономија. Имено, иако први партиски движења на Гренланд се појавуваат во 40-тите години од 20-тиот век, првата вистинска политичка партија на Гренланд се формира во 1964 година позната како Партија на Инуитите чии преставници сметале дека Гренаѓаните треба да бидат сметани за посебен народ во согласност со принципите на саопределување, земајќи во предвид дека имаат своја култура, јазик и традиција. Покрај ова, негодувањето на Гренаѓаните ќе биде изразено и при влезот на Данска во ЕУ, (за што, бил организиран референдум, на кој 70% од гренадските жители се изјасниле против членство во ЕУ), како и при давањето на лиценци на меѓународните нафтени компании за истражување на водите на Гренланд и влегување на европски бродови во нејзините води заради риболов. Овие низа прашања довеле до отварање на дебата за Закон

21 Воведувањето на знамето се случило врз основа на иницијатива на еден весник кој барал предлози за националното знаме на островот, а не преку референдум како што било предвидено. Sørensen, A., K., *Denmark-Greenland in the twentieth century*, Meddelelser om Grønland, Man and Society 34, Copenhagen, The Commission for Scientific Research in Greenland, 2006. p. 168 (05.05.2020) Retrieved from <https://www.gesis.org/ssoar/home>

22 Реформаторите сметаа дека е потребна промоција на културата и самоуправање на Гренаѓаните, од друга страна мисионерите сугерираа подобрување на образованието и катехизмот. Sørensen, *Idem*, p.23-24

23 *Ibid*, p.27

за Внатрешно уредување при што три политички партии од Гренланд направиле притисок за негово донесување²⁴.

Во однос односите со Данска, Уставот на кралството Данска предвидува учество на двајца претставници од Гренланд во данскиот парламент (член 28), посебни правила за претставување на Гренланд во Парламентот, кој може да бидат донесени со Статут (член 31, точка 5), како и можност за посебни правила донесени со Статут за отпочнување и одредување на претставувањето на Гренланд и Фарските острови во Парламентот (член 32, точка 5). Исто така Уставот вклучува и проширување на правилата за референдум, односно можност на спроведување на референдум на Гренланд и на Фарските острови кој би бил регулиран со Статут (член 42, точка 8). Врз основа на оваа одредба и побарувањата на Гренланд за поголема економска и политичка автономија, на 29 ноември 1978 година во данскиот парламент се усвојува Законот за Внатрешно управување на Гренланд (Закон бр. 577 од 29 ноември 1978) кој последователно на 17 јануари 1979 година бил ставен на гласање на референдум во Гренланд. Од 63% излезеност на гласачите на референдумот, 70% гласале за усвојување на овој Закон по што истиот официјално влегува во сила на 1 мај 1979 година. Клучната точка во воведот на овој документ е „Гренланд да се направи повеќе Гренландски,²⁵. Член 1 од Законот одредува дека Гренланд е одвоена заедница во Кралството Данска и дека власта за внатрешното управување ќе ги водат работите во согласност со одредбите утврдени во самиот закон. Членот 2 одредува дека институции на власта на Гренланд се Собранието (Landsting) и Владата (Landsstyre). Во осмиот дел се одредува дека резидентното населние на Гренланд има основно право за почитување на основните природни ресурси на Гренланд. Во деветиот дел се одредува дека главен јазик е гренландскиот јазик, а дека данскиот јазик мора темелно да се учи и дека двата јазици може да се користат за службени цели. Овој Акт имено беше резултат на барања кои потекнаа од самиот Гренланд.

После 21 година од донесувањето на овој Закон, се формира комисија за оценка на неговото применување. Од анализата за примена, резултирало дека е потребна поголема автономија во разни области, што доведува до донесување на Актот за самоуправување. Пред

24 Во седумдесетите години трите партии: лево центарска Сиумит (Напред) заедно со десно центарската Атасут (Солидарност) и левицата Инуит Атакатигит (Инуитска заедница)

25 Sørensen, A., K., *Op.cit.*, p. 154

официјалното усвојување на овој Акт, кое се случува на 21 јуни 2009 година, во ноември 2008 година бил одржан референдум, на кој 75% од гласачите на Гренланд гласале за негово усвојување. Во Преамбулата на овој закон се вели дека Актот е усвоен од данскиот парламент и дека се заснова на договор помеѓу гренландската влада (Naalakkersuisut) и данската влада како еднакви страни. Во Актот се одредува дека судството, законодавството и извршната власт ќе бидат извршувани од гренландските институции, дека централната данска власт на Гренланд ќе биде застапена преку Висок Комесар, кој е шеф на управната власт за прашања кои не се пренесени во надлежност на Гренланд, додека гренландците продолжуваат да учествуваат во Парламентот на Кралството Данска, со свои двајца пратеници. Едно од најзначајните прашања кое се уредува со овој Закон се однесува на тоа дека данскиот Парламент го признава народот на Гренланд *Калааллит* како народ согласно меѓународното право на самоопределување, а во глава осум, член 21 се одредува дека одлуката за независност на Гренланд ја донесува народот на Гренланд, преку референдум. Покрај ова во глава седум, член 20, се одредува дека гренландскиот јазик е официјален службен јазик на Гренланд. Секако се подразбира дека како втор службен јазик останува данскиот јазик. Во училиштата наставен јазик е гренландскиот јазик, додека данскиот се учи уште во прво одделение од основното образование, а англискиот во погорните одделенија.

- Декларацијата од Којенхајен (за германското малцинство од Шлезвиј)²⁶

Шлезвиг е географска област чиј јужен дел е во рамките на Германија, (во кое живее данско малцинство), додека северниот дел се простира на полуостровот Јитланд, во која живее германско малцинство. За време на германската окупација на Данска во текот на Втората Светска војна се воведуваат посебни права за Германците во северниот дел на покраината, кои последователно по завршување на конфликтот биле укинати од данската влада и пропратени со конфискација на

26 Stocco, G., *Schleswig, fra Germania e Danimarca*, Etnie, rivista di scienza, geopolitica e cultura dei popoli, (18.11.2020) Retrieved from <https://www.rivistaetnie.com/schleswig-germania-danimarca/>

Becker-Christensen, Henrik, Consul General, "From Confrontation to cooperation", *The Danish-German minority model*, The Danish consulate general in Flensburg, Germany, 2014, (18.11.2020) Retrieved from https://www.ecmi.de/fileadmin/downloads/The_Danish_German_minority_model_Becker_Christensen_2014.pdf

приватните германски училишта и отфрлање на германскиот јазик како наставен јазик од општинските училишта. Ваквата состојба се подобрува само благодарение на истоветни декларации потпишани од двете земји во 1955 година, познати како Декларација од Бон и Декларација од Копенхаген. Имено владата на германската покраина на Шлезвиг-Холштајн во септември 1949 година му доделува на данското малцинство апсолутна национална слобода, во културна, црковна и јазична смисла, додека еден месец подоцна се усвојува и Протоколот од Копенхаген, со која на германското малцинство од Северен Шлезвиг се доделуваат истите гаранции како на данците во Шлезвиг - Холштајн. За дефинитивно решавање и одредување на сите прашања во 1955 година по иницијатива на германскиот Канцелар Конрад Аденауер се потпишуваат истоветни декларации, согласно Европската Конвенција за човекови права со кои се гарантираат основните права и обврски кои произлегуваат од неа, меѓу кои: лична слобода, еднаквост пред законот, слобода на мислата, слободен пристап, без какво било ограничување или дискриминација на јавното вработување; право на ист третман за сите граѓани, без никаква дискриминација врз основа на раѓање, јазик, потекло или мислење и други. Во Декларацијата се вели дека признавањето на културата и националниот идентитет на малцинствата е целосно, без никаква можност за дискриминација, како и употреба на нивните јазици, говорени и пишани, од страна на поединецот и организациите. Се споменува правото на образование на својот јазик, како и употреба на јазикот на радио заради информирање на сопствениот јазик. Покрај ова, заради причина што малиот број на германско население не може да си овозможи место во данскиот парламент, основане Секретеријат за малцинства. Дополнително да се напомене дека заштитата на ова малцинство произлегува и од Европската карта за регионални и малцински јазици која Данска ја ратификува во 2000-та година.

2. Правните норми и политики на Република Македонија во однос на мултикултурни прашања

- Заштитата на мнозинскиите заедници во Уставот на Република Македонија

Република Македонија е сместена на Балканскиот полуостров, во Југоисточниот дел на Европана територијална површина од 25.430км². Според етничкиот составот на нејзиното население, а во согласност

со податоците од последниот попис спроведен во 2002 година, од вкупно 2.022.547 жители, 64,18% се изјасниле како Македонци, 25,17% како Албанци, 3,85% како Турци, 2,66% како Роми, 1,78% како Срби, 0,84% како Бошњаци, 0,48% како Власи и 1,04% припадници на други етнички заедници. Македонија, како државна единка, се основа на 2 август 1944 година, кога се одржува првото заседание на АСНОМ, во рамките на југословенската федерација, а од 1991 година се конституира како суверена и самостојна и како граѓанска и демократска држава. Првиот Устав во рамките на југословенската федерација е донесен во 1946 година, на кој последователно ќе следат уставот од 1963 година и уставот од 1974 година. Во Уставот од 1946 година на Народна Република Македонија (НРМ) се одредува дека: „македонскиот народ се соедини врз основа на начелото на рамноправност со останиите народи на Југославија и нивните народни републики,, и дека „националните малцинства во НРМ го уживаат правото и заштитата на својот културен развој и на слободна употреба на својот јазик,,²⁷. Подоцна со Уставот од 1963 година на Социјалистичка Република Македонија (СРМ)²⁸, се воведува терминот *народности-национални малцинства* на чии припадници им се гарантираат одредени права и се одредува дека истите се рамноправни во се, со Македонците. Со Уставот од 1974 година²⁹ пак, за прв пат албанската и турската народност добиваат статус на конститутивни субјекти на

27 Устав на Народна Република Македонија од 1946 година., Член 12, 20 и 24. Службен весник на Народна Република Македонија, бр.1, год. III, 01.01.1947 <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/571D5D9AF0DB42A3A37F220F77476EB5.pdf>

28 Устав на НРМ од 12.04.1963, точка 3, чл.72-75, Службен весник на СРМ, бр.15, год. XIX, од 12.04.1963 <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/37EB0C4961424D1286094520A974BBC9.pdf>

29 „...македонскиот народ заедно со народностите на Македонија ја создаде Социјалистичка Република Македонија како национална држава на македонскиот народ и држава на албанската и турската народност во неа,, Устав на СРМ од 25.02.1974, Службен весник на СРМ, бр.7, год. XXX, 25.02.1974 <http://www.slvesnik.com.mk/Issues/0AF2E0456C964935B7705FB5BF6F31F9.pdf>

Со Деловникот на Собранието на СРМ од 1986 година употребата на јазикот на народностите се проширува и врз работата на Собранието и неговите работни тела, на соборите и заедничките седници на Собранието. Со овој акт секој делегат имал право да зборува и на јазикот на народноста на која и припаѓал, а секој граѓанин или странец кој бил поканет да учествува на работата на седницата исто така можел да го користи својот јазик на работата на седницата на Собранието и на неговите работни тела.

Шкарик, С., *Споредбено и македонско уставно право*, Матица македонска, Скопје, 2004, стр. 399

македонската држава, а на припадниците на етничките групи им се гарантираат исти права и должности и рамноправност со македонскиот народ и народностите. Во 1989 година, пред распадот на Југославија, се усвојува аманданот LVI со кој се менува Преамбулата на Уставот од 1974 година, и со кој на турците и албанците им се одзема статусот на конститутивна народност. Согласно оваа измена во Преамбулата се одредуваше дека „СРМ е национална држава на македонскиот народ...и социјалистичка самоуправна демократиска заедница, на македонскиот народ и на рамноправните со нејо припадници на други народи и на народностите кои живеат во неа,³⁰. Имено од оваа измена произлегоа првите негодувања кај Албанците од Македонија и истите беа изразени преку бојкотирање на референдумот за независност на Македонија, одржан во септември 1991 година и бојкот при гласањето на Уставот усвоен на 17 ноември истата година. Незадоволството произлегуваше од нерамноправноста во конститутивниот елемент, односно од содржината на Преамбулата на новиот устав од 1991 година во која се декларираше дека: „Македонија се конституира како национална држава на македонскиот народ, во која се обезбедува целосна граѓанска рамноправност и трајно соживување на македонскиот народ со Албанците, Турците, Ромите, Власите и другите националности кои живеат во Македонија“³¹. Во однос на гарантирање на слободите и правата на граѓанинот пак, уставот се засноваше на принципот на недискриминација и гарантираше еднаквост на сите граѓани пред законот, додека во однос на националностите обезбедуваше посебни одредби за правата и слободите на нивните припадници поврзани со развојот на нивниот етнички, културен, верски и јазичен идентитет. По дестегодишно негодување од страна на Албанците кое за жал кулминираше со вооружен конфликт, Преамбулата на Уставот од 1991 година беше изменета во 2001 година, со амандманот 4. Со овие измени, се отфрли терминот *националности* и се воведо терминот *граѓани*, наведувајќи дека граѓаните се: македонскиот народ идел од албанскиот народ, турскиот народ, влашкиот народ, српскиот народ, ромскиот народ и бошњачкиот народ кои живеат во границите на Македонија, и кои

30 Покрај тоа се додадоа зборовите припадниците на други народи (во чл.3 и 4 од уставот) се замени став 1 на чл.1 и се избриша чл 2 од уставот. Амандман на Уставот на СРМ, Службен Весник на СРМ ,бр.29 од 26.07.1989

<http://www.slvesnik.com.mk/Issues/245BBB86D1354148B0725DC74D5D893A.pdf>

31 Устав на Република Македонија од 17.11.1991, Службен весник на РМ, бр.52 од 22.11.1991

<http://www.slvesnik.com.mk/Issues/19D704B29EC040A1968D7996AA0F1A56.pdf>

заедно со македонскиот народ ја конституираат независна и суверена Македонија. Последната измена што ја претрпи Преамбулата, направена во 2019 година, вовеле нова ставка во името на државата (амандман 33) и предвиде бришење на зборовите „кои живеат во нејзините граници“ (амандман 34) и оттука финалната содржина на Преамбулата денес гласи: *„Граѓаниите на Република Северна Македонија, македонскиот народ, дел од албанскиот народ, турскиот народ, влашкиот народ, српскиот народ, ромскиот народ, бошњачкиот народ и друѓи,..*

Имено најголемите измени кои ги претрпе Уставот од 1991 година се случија во 2001 година, а произлегоа од Охридскиот Рамковен Договор (ОРД) кој беше потпишан за да стави крај на вооружениот конфликт и да предложи рамка за уставни и законски измени со кои мултикултурниот карактер ќе биде одразен во јавниот живот на општеството. Имено ОРД беше скроен за да одговори на барањата на Албанците, кои се однесуваа на конститутивниот елемент (губење на статусот од Уставот од 1974 година), албанскиот јазик (барање за неговата употреба во високото образование и јавната сфера), вработувањето (застапеност на Албанците во јавниот и државен сектор), политичко учество (примена на чист пропорционален модел за избори на пратеници во Собранието, за градоначалници и општински советници, затоа што постоечкиот не овозможуваше пропорционална застапеност на Албанците и во некој случај и никаква застапеност на претставниците на помалите партии, кои меѓудругото беа партии на помалкубројните националности)и употреба на симболите и знамињата на националностите заради одраз на нивната култура. За задоволување на овие права владечките гарнитурни секако дека направија одреден прогрес кој се однесуваше на: отварање на Универзитетот на Југоисточна Европа(приватна институција) на кој покрај македонскиот и аланглискиот јазик, може да се студира и на албански јазик; во однос на нивната застапеност во државните и јавни институции, почна да се применува неформална политика за вработување на припадниците на националностите, пред се во Министерството за внатрешни работи, Министерството за одбрана, а посебно се зголеми бројот на припадниците на албанската националност во редовите на кадетите, во воениот сектор и во Воената академија, како и во Уставниот и Врховниот суд³²; во однос на изборниот модел беше донесен Закон за

32 Првите резултати покажаа зголемување на бројот на припадници на националностите во Министерството за внатрешни работи (зголемување од 3% застапеност, регистрирана на почеток на 90-тите години на 8,7% регистрирана во 1996 година), во Министерството за одбрана (зголемување на бројот на граѓански службеници припадници на националностите, од 16% на 22%) како и во воениот

избор на пратеници во парламентот, преку кој се отпочна со примена на мешан изборен модел (мнозински и пропорционален), со цел истиот да овозможи пропорционално одразување на гласовите во пратенички и советнички места, како и поголема застапеност на помалите партии, односно индиректна политичка партиципација на сите националности; во однос на знамињата пак беше донесен закон за нивна употреба, но подоцна истиот беше укинат од Уставниот Суд.

Сите овие прашања на некој начин беа сумирани во одредбите на ОРД кој предвидуваше донесување на амандмани за измена на одредени членови од Уставот. Покрај гореспоменатиот амандман 4 со кој се измени Преамбулата, беа изменети или дополнети и уставните членови кои се однесуваат на јазикот, религијата, политичкото учество, застапеноста во државни и јавни институции и слично. Во однос на јазикот членот 7 беше заменет со амандманот 5 кој одредува дека: *на целата територија и во нејзините меѓународни односи службен јазик е македонскиот јазик и неговото кирилско писмо, а други јазик што го зборуваат најмалку 20% од граѓаните исто така е службен јазик покрај македонскиот јазик* (за издавање на лични документи, во комуникација со министерствата, во органите на државната власт). Во однос на барањето за поголема застапеност на албанската заедница во државните и јавни органи и институции беше донесена нова темелна вредност (со амандманот 6 се дополни членот 8 во алинеја 2) која предвидува *соодветна и правична застапеност на граѓаните кои припаѓаат на сите заедници во организациите на државната власт и во другите институции на сите нивоа*. Со амандманот 7 се направи измена на членот 19 со што покрај Македонската православна црква, се набројуваат и Исламската верска заедница во Македонија, Католичката црква, Евангелско-Методистичката црква, Еврејската заедница и другите верски заедници и религиозни групи посочувајќи дека се одвоени од државата и се еднакви пред закон. Со амандманот 8 се замени членот 48 кој гарантира право на изразување, негување и развивање на особеностите на припадниците на заедниците. Имено новитетот во овој амандман е замена на терминот *националности* со терминот *припадници*

кадар, каде беше регистрирано зголемување на бројот на албанските кадети при Воената академија од 2% на 12% и на воените офицери од 0.1% регистрирани во 1993 година на 3% регистрирани во 1995 година. Покрај ова се зголемил и бројот на судии од албанска националност во Уставниот суд, (двајца од вкупно девет) и во Врховниот суд (каде од вкупно 16 судии, бројот на албански судии се зголеми од еден на четири.). Askermann, A., *Making peace prevail, preventing violent conflict in Macedonia*, Syracuse University press, 2000, pp.63, 91.

на заеднициите. Друг новитет, воведен со амандманот 10 со кој се замени членот 69 од Уставот, со цел да се даде ефикасно учество на немнозинските заедници во донесувањето на политики и одлуки кои се поврзани со употреба на јазиците, симболите, образованието, културата и други прашања, се однесува на начинот на гласање при донесување на одредени закони при што треба да се почитува *Бадинтеровото мнозинство*³³. Со амандманот 12 се замени членот 78 и се брише алинејата 7 на членот 84 од Уставот. Овој амандман предвидува основање на Комитет за однос меѓу заедниците чии членови ќе бидат од редот на пратениците и тоа 7 Македонци, 7 Албанци и по 1 пратеник од другите заедници (Турци, Бошњаци, Срби, Роми и Власи). Според Законот за употреба на знамиња на заедниците во РМ пак, заедниците заради изразување на својот идентитет и особеностите имаат право да го употребуваат знамето кое го имаат избрано³⁴. Членот 8 од Законот го уредува начинот на истакнување на знамињата на заедниците, додека членот 8-а одредува дека знамето на Република Македонија се истакнува со други знамиња согласно со закон и е со поголема димензија од една третина од другите знамиња.

3. Споредба на правните норми, во Македонија и Данското Кралство, причиниза нивна измена и добиените резултати

- Конституирање и државно уредување

Кралството Данска како уставна монархија постои од 1849 година, додека Македонија својата државотворност ја остварува скоро

33 Според Бадинтеровото правило, при донесување одредена одлука потребно е двојно мнозинство, односно, мнозинство од вкупните гласови, меѓу кои треба да има мнозинство од присутните пратеници кои припаѓаат на заедниците кои не се мнозинство во РМ гласовите на претставниците од немнозинските заедници.

34 Членот 4 од Законот за употреба на знамињата на заедниците во РМ, одредува дека во единиците на локалната самоуправа во кои живеат граѓани припадници на заедницата и се повеќе од 50% од населението во таа единица на локалната самоуправа, пред и во објектите на органите на единицата на локалната самоуправа, постојано се истакнати знамето на Република Македонија и знамето на таа заедница, додека членот 5 одредува во кои околности се истакнува знамето на заедниците пред и во објектите на државните органи, јавните служби и правните лица основани од државата, јавните служби и правните лица основани од единицата на локалната самоуправа, на улиците, плоштадите и други инфраструктурни објекти.

Закон за употреба на знамињата на заедниците во РМ, Службен весник на РМ, бр.58/05, од 19.07.2005 и Закон за изменување и дополнување на закон за употреба на знамињата на заедниците во РМ, Службен весник на РМ бр.100 од 25.07.2011

еден век подоцна, односно во 1944 година. Од донесувањето на првиот кралски устав до денес, со исклучок на Исланд кој ја прогласува својата независност во 1944 година и излегува од кралството, Фарските Острови и Гренланд остануваат во неговите рамки и добиваат статус на конститутивни делови и право на самоуправување. (Фарските острови, своја автономност во уредувањето на внатрешните работи добиваат во 1948 година, додека Гренланд ваквиот третман го добива дури во 1979 година). Во македонскиот случај, од својата државотворност до денес, најголемата измена се случува во 1991 година кога Македонија станува независна држава и престанува да биде дел од југословенската федерација, додека втората битна измена доаѓа во 2001 година со имплементацијата на одредбите од Охридскиот Рамковен Договор кои резултираа со уставни измени и поголеми права за малцинствата.

Уставот на Република Македонија ја дефинира Македонија како суверена, самостојна, демократска и социјална држава (член 1), чија територија е неделива и неотуѓива (член 3), додека данскиот устав почнува со одредбата дека Уставниот акт ќе се применува на сите делови на Кралството Данска. Од оваа одреба се воочува дека во данскиот случај постои различно државно уредување (кралство, односно уставна монархија) додека во делот кој упатува на „сите делови,“ се мисли на автономните единици Гренланд и Фарските острови, што воочува на основна разлика помеѓу двете држави, кои се предмет на анализа во овој труд. Имено земајќи во предвид дека автономноста на овие единици е загарантирана со закони, истото значи дека освен данскиот устав, законите имаат највисоко правно дејство во овие делови. Оттука ваквата поставеност на нормите го прави данскиот случај различен од македонскиот каде во Уставот се уредени сите прашања, дури и тие за посебностите на населението.

- Дали постои промоција мултикултуралност во уставниите акти?

Во однос на мултикултурните прашања, македонскиот устав јасно упатува на постоење и промоција на мултикултурниот елемент, додека данскиот устав е повеќе сконцентриран на улогата, надлежностите и уредувањето на кралската фамилија и начинот на престолонаследството. Во македонскиот устав од 1991 година промоцијата на мултикултуралната реалност во општеството најмногу се гарантира и одразува преку уставниот член 48 кој

гарантира слободно изразување, негување и особености на идентитетот и националните особености на припадниците на националностите, и одредува дека Републиката ја гарантира заштитата на етничкиот, културниот, јазичниот и верскиот идентитет на националностите. Во однос на националностите, истите беа споменати во самата Преамбула по основ на нивна националност, а членот 7 гарантираше употреба на јазикот на националностите во единиците на локалната самоуправа каде припадници на националностите се мнозинство или се во значителен број. Последователно како што веќе беше споменато, измените на Преамбулата и одредени уставни членови го воведоа граѓанскиот принцип, меѓутоа ја истакнаа и мултикултуралноста и различноста на населението, односно општеството. Денес во македонскиот устав се наведува од кого е конституирана државата (граѓаните), кои се конституентите (народ и делови од народи) наведувајќи ја и нивната етничка припадност и се споменува терминот *заедници*, кое посочува на постоење на повеќе заедници. Во однос на мултијазичноста, од Уставот може да се воочи дека постои еден официјалниот јазик на државата и во меѓународните односи, меѓутоа со наведување на условот за употреба на други јазици и писма, се алудира на постоење и право на употреба на други јазици. Мултикултуралноста се изразува и преку различни религиски и верски заедници кои се набројани во самиот устав.

Од друга страна во данските уставы (од привојот, од 1848 година, до последниот, од 1953 година) не постојат одредби кои се споменува конститутивниот елемент, ниту официјален јазик на кралството. Кралската фамилија, иако тоа изрично не е наведено во Уставот, има данска етничка припадност и треба да е од евангелско-лутеранска вера. Во уставот не се споменуваат мнозинска заедница со етничка припадност и одреден јазик, но сепак данскиот јазик е оној кој се употребува на цела територија на кралството. Единствен елемент за идентификација и припадност кој е спомнат во данскиот устав е Евангелско-Лутеранската религија и црква. Имено, во Уставот голем дел од содржината е посветен на органите на власта, кралското семејство и Евангелско-Лутеранската црква, која се смета за државна црква на кралството и религија на која мора да припаѓа кралското семејство.

Оттука може да се заклучи дека мултикултуралноста во македонскиот устав е изразена и уставно заштитена, додека во данскиот Устав не постојат одредби кои конкретно ја одразуваат мултикултуралната реалност.

- Субјектни-барањели на права

Во однос на причините за измени и дополнување на Уставот во Македонија, барањата беа директно поставени од припадниците на албанските политички претставници од Македонија, а решенијата на истите произлегоа од Охридскиот Рамковен Договор, кој претставува политички договор и рамка за измени на уставот. Мултикултурните прашања претставуваат всушност основниот предмет на измените на Уставот. Иако Уставот од 1991 година беше во согласност со универзалните стандарди за заштита на малцинствата, дури и повеќе од тоа, за кое сведоштво е и *Извештајот на Бадинџеровиќа Комисија* од 1991 година, сепак според еден дел од населението, односно Албанците од Македонија, истите не беа доволни за промоција на нивниот културен идентитет и не ја одразуваа соодветно нивната конститутивност во државата.

Во Данскиот случај на ист начин барањата пристигнуваат директно од оние кои по својот идентитет, култура и јазик се чувствуваат различни од мнозинството, односно политичките претставници на Фарскиот народ и на Инуитите од Гренланд. Во однос на правата на германците, истите се резултат на взаемната државнагерманско-данска иницијатива за заштита на малцинското население, односно „реципрочно возвраќање на третманот,.. Што значи дека освен од германското население, иницијативата за измена доаѓа и е подржана како од данската така и од германската влада. Ова прашање зазема и меѓународни димензии, ако се земе во предвид фактот дека за него се дискутира на Самитот на Нато одржан во Париз во 1954 година³⁵, но сепак правното дејство на Декларациите од 1955 година, кои имаат иста содржина и реципрочен карактер, не се сметаат за меѓународни документи, затоа што се само резултат на преговори, помеѓу две држави и секоја од нив важи во сопствената држава.

- Начини на измени на правниџа норматива

Барањата за поголема автономија во фарскиот случај, се манифестира преку референдум (1946) кој иако не бил признаен ја одразува реалната волја на народот. Две години подоцна крајниот исход резултирал со донесување на Закон за внатрешно уредување на Фарските острови, со кои се уредуваат прашањата помеѓу овие острови и Данска. Што значи, највисокиот акт на кралството, односно Уставот не претрпе никакви измени, додека автономијата е уредена со

35 Becker-Christensen, Henrik Consul, General, *Op.Cit.*, p.3

Закон. Истото се случува и во врска со Гренланд, кој најпрвин беше деколонизиран, а потоа постепено доби автономност преку Законот за внатрешно уредувања и Законот за самоуправавање. Разликата помеѓу последниот и претходниот закон во однос на Гренланд, во најголем дел е во делот кој се однесува на економските и природни ресурси, како и во поголемата автономија на Гренланд во меѓународните односи. Покрај прашањата кои ги уредуваат односите помеѓу островите и централната влада, овие закони го признаваат фарскиот и гренландскиот народ, какои службеноста на фарскиот и гренландскиот јазик на нивните територии. Во однос на Декларацијата од Копенхаген, со кој се уредува прашањето на германците кои живеат во Данска, се работи за документ кој не може да се смета за посебен законски акт како во случајот со гренландските и фарските акти, затоа што истиот само ја изразува заштитата која владата ќе се заложува да ја обезбеди во однос на нејзините жители во овој дел на Данска. Меѓутоа фактот дека оваа Декларација беше одобрена и усвоена од данскиот парламент зборува за нејзината важност и волја на применливост. Друг документи кој може да се спомене во овој контекст е потпишувањето и ратификувањето на Конвенцијата за заштита на националните малцинства со која Данска го идентификува германското малцинство во Јитланд како национално малцинство во рамките на Конвенцијата³⁶.

Во македонскиот случај, иако во првото десетолетие беа донесени низа на закони со кои се правеа обиди да се подобри статусот на Албанците и другите националности во Македонија, барањата на Албанците беа насочени директно кон промена на Уставот, дури и со употреба на оружје. Незадоволството кулминираше во вооружен конфликт, а резултатот беше потпишување на мировен договор кој воедно е и политички и предвидуваше измена на уставот. Измената на уставот беше направена со амандмани кои се засноваа на она што ОРД го предвидуваше.

Наместо заклучок

Земајќи ја во предвид целокупната анализа може да се извлечат неколку основни заклучоци. Двете држави кои се дел од оваа анализа, Република Македонија и Кралството Данска се мултикултурни

36 Comments of the Government of Denmark on the Fifth Opinion of the Advisory committee on the framework convention for the protection of national minorities by Denmark, 2 July 2020, (18.11.2020) Retrieved from <https://rm.coe.int/5th-com-denmark-en/16809ee8d5>

општества. Нивното државно уредување е различно и истото влијае и на содржината на уставот. Додека македонскиот устав се заснова на граѓанскиот принцип на еднаквост и гарантира заштита на мултикултуралноста, данскиот устав оддава големо внимание на кралското семејство. Во недостаток на уставни одредби кои ги штитат културните различности на оние кои не се етнички данци, а со векови се дел од данската круна, истите се заштитени со Специјални акти, со Декларација и со ратификување на меѓународни документи. Меѓутоа и покрај донесувањето на овие акти и уставни одредби, барањата се постојано присутни и актуелни. Оттука прашањето е колку спроведените политики од кои произлегуваат уставните и законски измени се трајни и издржливи?

Постојат бројни случаи на мултикултурни општества кои се стабилни и истрајни, иако општото мислење е дека мултикултурните општества се склони на конфликт и оттука се дефинираат како конфликтни општества. Ако ги споредиме двата случаи од оваа гледна точка, во македонскиот случај се потврдува тезата на конфликтно општество, додека во данскиот случај не постојат вакви облици (ниту дури во германскиот случај кој во минатото било причина за конфликт, меѓутоа не инициран од внатре, туку конфликт со соседна држава). Конфликтното општество во Македонија требаше да се стабилизира со имплементација на Охридскиот Рамковен договор, додека стабилноста во рамките на кралството да се одржува со дадената автономија. Меѓутоа иако данскиот случај изгледа стабилен, реланата состојба е малце поразлична. Партиите кои се залагаат за независност (Гренландските партии: Siumut, Inuit Ataqatigiit, Demokraatit, Partii Naleraq and Partii Inuit и фарската партија Republican Party, People's Party, Self Rule Party) е јасен показател за постоење на активен потенцијал за остварување на независноста. Најновите вести се дека и двата острова се на чекор од независноста. Во гренландскиот случај овој чекор се презема во 2017 година кога се формира Уставна Комисија³⁷, составена од седум члена, (по еден член од секоја партија од националното собрание), која треба да подготви устав за независен Гренланд, односно два устава: еден устав за периодот до прогласување на независноста на Гренланд и друг устав кој ќе се примени од кога Гренланд ќе стане независен. Комисијата во рок од три години требаше да заврши со своите обврски, но побара продолжување на рокот и подготовка на

37 McGwin, K., *Greenland forms a commission to write its first constitution*, The Arctic Journal, May 2, 2017 (07.12.2020) Retrieved from

<https://www.arctictoday.com/greenland-forms-a-commission-to-write-its-first-constitution/>

само еден устав, оној кој подоцна би бил усвоен како официјален устав на независен Гренланд. Најоптимистичка дата за презентирање на уставната независност беше предвидена за време на националниот празник 2на 1 јуни во 2021 година³⁸. Имено оваа можност за независност во гренландскиот случај произлегува од Актот од 2009 година со кој на гренландците им се дава право на прогласување независност и од Одлуката која е дадена, како на Гренланд така и на Фарските острови, да напишат сопствен закон кој би се применувал само локално.

Во фарскиот случајод секогаш постоеле два политички спротивни блока. Едниот блок на партии е за независност, додека другиот блок на партии е за унија со данската држава³⁹. Најновите збиднувања во однос на независноста се од 2017 година, кога беше најавено дека следната година во април ќе биде презентираен устав за независност на Фарските острови, кој потоа би требало да биде предмет на гласање преку референдум. Донесувањето на уставниот текст доцнеше заради која причина не се одржа ни референдумот кој беше предвиден за 2018 година. Во следната година пак 2019, се одржаа парламентарни избори кои доведоа до промена на владата која моементално е во рацете на Партијата на Унијата, Народната партија и Центристичката партија. Мешаната ориентација (про и контра независност) на овие политички партии можно е да го одложи донесувањето на уставот за независност и одржувањето на референдум за негово усвојување, на подолг период од колку што првично се очекуваше.

Во однос на македонскиот случај, амандманите кои произлегоа од Охридскиот Рамковен Договор беше предвидено да бидат трајна

38 McGwin, K., *Work resumes on a constitution for Greenland, with a request for a new deadline*, The Arctic Journal, May 19, 2020 (07.12.2020) Retrieved from <https://www.arctictoday.com/work-resumes-on-a-constitution-for-greenland-with-a-request-for-a-new-deadline/>

39 Партиите од блокот за независност се: Републиканската партија (левичарска партија основана во 1948 година), Народната партија (конзервативна, со централно десничарска ориентација од 1939 година) како и Прогресивната партија (основана во 2011 година со либерална централно-десничарска ориентација). Партиите пак које се за унија со Данска, односно не за одделување од Данска се: Партијата на Унијата (од 1906 година, либерална и земјоделска партија со централно десничарска ориентација), Социјалдемократската партија (од 1925 година со централно-левичарска ориентација), Центристичката партија (конзервативна со десничарска ориентација од 1992 година) и Самоуправувачка (од 1906 година со социјал либерална ориентација која важи за партија од центарот).

Nation profile, Faroe Islands World news - Stateless nations and peoples and diversity (07.12.2020) Retrieved from <https://www.nationalia.info/profile/15/faroe-islands>

основа за уредување на мултикултурните прашање и воедно за стабилноста на државата. Иако амандманите се усвоија и се дел од уставот, барањата од страна на албанските политички преставници не замреа. Постојано се изменуваат законите кои произлегоа од уставните амандмани, меѓутоа барањата и измените не се прават врз основа на амандманите, туку албанските политичари сеуште се повикуваат на текстот на ОРД. ОРД од нивна страна не е сфатен како основа за амандамните, туку како непресушен извор на нови барања и правни измени. Еден пример за тоа е постојано актуелното прашање кои го регулираат прашањето за јазиците. Друг пример за постојано барање за некакви измени и последната измена на преамбулата, која се направи при усвојување на амандманот со кој се смени името на државата.

Од сето горе наведено може да се донесе краен заклучок дека во македонскиот и данскиот случај мултикултурните прашања претставуваат постојан предизвик за правната регулатива. Додека во случајот на данска најверојатно крајниот резултат на овој предизвик ќе биде прогласување на независност на Гренланд и Фарските острови, во македонскиот случај да се надеваме дека ќе се почитуваат и ќе има конечно прифаќање на нормите онакви какви што се.

*Jordanka Galeva, PhD**
Law Faculty University Goce Delchev Stip

THE IMPACT OF MULTICULTURAL ISSUES TO LEGAL NORMATIVE IN REPUBLIC OF MACEDONIA AND THE KINGDOM OF DENMARK

***Abstract:** The paper analyzes the multicultural aspect of the Republic of Macedonia and the Kingdom of Denmark and its impact on the legislation for protection and promotion of multiculturalism. The paper will compare and analyze the constitutional and legal acts of the two countries, as well as, of the policies and other legal documents related to multicultural question. The aim of the analysis is to compare, if the multicultural issues (ethnic, religious and linguistic), represents challenges (and how often) for revision of their legislation. The choice of the subject of analysis was done in order to compare two different multicultural societies and to see how multicultural issues affects the legal regulation and how sustainable and durable they are.*

***Key words:** multiculturalism, minorities, constitution acts, Republic N. Macedonia, Kingdom Denmark.*

ДИГИТАЛНИТЕ ПАРТИИ ВО ПРАВНИОТ И ПОЛИТИЧКИОТ ЖИВОТ

329:004.738.5
Review paper

Апстракт: Поставеноста на работните денеска е многу посложена споредено со ситуацијата пред околу десетинци години затоа што развојот на комуникацијата е толку разгранет што и воопшто е невозможно да се координира секој семен. Во овој нов организациски и технолошки контекст се случува до сега незабележано намалување на довербата во клучните институции на демократските општества. Ваквата криза на недоверба во институциите не е секако предизвикана од новата технологија имајќи предвид дека овде станува збор за подолготрајни процеси, но нови комуникациски медиуми секако придонесуваат кон нивно најмошно одземање, што следствено, само го проширува јазот меѓу граѓаните и институциите. Во денешно време, споредено со минатото, имаме ситуација во која довербата во институциите е намалена споредено со порано, а од друга страна се јавуваат барања за информации од различни извори, многумина од кои и не поминуваат низ никаков вид на филтрирање. Некои автори сметаат дека со користењето на новата најредна технологија за комуникации се развива нов вид на системска доверба која, за разлика од општествена доверба која се базира на односите со луѓето, се базира на сложената структура на сајбер просторот каде довербата, наместо во луѓето, се вложува во дигиталните платформи. Подомот на дигиталните партии претставува одраз на начинот на кој технолошките иновации навлегоа во политичките партии како организациска форма која долго време се чинеше опторна на промени во замрзнат политички систем.

Клучни зборови: Дигитални партии, интернет медиуми, дигитални медиуми, партиски партии

Вовед

Во време на технолошка поврзаност не е некоја голема мудрост да кажеме дека оној кој ги контролира тековите на комуникацијата ги држи клучевите од нашата судбина во свои раце. Но ваквото тврдење претставува јасен израз на непознавање на начинот на функционирање на вмрежаното општество. Помеѓу целосната контрола и целосната слобода на комуникација се наоѓа пространо бојно поле на кое во секој момент се случуваат бројни мали и поголеми битки со желба да се освои едно или друго нешто, зависно од позицијата од која се настапува во таквата борба.

Кастелс¹ бил во право кога напишал дека најосновниот облик на моќ лежи во способноста да се обликува човечкиот ум, односно суштинскиот извор на моќ во едно општество е моќта на контролата на информации и текот на комуникацијата. Меѓутоа, Кастелс, исто така тврди, а и во право е дека процесот на формирање и користење на власта суштински се промени во овој нов организациски и технолошки контекст кој настана како резултат на глобалната дигитална мрежна комуникација како основен систем за обработка на информациите во времето во кое сега живееме. Со други зборови кажано, поставеноста на работите денеска е многу посложена споредено со ситуацијата пред околу десетици години затоа што развојот на комуникацијата е толку разгранет што и воопшто е невозможно да се координира секој сегмент.

Треба да имаме предвид дека иако улогата на дигиталните медиуми на интернет е де факто комуникациска, тие имаат различна функција кога ги разгледуваме како средство за политичка борба. Во таа насока, анализата на нивната улога зависи од тоа кој аспект од нивната комуникациска функција се разгледува, под услов да се анализираат најмалку три различни нивоа, и тоа: 1) како средство за собирање, обработка и дисеминација на информации, 2) како средство за организација на општествени дејствија и 3) како комуникациски простор т.е. јавна сфера². Тоа значи дека ако интернетот го анализираме од гледна точка на неговите ефекти или достигнувањето во областа на политичките борби, тогаш кон него може да се пристапи како средство за политичка пропаганда, како средство за мобилизација на постојните

1 Castells, M. (2009). *Communication Power*. New York, Oxford University Press

2 Polat, R. K. (2005). *The Internet and Political Participation: Exploring the Explanatory Links*. *European Journal of Communication*, 20(4), 435–459.

членови и регистрација на нови т.е. како средство за креирање на јавниот дискурс³.

1. Довербата во традиционалните медиуми

Во овој нов организациски и технолошки контекст се случува до сега незабележано намалување на довербата во клучните институции на демократските општества. Ваквата криза на недоверба во институциите не е секако предизвикана од новата технологија имајќи предвид дека овде станува збор за подолготрајни процеси, но нови комуникациски медиуми секако придонесуваат кон нивно натамошно одземање, што следствено, само го проширува јазот меѓу граѓаните и институциите. При такви околности доаѓа до еден вид криза на легитимитет при воспоставување контрола над јавниот дискурс поради тоа што мејнстрим медиумите го губат својот углед и доверба, а од друга страна, социјалните интернет медиуми никако не успеваат да ја пополнат празнината која настанува поради делумното повлекување на мејнстрим медиумите од јавната сфера. Одредени автори, во овој поглед, истакнуваат⁴ дека јавната сфера во многу општества станува поделена и се пореметува затоа што сè повеќе се разликуваат основните постулати на демократското општество. Истите автори ги нагласуваат проблемите: а) кои се однесуваат на кредибилни информации, б) кои политичките и општествените институции би требало да ги пренесат и в) кои се однесуваат на публиката која им верува.

Во денешно време, споредено со минатото, имаме ситуација во која довербата во институциите е намалена споредено со порано, а од друга страна се јавуваат барања за информации од различни извори, многумина од кои и не поминуваат низ никаков вид на филтрирање. Истражувањето на „Галуп“, на пример, покажува дека довербата на Американците во мас медиумите во последните неколку години е на најниско ниво во историјата на таквите истражувања⁵. Не е различна ситуацијата и на европскиот континент. Општите наоди

3 Petrović, D. (2016). *Društveno-aktivistički potencijal onlajn platformi za društveno umrežavanje*. Sociološki pregled, 50(3), 397–430.

4 Bennett, W. L., & Livingston, S. (2018). *The Disinformation Order: Disruptive Communication and the Decline of Democratic Institutions*. European Journal of Communication, 33(2), 122–139.

5 Swift, A. (2004). *Americans' Trust in Mass Media Sinks to New Low*. Gallup. Отворено на 01.03.2020. <https://news.gallup.com/poll/195542/americans-trust-mass-media-sinks-new-low.aspx>

од извештајот на Европската радиодифузна унија за 2018 година⁶, изработен врз основа на податоците од Евробарометар, покажуваат дека довербата на жителите на Европа во медиумите никогаш не била пониска. Традиционалните медиуми уживаат најголема доверба во скандинавските земји, а граѓаните на Источна Европа, ако во некој медиум треба да вложат својата доверба, тоа го имаат најмногу во интернетот, наместо во традиционалните медиуми. Извештајот истовремено покажува дека во 2017 година се забележува подобрување на довербата во традиционалните медиуми, но, за сметка на тоа, се губи довербата во интернет медиумите од страна на нивните корисници. Ваквиот пресврт е поврзан со протекувањето на лични информации на Фејсбук, а со тоа и нетранспарентноста на „Кембриџ Аналитика“ (Cambridge Analytica)⁷.

Слични податоци се добиваат и од Институтот за новинарство на Ројтерс⁸ во чиј годишен извештај за употребата на дигиталните медиуми за 2018 година стои дека довербата во известувањето и медиумите и понатаму е на ниско ниво во најголем дел од речиси 40 земји ширум светот кои биле вклучени во анализата. Причина за тоа е напливот на лажни вести и перцепцијата дека политичките интереси се поврзани со ширењето на таквите вести. Според овој извештај, првпат се јавува ситуација во која опаѓа или стагнира користењето на социјалните мрежи како извор на информации, но, од друга страна, се зголемува користењето на персонализирани дигитални медиуми, односно апликации за испраќање пораки како што се Вајбер, Вацап и слични. Тоа во превод би значело дека луѓето се потпираат едни на други и на личната доверба еден кон друг кога станува збор за испраќање и примање информации преку интернет.

Гледано од тој агол, различните истражувања покажуваат дека една од најважните последици⁹ за кризата во довербата во традиционалните медиуми е свртувањето кон алтернативните извори

6 EBU (2018). *Trust in Media. Media intelligence service*. February, 2018. <https://www.ebu.ch/publications/trust-in-media-2018>

7 Vajdijananan, S. (2018) *Antidruštvenimediji*. Clio: Beograd

8 Newman, N., Fletcher, R., Kalogeropoulos, A., Levy, D. & Nielsen, R. (2018). *Digital News Report 2018*. Reuters Institute for the Study of Journalism and University of Oxford. Отворено на 01.03.2020. <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/digital-news-report-2018.pdf>

9 Fletcher, R., & Park, S. (2017). *The Impact of Trust in the News Media on Online News Consumption and Participation*. *Digital Journalism*, 5(10), 1281–1299.

на информации, најмногу интернетот. Едно истражување спроведено во 11 земји, а кое опфатило 21.524 испитаници, покажало дека испитаниците кои имаат ниска доверба во традиционалните медиуми ги користат алтернативните медиуми како што се социјалните мрежи или блоговите како извори на информации, а истите се склони и кон вклучување во различни форми на онлајн учество, како коментирање или споделување информации и вести. Со тоа, алтернативните извори на информации или креирањето сопствени вести значително влијаат врз падот на довербата во традиционалните медиуми. Гореспоменатото истражување на Европската радиодифузна унија покажува дека интернетот и дигиталните платформи сразмерно го зголемуваат своето влијание како извор на информации во оние земји во кои медиумите се под силна контрола на државата.

Некои автори сметаат дека со користењето на новата напредна технологија за комуникации се развива нов вид на системска доверба која, за разлика од општествената доверба која се базира на односите се луѓето, се базира на сложената структура на сајбер просторот каде довербата, наместо во луѓето, се вложува во дигиталните платформи. Ваквиот концепт не значи дека корисниците а priori ја даваат својата доверба на Фејсбук или Твитер или други мрежи, туку степенот на доверба во истите го одредуваат во однос на очекуваните загуби и добивки¹⁰.

2. Карактеристики и развој на дигиталните партии

Дигиталните политички партии се гледа како на нова организациска шема која ветува повисоко ниво на демократија, поголема отвореност за обичните гласачи, повисоко ниво на транспарентност и автентичност. Дигиталните партии се појавуваат како одговор на недостатокот на демократија кој политичките институции ги претвори во заштита на технократите и самостојните политичари. Тие се одговор на недовербата во традиционалните партии како резултат на светската рецесија, а за возврат нудат демократија која соодветствува на современите општествени и технолошки услови. Тие инвестираат во развој на онлајн алатки за полесно донесување одлуки кои ќе овозможат подиректен начин за граѓаните да учествуваат во таквите процеси. Такви се платформата на Русо за движењето „Пет ѕвезди“, системот за учество „конзул“ на „Подemos“ и апликацијата за демократија „LiquidFeedback“

10 Naciyaakupoglu, G., & Zhang, W. (2015). *Social Media and Trust during the Gezi Protests in Turkey*. *Journal of Computer-Mediated Communication*, 20(4), 450–466

на Пиратските партии. Овие апликации имаат свои утврдени правила кои гарантираат повисок степен на транспарентност и го спречуваат политичкиот кариеризам и бирократизам, со ветување дека ќе ја исправат политичката криза, почнувајќи од политичката партија како организација која традиционално претставува врска помеѓу граѓаните и државата.

Другиот назив за дигиталните партии е платформски партии поради користењето на платформите како социјалните медиуми. Овој нов вид партии во себе го интегрира новите форми на комуникација и организација преку користење уреди, услуги, апликации кои претставуваат препознатливо обележје на денешнината, социјални медиуми и апликации за испраќање пораки кои луѓето ги користат за следење на политичките настани. Подемот на дигиталните партии претставува одраз на начинот на кој технолошките иновации навлегоа во политичките партии како организациска форма која долго време се чинеше отпорна на промени во замрзнат политички систем.

Дигиталните партии се претставуваат како начин на создавање поголема демократија и директност, елиминирајќи бројни структури и постапки на традиционалните партии кои се сметаат за бирократски, но и корумпирани, истовремено воведувајќи нови процеси со кои луѓето во поголем степен се вклучуваат во политичкиот процес. Тоа значи дека, на некој начин, дигиталните партии ги пресликаат карактеристиките на оперативноста на дигиталните компании, со сите предности и недостатоци.

Како и секоја дигитална структура, така и дигиталните партии се насочени кон користење на дигиталната технологија во насока на повисоко ниво на демократија, поголема отвореност кон граѓанското општество и активно учество на обичните граѓани. Тоа е структура која е „гладна за податоци“, што значи дека постојано работи на тоа да ја прошири својата база на податоци или „стадо“ на контакти. Во голем дел дигиталните партии наликуваат и на стартап компании поради нивната карактеристика на брз раст и нагорна траекторија. Тие зависат од вклученоста и поддршката на симпатизерите и членовите, впрочем, како и социјалните мрежи. Постојано бараат повратни информации од членовите/корисниците, споредувајќи ги нивните идеи, мерејќи ги нивните реакции. Зачленувањето во нив е едноставен процес без никакви трошоци. Со други зборови, дигиталните партии, како што кажавме и погоре, ги отсликуваат дигиталните компании во политичкиот свет во обид за градење нова демократија во дигитално доба.

Раните почетоци на овој идеален вид партија се јавуваат во серија самодекларирани „интернет партии“ кои ја земаат улогата на лидери во новото дигитално општество наспроти закоравената и нестабилна структура на критизираното нелиберално општество и неговата политика. Најпознати во тој контекст се Пиратските партии, група на партии која се бори за дигитални права, со особен успех и територијата на северно-европските земји.

Првата Пиратска партија е формирана во Шведска во 2006 година од Рик Фалквинг, претприемач и поранеше либералист. Создадена е ако реакција на затворањето од страна на судот на „Пиратскиот залив“, популарен сервис за споделување датотеки, пиратски сервис за преземање филмови, книги и видео игри бесплатно, на таков начин кршејќи ги авторските права. Официјалното формирање на партијата беше претставено на мрежата за споделување „Директ Конект“, поставувајќи петиција за регистрирање нова политичка партија која ќе се фокусира на прашања поврзани со реформи кај авторски права, споделување датотеки и патенти. Усвоен симбол на партијата е црно пиратско едро оформено во форма на латинската буква „П“ („P“). Бројот на поддржувачи брзо се зголемува. Партијата помина незабележително на изборите во 2006 година, но затоа на Европските избори во 2009 година постигна забележителни резултати со изборот на два члена во Европскиот парламент за Шведска. Меѓународната Пиратска партија е формирана в 2010 година во Брисел со локални партии во бројни европски земји. Еден голем успех на Германската Пиратска партија е забележан на државните избори на Берлин на кои партијата доби 15 од вкупно 141 место во локалниот парламент. Но, партијата ја следеа и скандали и внатрешни нарушување од кои сè уште се опоравува. Меѓу последните успеси на Пиратските партии е успехот на изборите во Чешка во 2017 година на кои добија 10% од гласовите, со што станаа третата најголема партија во државата. Сепак, гледано на меѓународно ниво, забележително е дека овие партии веќе го немаат почетниот момент на слава.

Во последните неколку години се појавија партии чија идеологија е слична на идеологијата на Пиратските партии. Такви партии се забележани во Аргентина, Мексико и Шпанија, партии кои функционираат исклучиво на интернет. Тие, како и Пиратските, предлагаат техно-утописки дискурс според кој дигиталната технологија е водечка кон обезбедување подобра иднина. За жал, нивниот успех не е забележан како значаен во пренесување на оваа визија во изборните резултати.

Највпечатливите манифестации на подем на дигиталните партии се забележани од партии кои, и покрај тоа што имаат одредена инспирација од Пиратските партии и сличен начин на формирање и повремено ја експонираат истата реторика на „дигитална револуција“, се далеку поамбициозни во своите цели и во поголем дел се насочени кон многубројни прашања. Најзначајни од нив се движењето „Пет ѕвезди“ во Италија (на италијански „MovimentoCinqueStelle“) и движењето „Подемос“ во Шпанија, две популистички формации кон значително инвестираат во развојот на формите на дигитална организација. За нив ќе зборуваме детално во следниот дел.

3. Интернет демократијата на движењата „Подемос“ и „Пет ѕвезди“

„Подемос“ и „Пет ѕвезди“ се различни идеолошки движења со различни политички траектории и претставуваат различни организациски модели. „Подемос“ е формирано од страна на колективно раководство – иако околу харизматичен лидер, Пабло Иглесијас – и неговата организациска структура се заснова на различни централизирани и децентрализирани одлучувачки тела. Ваквата слоевита организациска структура е основа за анализа на политичката функција на платформата „Партисипа Подемос“. Спротивно на ова, движењето „Пет ѕвезди“ не се заснова на директни партиски тела. Основачите на партијата Бепо Грило и Џан Роберто Казалецо сметаа дека партиската форма е неефикасен и непотребен посредник помеѓу граѓаните и избраните претставници и затоа ја создадоа платформата Русò со која воспоставуваат директна поврзаност на овие две групи¹¹. Статутот на „Пет ѕвезди“ во голем дел ја опфаќа можноста за генерирање членство кое ќе ја претставува „апсолутната волја“ преку чести онлајн консултации. Тука се поставува прашањето дали големиот број консултации би значеле и високо квалитетна внатрешна демократија. Во таков случај треба да се размислува за врската помеѓу процедуралните услови на можноста за онлајн учество и самиот развој.

„Подемос“ и „Пет ѕвезди“ се потпираат на различни софтверски алатки и онлајн платформи кои формални ја зголемуваат можноста за внатрешна демократија и ако ја измериме внатрешната демократија во двете движења преку бројот на онлајн консултации на нивните платформи, ќе добиеме исход дека овие две партии-движења се

¹¹ Deseriis, M. (2017b). *Direct parliamentarianism: An analysis of the political values embedded in Rousseau, the “operating system” of the Five Star Movement*. Journal of eDemocracy & Open Government, 9(2), 47–67. doi:10.1109/CeDEM.2017.32

најдемократските партии во земјите во кои опстојуваат. Сепак, знаејќи ја поставеноста и кај двете партии, може со сигурност да кажеме дека раководството е тоа кое ги одредува формата, предметот и времето на таквите внатрешни консултации. Со тоа може да заклучиме дека партискиот врв повикува на гласови за да ја потврди својата позиција и истата да ја зајакне на сметка на своите активисти.

При осврнување на статутарното уредување, „Пет ѕвезди“ ја претставува својата платформа во рамките на густа организациска структура, додека „Подemos“ ја претставува својата платформа во рамките на стратифицирана структура. Тоа би значело дека Русò, споредено со Партисипа, има поголема политичка тежина во однос на партиска организација, што се докажува со големиот број функционалности и поголемата зачестеност на консултациите со своите членови.

Кога станува збор за технолошко ниво, може да заклучиме дека врската меѓу двете платформи е внимателна. Партисипа вградува смислени форми за иницијативи поттикнати од членовите, но Русò не им дозволува на членовите да комуницираат едни со други. Споменатите граѓански иницијативи на Партисипа, од друга страна, се слаби на нормативно ниво. Тоа значи дека статутот на „Подemos“ содржи праг на поддршка со кој е невозможно сите членови на партијата да разговараат за таквите иницијативи и да ги усвојуваат. Слично на тоа, членовите на „Пет ѕвезди“ при предлагање на законска иницијатива, поминуваат низ неколку процедурални ограничувања и политички филтри, па како резултат на тоа, значително се намалува нивниот број и политичко влијание.

Овие взаемно поттикнувачки нормативни и технолошки ограничувања на делувањето на членството не го спречува теоретски да учествува во поставените околности, но во пракса процентот на учество во онлајн консултациите се намалува. Речиси две третини од регистрираните членови не учествуваат редовно на таквите консултации. Ваквото намалување е особено забележително кога ќе се земе предвид постојаниот пораст на членовите и кај двете партии. Широката природа на дигиталното членство не овозможува баш мерење на политичкото значење на процентот на регистрирани членови затоа што излегувањето од таквите дигитални партии често останува и незабележано.

Несомнено е дека и двете именувани платформи забележаа намалување на учеството низ годините, што оди заедно со зголемување на консултациите и зголемување на директните гласачи. Намалувањето

на регистрираните членови е поевидентно кај Италијанците, а зачестеноста на консултациите е поголема кај Шпанците. Со едноставни зборови кажано, учеството на членството во овие онлајн политички платформи е на ниско ниво, како квалитативно, така и квантитативно, затоа што членовите се оптеретени со премногу одлуки и сметаат дека поставените прашање не се толку важни или крајниот резултат на таквите онлајн консултации нема одредено значење¹².

Очигледно е дека статутарните правила, технолошките предности и зачестените консултации претставуваат серија испреплетени ограничувања на способноста на членството редовно да учествува во консултациите. Тоа би значело дека Влијанието на Русò и Партисипа врз квалитетот на внатрешната демократија на „Пет ѕвезди“ и „Подемос“ е просечно. Некои од овие процеси сè уште се во фаза на проба и се очекува дека ќе се подобрат во иднина. Неспорно е, за жал, дека и двете партии покажуваат мал интерес за вклучување на своите членови во прашање поврзани со преуредување на политичката платформа. Во тој поглед, се поставува прашањето дали карактеристиките на политичките платформи во насока на намалување на трошоците за политичко учество ефективно ќе ги постави политичките партии на повисоко ниво на демократија или зголемувањето на консултациите ќе ги поттикне партиципативните процеси кои и не се многу инклузивни, а со тоа и малку демократски, поради тоа што се засноваат на само-избор.

Со оглед на горе кажаното, може да заклучиме дека се потребни идни истражувања за да утврдиме дополнително како „Подемос“ и „Пет ѕвезди“ се показатели за поширок тренд кај партиите кои значително ги користат дигиталните алатки при процесот на донесување одлуки и дали поларизираните политички системи во Јужна Европа на повеќе начини го одредуваат централизираното управување на партиските платформи.

Заклучок

Подемот на дигиталните партии претставува интересно прашање за оние кои се заинтересирани за трансформирањето на политиката и политичките активности во време на дигитализација, среде период на

¹²Deseriis, M. & Vittori, D. (2018). *The Impact of Online Participation Platforms on the Internal Democracy of Two Southern European Parties: Podemos and the Five Star Movement*. *International Journal of Communication* 13 (2019), 5696–5714

брзи политички промени кога партиските системи, кои вообичаено се стабилни, се отвораат за внесување нови елементи. Со финансиската криза во 2006 година, политичкиот свет во западните земји забележа вистинска криза. Тоа можеше да се забележи во бројните настани карактеризирани со протести, а голем дел од тие настани се испреплетени со употребата на дигиталната технологија и нејзината можност за нарушување на длабоката политичка урамнотеженост.

Abstract: *The situation today is more complex compared to the situation about ten years ago as the development of communication has become so widespread that it is impossible to coordinate each segment. Such new organizational and technological contexts allow the occurrence of an unprecedented decline in trust in key institutions of democratic societies. This institutional mistrust crisis is not for sure caused by the development of new technologies considering the fact that such processes are long-lasting, however, new communication media surely contribute to their further deprivation which, consequently, only widens the gap between citizens and institutions. Nowadays, compared with the past, we are facing situations in which institutional trust has decreased while having information requests, on the other hand, from various sources where many of them do not even go through any filter at all. Some authors believe that using the new advanced communication technology leads towards the development of new type of system trust which, unlike social trust which is based on human relationships, is based on the complex structure of cyber space where trust, instead of being established with people, is established in digital platforms. The rise of digital parties is a reflection of the way technological innovations have penetrated political parties as an organizational form that has long seemed resistant to change in a frozen political system.*

Key words: *Digital parties, internet media, digital media, pirate parties*

ПРАКТИЧЕСКИ ПРОБЛЕМИ ПРИ УПРАЖНЯВАНЕ НА НЕДЕЛИМИ ПРАВА, ПРИДОБИТИ ЧРЕЗ НАСЛЕДЯВАНЕ

347.238.3:347.65/.68(497.2)
Original research paper

Айстйрактй: Бълйарскоитю законодайлелстйвойитю не дава разрешение как следва да се решатй случаетйе, коитю същестйвуватй стйорове между универсалнитйе йравойриемници (наследници) как да уйражняватй съвместйно йрийежаванитйе неделими наследстйвени йрава. Такива случаи не са рядкостй, а йредвид развитйиетю на йражданския оборотй и динамикатйа на общестйвениитйе ойношения, ще стйаватй все йо-честйи. С ойлед на йтова се йредлая de lege ferenda в ЗН да бжде добавена разйоредба сходна с чл. 32 ойй Закона за собстйвеностйитйа. В йтази насока неделимитйе йрава и задължения, коитю изискватй съвместйно уйражняване, коитю не може да бжде йостййнатйе общо съйласие за нейо между сънаследницитйе, йоследнойто да бжде заместйвано ойй решение на сънаследницитйе, чийто наследстйвени дялове са йовече ойй йоловинатйа ойй наследстйвойитю. А ако не може да се образува мнозинстйво или ако решениетю на мнозинстйвойитю е вредно за общойто наследстйвено йраво, районниятй съд йо искане на който и да е ойй съйрийежайителитйе да решава въйроса.

Ключови думи: съвместйно наследяване (сънаследяване), неделими йрава, стйорове за йяхнойто уйражняване, йредложения de lege ferenda.

Въведение

Съставът на наследството зависи от личността и патримониума на конкретния наследодател и от момента на неговата смърт. Предвид

*Съдия Софийски Адмнностйрашйвен съд.

динамиката на гражданския и търговски оборот разнообразието от права, фактически отношения, задължения и тежести, които е възможно да са негова съставна част, става все по-богато. В предметния му обхват попадат такива права и задължения, които не се погасяват със смъртта на наследодателя. Поради това в теорията възможността за правоприемството им чрез наследяване се определя като един от техните характерни белези – наследимост.¹

Когато наследниците са няколко, всеки от тях има право на съответна дробна част от наследственото имущество, от всеки негов елемент. Дяловете на сънаследниците се определят към момента на откриване на наследството съобразно вида на наследяването – от закона или от завещанието. В литературата в тази връзка се посочва, че за наследниците, приели наследството, възниква общност (съсобственост) само върху вещните права и разделно притежание в съответни дялове на останалите права, както и съразмерна обвързаност със задълженията.² Този извод е правилен, но с уточнението, че след упражняването на правото на наследяване чрез приемане от страна на неговите носители, то се трансформира освен в право на съсобственост върху вещните права и на съпритежание отношение на неделимите други наследствени права и задължения. Поради неделимостта на последните упражняването на съвместното притежание води до трудности и спорове между засегнатите от наследяването правни субекти. Като такива могат да бъдат посочени наследниците, техните лични кредитори, кредиторите и длъжниците на починалия наследодател, както и лица, които са били съпритежатели на права и задължение с него, преди да се открие наследството (съдружниците на починалия

¹ Вж. за качеството наследимост на наследствено имущество Петров, Веселин. Приемане на наследство. С., 2014, с. 76. Авторът обосновава заключаване, че наследяването е невъзможно, когато правата по естеството си са ненаследими или по преценка на законодателя са изключени от наследственото правоприемство.

² Така Марков, М. Особенности на съсобствеността възникнала от наследяване. сп. Собственост и право, 2012, № 5, с. 35 и сл. Авторът възприема напълно класическото схващане, че наследството е съвкупността от всички имуществени и наследими права и задължения, които наследодателят е притежавал към момента на своята смърт. Съсобственост обаче възниква само върху вещите, притежавани от наследодателя – в собственост или въз основа на ограничено вещно право (с изключение на правото на ползване). Отделна съсобственост възниква върху всеки самостоятелен обект (вещ) от тази съвкупност. С този извод също съм съгласен, но с уточнение, че за съсобственост върху наследствени вещи може да говорим само след приемането на наследството от призованите наследници. Преди това те имат право на сънаследяване, а не на съсобственост, включително и по отношение на наследствените вещи.

наследодател в съответното търговско дружество). Законодателството ни не дава отговор на въпросът как наследниците да упражняват или разделят съвместно притежаваните наследствени права при липсата на общо съгласие и при положение, че не настъпва делба по право и е недопустима съдебната делба.

Терминологични уточнения

Същност на понятията сънаследяване, наследствени части и дялове, делбени дялове, неделими права, делба по право, съдебна и доброволна делба, обекти неподлежащи на делба.

В случаите на сънаследяване съответните призовани наследници имат права върху идеални или дробни части от наследствената маса. Това положение предполага редица специфики. В тази връзка е полезно да бъде изследвано състоянието на частичното наследство, а по-точно казано частично наследяване или сънаследяване. То предполага няколко призовани наследници, които едновременно притежават правата върху съответните наследствените части. Следва да се отбележи констатацията, че ЗН не борави с едно и също понятие в хипотезата на сънаследяване. Така в чл.5, ал.1, чл.8, ал.1, чл.9, ал.1, чл.16, ал.1, чл.73 ЗН е използвано понятието „части“, докато в чл.53, чл.60, ал.1, чл.69, чл.70, чл.72, чл.74 ЗН е употребено „дялове“. От граматическото и систематично тълкуване може да се заключи, че в изброените разпоредби двата термина – части и дялове са употребени като синоними.³ В теорията и практиката се употребяват понятията наследствени дялове, части или квоти също като синоними.

Коректно е да се отграничат наследствените части от запазените и разполагаемите части по смисъла на чл.28 и сл. ЗН. Последният определя запазената част като „част от наследството“ или като „част от имуществото на наследодателя – първият израз е в чл.28 и чл.29, ал.3, а вторият в чл.29, ал.1 ЗН. Тези изрази оставят впечатлението, че запазената част не е нищо друго, освен една квота, един дял от наследството, взето като правна съвкупност, т. е. е квота или дял от всяко нещо, което влиза в наследството.⁴ Цитираните изрази обаче не са точни и са предпоставка за смесване на понятията наследствен дял и запазена част. Това впечатление за еднаквост може да се подсили и от обстоятелството, че двете се определят в дробна число. Различно обаче е цялото, от което се определя дробната част, като това е съответно

³ Това е типичен пример за некоректен законодателен подход.

⁴ Вж. Венедиков, П. Запазената част в наследството. С., 2008, с. 9-11. Авторът

откритото наследство и масата по чл.31 ЗН. Отговор на въпроса какво представлява запазената част и как се изчислява тя като дробно число, може да се даде при тълкуване на разпоредбите на чл.30 и чл.31 ЗН, които установяват как се определя последната в дадено наследство и кога е накърнена. Запазената част е дробна част, не от наследствената съвкупност, а от масата по чл.31 ЗН, дроб от една стойността величина, която се формира по специален начин и в която са включени и елементи вън от наследството (например стойностите на даренията). Освен това тя винаги е стойностна квота за разлика от наследствения дял, който има материален характер по отношение на наследствените обекти.

Съществува разлика също така в значението и съдържанието на понятията наследствени дялове и делбени дялове. Разликата произтича на първо място от различното съдържание и правно значение на откритото наследство като правна съвкупност и делбената маса. Откритото наследство се състои от всички наследими права, задължение и фактически състояния, на които наследодателят приживе е бил носител. Делбената маса включва вещни права (право на строеж или право на собственост) върху една или няколко наследствени вещи. Размерът на делбената квота се определя със сила на пресъдено нещо с решението, постановено в първата фаза на съдебната делба, но касае единствено включените в делбата вещи. След приключване на съдебната делба е напълно възможно да са останали неподелени сънаследствени вещи, а е възможно и размерът на наследствените дялове да се промени – например открито и обявено е саморъчно завещание, с което се увеличава наследствения дял на някой от участвалите в делбата сънаследници.

Неделимостта е налице тогава, когато предметът на правото не може да бъде разделен и упражняването му на части е или невъзможно, или би намалило значително негова стойност. Юридическите факти, които пораждаат неделимостта, са различни. Тя може да произтича от

подчертава, че заключението за тъждественост между запазена част и наследствен дял, към което навеждат цитираните изрази, би било напълно неправилно. За да отграничи двете понятия той определя наследствения дял в техническия смисъл като квота от праната съвкупност – наследство от всяко право и всяко задължение, което влиза в нея и заключава, че има натурален характер, за разлика от запазената част, която е чисто стойностна квота от масата по чл.31 ЗН. Дадени са от него и два конкретни примери, които доказват различния характер и значение на наследствения дял и запазената част.

природата на правото⁵ или от специално уредени от закона случаи, при които едно делимо по природата си право се обявява за неделимо. Проблемите на неделимостта нямат голямо практическо значение, когато има само един носител на правото. В обратния случай възниква сложно правоотношение с единен предмет. Неделимостта е качество на правото. Тя трябва да се различава от фактическото състояние, при което едно делимо право не е разделено.

Разделянето на съсобствени права върху неделим обект (например) движима вещь е допустимо чрез делба.⁶ Последната се определя като специален правен способ за прекратяване на съсобствеността, която често възниква в резултат на наследяване. В тази насока следва да бъде проведено отграничение между делбата по право, съответно от доброволната и съдебната делба. Делбата по право е налице, когато предвид естеството на наследеното право, то се разделя между сънаследниците съобразно наследствените им квоти. При наследяване на парични суми – с приемането на наследството възникват отделни права за сънаследниците върху вземанията и влоговете на наследодателя съобразно наследствените им дялове. Ето защо в тази хипотеза не е необходима доброволна или съдебна делба. Доброволната делба по своята правна същност е договор, съдържанието на който се определя свободно от съсобствениците, като целта е да се прекрати съсобствеността - идеалните части на всеки от съсобствениците да се превърнат в отделно право на собственост върху реално определени обекти. По своето естество този вид делба съдържа характеристиките на извънсъдебна спогодба, с която страните избягват един възможен спор, като си правят взаимни отстъпки (чл. 365 ЗЗД).⁷ Съдебната делба пък е особено исково производство (чл.341 – чл.355 ГПК), което се осъществява в две фази на делбения процес. Това производство се образува по иск на един или повече съсобственици срещу останалите участници в съсобствеността. Този иск по своята правна същност е конститутивен и цели да прекрати възникналата съсобственост. По силата на конститутивното съдебно решение съсобствеността се

5 Естеството на правото е такова, че е невъзможно разделянето както на материални (реални), така и на идеални части. Примери за такава неделимост, които са посочени са личните права, правата по отношение на предметни престации, които имат за предмет една неделима вещь. Не можем да разделим един научен труд например, без той да загуби стойността си.

6 Вж. повече за делбата на съсобственост при Тасев, С. Делба на съсобственост. С., 2006, с. 18 и сл.

7 Така Тасев, С. Делба на съсобственост....., с. 20 и цитираната там литература.

прекратява и на нейно място се обособяват реални дялове, а когато това е невъзможно, делба се извършва по реда на чл.348 ГПК (изнасяне на публична продан). Предмет на съдебна делба могат да бъдат само съсобствени вещи или вещни права върху вещи, но не и облигационни права. При наследяването на права например върху инвестиционни бонове, дялове и акции от търговски дружества, търговски марки⁸, авторски права и др., следва да се има предвид, че правоотношенията не пораждаат вещни права и не съдържат такива, поради което искът за делбата им е недопустим.

В статията ще бъде използвана квалификацията неделими по отношение на придобити чрез наследяване права, при които управлението и/или разпореждането с тях може да бъде упражнено единствено съвместно чрез съгласие на всички сънаследници.

Конкретни хипотези, при които упражняването и/или разпореждането с неделими наследствени права, ще предполага съгласие на всички сънаследници

Наследимите права, които наследодателя е притежавал към момента на смъртта си, могат да бъдат от най-различен характер вещни, облигационни, наследствени (чл.57 ЗН), права върху различни обекти на интелектуална собственост, членствени права в търговски дружества, вземания и т. н. Разнообразието е изключително богато, като по надолу без да се претендира за изчерпателност, ще бъдат обсъдени някои от хипотезите, при които може да възникнат спорове по отношение упражняването на неделими права, придобити чрез наследяване.

Традиционно в литературата се сочи, че имуществените права се наследяват.⁹ Същевременно в правната ни литература се изтъква, че не може да се отрече фактът, че някои неимуществени или поне не чисто имуществени права с комплексен характер, също преминават по пътя на наследяването.¹⁰ Има и имуществени права, чието упражняване

8 По своето естество обектите на индустриална собственост са неделими. Така например, ако разделим една търговска марка, то нейните части ще имат нищожна стойност, сравнено с цялото. Ето защо обектите на индустриалната собственост обективно не могат да бъдат разделени между сънаследниците.

9 Така например Тасев, Хр. Българско наследство право. 8. прераб. и доп. изд. Нова ред. С. Тасев, Г. Петканов. С., 2006, с. 22

10 Вж. Станева, А. Наследяване на неимуществени права. сп. Съвременен право, 1995, № 5, с. 22, също Таджер, В. Гражданско право. Обща част. Дял II. С., 2001, с.

е предоставено на строго личната преценка на правоимащия и затова не се наследяват.¹¹ Освен това наследниците могат да встъпят и в някои неимуществени права на наследодателя, като правото на фирма на едноличен търговец, неимуществените авторски права, неимуществените членствени права на акционер и др.

Съществуват специфики при наследяването на вещни права върху вещи, поставени под специален законов режим – паметници на културата; животни¹²; сгради, подлежащи на събаряне¹³; незаконни строежи¹⁴; взривни вещества, огнестрелни оръжия и боеприпаси¹⁵ и т. н. Тези специфики са свързани с възможността за реалното придобиване на правата на наследниците върху тях, респективно със свободното упражняване на придобитите чрез наследяване вещни права върху тези обекти.

Авторското право, както и правото на членство, е комплексно и съдържа имуществени и неимуществени елементи. Наследяването

239.

11 Например правото на обезщетение за неимуществени вреди, т.к. се касае до лично, макар и имуществено, право и затова не се наследява. Ако приживе пострадалият е предявил иск за обезщетение на неимуществените вреди, процесът може да бъде продължен от неговите наследници. Ако обаче приживе такъв иск не е бил предявен, наследниците могат да претендират обезщетение само за собствените си болки и страдания, а не и за тези на непосредствено увредения.

12 Съществуват особености при доказване на собствеността по Закона за ветеринаромедицинската дейност и ПМС № 67 от 25.03.1998 г. за идентификация на селскостопанските животни и регистрацията на животновъдните обекти в страната.

13 Разпоредбата на чл. 196 ЗУТ възлага на собствениците за тяхна сметка премахването на строежите, за които има заповед на кмета на общината, че трябва да бъдат премахнати, като ако собствениците не премахнат в определения срок строежите, те се премахват от общината за тяхна сметка.

14 Това са строежи, които са изградени без строителни книжа и разрешение, и не подлежат на узаконяване и запазване в бъдеще. За незаконността на строежа показателно е наличието на задължение за премахване на строежа по силата на предписание на техническите органи – заповед по чл. 225 ЗУТ. За преценката на строежа като незаконен не е достатъчна констатацията, че не е поискано в срок узаконяването им. В този смисъл решение №308/30.10.2012 г. по гр. д. №271/2012 г., I г.о. и решение №315/25.10.2012 г. по гр. д. №1189/2011 г., I г.о. на ВКС.

15 В Закона за оръжията, боеприпасите, взривните вещества и пиротехническите изделия е предвиден специален разрешителен режим за придобиване, съхранение, носене и употреба. Съгласно чл.83, ал.7 от него при наследяване следва да се поиска разрешение за придобиване и ако такова бъде отказано, оръжието се предава на ГДНП на МВР, съответно РУ на МВР, като собственикът може да прехвърли собствеността на лице, получило разрешение за придобиване.

на имуществените най-често не буди съмнения, но предполага специфика. Още по-сложно е правопримството чрез наследяване на неимуществените елементи от съдържанието на тези сложни права. Наблюдава се разнообразие в законодателния подход при регламентацията на наследяването на членствените права на различните капиталови търговски дружества.

Възможност за наследяване на авторското право се предвижда в чл.17, чл.32 и чл.33 от действащия Закон за авторското право и сродните му права (ЗАПСП). По наследство преминават авторските права върху произведения на науката, изкуството, филми и пр. (арг. от чл.18 ЗАПСП). Законът предвижда, че авторското право се наследява до изтичането на срока на времетраенето му, а то трае 70 години. Българският законодател е включил изрична разпоредба относно упражняването на неимущественото право след смъртта на автор. Разпоредбата на чл.17 ЗАПСП посочва, че след смъртта на автора до изтичане на срока за закрила на авторското право неимуществените права, с изключение на правата по чл.15, ал.1, т.6 (правото на автора да променя произведението си, ако с това не се нарушават права, придобити от други лица) и т.8 (правото на автора да спре използването на произведението поради промени в убежденията си, с изключение на реализираните произведения на архитектурата, като обезщети за претърпените вреди лицата, които законно са придобили правото да използват произведението), се упражняват от наследниците на автора. Неимуществените права ще се упражняват¹⁶ от наследниците на автора по същия начин, по който се упражняват тези права при съпритежаването им при условията на неделимо авторство. Авторското право се наследява като единно цяло и разпореждането с него се осъществява съвместно от наследниците при изрично съгласие на

16 Наследниците на автора единствено упражняват неговите неимуществени права върху произведението, без да ги придобиват. Наследниците не могат да извършат отказ от тези права, тъй като не ги притежават, а единствено упражняват. Ако не ги упражняват обаче, те няма да бъдат санкционирани. Тъй като нямат право да ги придобият, а единствено да ги упражняват след смъртта на автора, неговите наследници не могат да атакуват евентуално извършените от него приживе безвъзмездни отчуждавания на конкретни неимуществени права (включително за допълване на своя запазена част от наследството на автора). Тези права не следва да бъдат включвани в актива на наследството при изчисляване на масата по чл.31 ЗН, нито да бъдат описвани при приемането на наследството по опис, тъй като спрямо тях не може да се насочи принудително изпълнение. Вж. в този смисъл Костов, Ат. Хипотези в авторското право. С., 2010, с. 144-145, също Ставру, Ст. / Петров, В. Дискусии в българското наследствено право. С., 2013, с. 206-208.

всеки от тях. Единственото изключение от това положение е правото да бъде получен хонорар.¹⁷

Обектите на индустриална собственост са възможна част от масата на наследството. Това, на първо място, важи за марките. В чл.23, ал.1 от Закона за марките и географските означения (ЗМГО) изчерпателно са изброени случаите, при които се прекратява действието на регистрацията на една марка – с изтичане срока на закрила, ако не е подновен за нов десетгодишен период; при отказ от права от страна на притежателя или при прекратяване на юридическото лице – притежател без правоприемство. С аргумент на противното, смъртта на физическото лице – притежател на изключителното право върху марка не води автоматично до прекратяване на нейното действие. То се включва в наследствената маса и преминава върху наследниците. Нещо повече, заявката за регистрация на марка също преминава в имуществото на наследниците като универсални правоприемници на починалия заявител. На второ място, на основание чл.13 и чл.73, ал. 2 от Закона за патентите и регистрацията на полезните модели (ЗПРПМ), правото на заявяване, съответно изключителното право върху патент за изобретение и полезен модел също е обект на универсално правоприемство посредством наследяване.¹⁸ При смърт на заявител преди издаването на патента, наследява се правото да се получи патент, т.е. патентното право се поражда направо за наследниците. Трето, на основание чл.27, ал.3 от Закона за промишления дизайн (ЗПрД), изключителното право върху промишлен дизайн също може да бъде обект на наследяване. Единственото изключение от групата на обектите на индустриална собственост са географските означения. Те не могат да бъдат наследявани поради естеството на своята правна същност, тъй като при тях говорим единствено за право на ползване. Съществуват специфики при сънаследяването на права върху такива обекти. Сънаследяването като способ за възникване на съсобственост, води принципно до дялова съсобственост, където всеки съсобственик има такъв дял, който съответствана дела му от наследството. Съпритежанието на изключителни права върху обектите на индустриална собственост обаче е бездялово.¹⁹ Причината за това законодателно решение се дължи

17 Така Петров, В. Приемане на наследство....., с. 83, вж. и цитираната там литература.

18 Вж. повече във връзка с това при Павлова, М. Патентно право на Република България. С., 2000, с. 186 и сл.

19 Подобно на собствеността върху вещи съпружеска имуществена общност при законовия режим на общност. За проблемите, които принципно възникват

на факта, че по своето естество обектите на индустриална собственост са неделими. Така например, ако разделим една търговска марка, то нейните части ще имат нищожна стойност, сравнено с цялото. Ето защо обектите на индустриалната собственост обективно не могат да бъдат разделени между сънаследниците.

Наследяването на членствените права на лице, което е членувало в корпоративно стопанско юридическо лице, зависи най-вече от характера на последното – дали е персонално или капиталово, както и от изпълнението на други предвидени в съответния закон условия. Типичен пример за персонално дружество е събирателното дружество. Едно лице може да стане съдружник в събирателно дружество и при наследяване (по закон или по завещание), доколкото в чл.97, ал.1 ТЗ е посочено, че с учредителния договор може да се предвиди, че дружеството ще продължи да съществува и когато бъде прекратено членството на някой съдружник. В този случай останалите съдружници изплащат дела от имуществото на прекратилия участието си съдружник, а при смърт на съдружник в дружеството встъпват изявилите желание негови наследници. Не всички наследници на съдружник в СД обаче, могат да встъпят в дружеството, тъй като съгласно чл.65, ал.1 ТЗ участници в дружеството могат да бъдат само дееспособни лица. По аргумент и от чл.93, т.4 ТЗ може да се заключи, че ако наследникът е малолетен или поставен под пълно запрещение, не може да встъпи в СД на мястото на своя наследодател, тъй като не може да притежава качеството съдружник. Недееспособният има право да получи стойността на дела на наследодателя от дружественото имущество. По-спорен е въпросът дали ограничено дееспособен наследник, непълнолетен или поставен под ограничено запрещение, може да изяви воля да встъпи в СД.²⁰ При посочената хипотеза на чл.97, ал.1 ТЗ при събирателното дружество, е предвидена възможност за наследника да поеме членствените права и задължения на наследодателя. Това право

при упражняване на права в такъв режим, вж. Таков, Кр. Въпроси във връзка с противоречията между института на СИО и духа на законодателството след 1989 г. сп. Собственост и право, 1994, № 12 и 1995, № 2.

20 Спор по същия въпрос съществува и при дружеството с ограничена отговорност. Ако в дружествения договор е предвидено съдружник да бъде само дееспособно физическо лице, той не може да замести своя наследодател в дружеството. Вж. Петров, В. Приемане на наследство....., с. 92, където авторът прави извод, че дори да няма такова договорно ограничаване следва да се приложи общата разпоредба на чл.65, ал.1 ТЗ. Това не се отнася за встъпилия в брак непълнолетен, защото със сключването на брака той става дееспособен, макар и с известното ограничение на чл. 6, ал. 4 СК.

възниква първично за наследника при определени предпоставки, без преди това да е принадлежало на наследодателя. Касае се, според изразено в доктрината становище²¹, за своеобразно преобразуващо право, възникващо по повод смъртта на едно лице.

Сходно е положението при дружеството с ограничена отговорност, макар че правната уредба е още по-лаконична. Съгласно чл.129 ТЗ дружественият дял може да се прехвърля и наследява. В случая следва да се направи ясно разграничение между наследяването на дела, като право на вземане, и придобиването на членство в ООД. Не случайно законът говори за наследяване на дружествения дял, а не за наследяване на членството. Дружественият дял в ООД може да се наследява, както по закон, така и по завещание (арг. от чл.129, ал.1 ТЗ). Със смъртта на съдружника и приемането на неговото наследство наследникът ще наследява дружествения дял на своя наследодател.²² Във връзка с участието на съдружника в дружеството с ограничена отговорност съществуват два вида правоотношения: имуществено - по силата на което съдружникът има право да получи своя дружествен дял при напускане или при прекратяване на дружеството, и съдружническо (членствено) - по силата на което той има право да участва в управлението и функционирането на дружеството. Имущественото правоотношение попада в съдържанието на понятието наследство и се наследява по предвидения в закона ред. Съдружническото правоотношение обаче не представлява част от имуществото на починалия съдружник, поради което не се наследява.²³ Според съдебната практика²⁴ приемането на

21 Така Станева, А. Наследяване на неимуществени права....., с. 23.

22 По същия начин дружественият дял ще се придобива и от заветника, приел направеното в негова полза завещателно разпореждане. За наследяването на дружествен дял вж. Ставру, Ст. / Петров, В. Дискусии в българското наследствено право....., с. 51-68, както и цитираната там литература и съдебна практика.

23 Липсата на детайлна уредба относно наследяването на дружествения дял в ТЗ може да се обясни със становището на законодателя, че то следва да се подчинява на общия режим на ЗН. Последният е по правило имуществен закон, който ограничава универсалното правоприемство при смърт до имуществените права, притежавани от наследодателя. Поради това правилата за наследяването следва да се отнасят единствено до имущественото право на починалия съдружник да получи своя дружествен дял. Що се отнася до придобиването от наследника на качеството „съдружник“ обаче приложение трябва да намират особените изисквания на ТЗ, включително тези на разпоредбата на чл.122 ТЗ. В този смисъл вж. Кънев, Св. За някои особености при прехвърлянето, залагането, съсобствеността и разделянето на дружествен дял. сп. Съвременно право, 2000, № 5, с. 85-86.

24 Например определение № 232/2002 г., V г. о. на ВКС; решение №459/2004 г., I т. о.

наследника на дружествен дял за съдружник в дружеството зависи от волята на общото събрание. След като липсва законодателно уредено правопримемство в дружественото правоотношение на починалия съдружник, както и възможност за едностранно възникване на ново съдружническо правоотношение между дружеството и неговия наследник, решението на общото събрание не е единствено формален акт. С решението си общото събрание може да откаже на наследника желаното от него качество на съдружник, независимо от това дали той отговаря на законовите изисквания за приемане на съдружник, както и независимо от това, че в дружествения договор не са поставени, ограничения от такъв характер. Преценката на съдружниците ще се прави за всеки отделен съдружник. Поради това е напълно възможно някой от наследниците на починалия съдружник да получи единствено паричната равностойност на своя дял, а друг да бъде приет като член на дружеството. Изрично приемане на условията на дружествения договор и решение за приемане на наследника като съдружник няма да бъдат, необходими, ако наследникът, вече е съдружник в дружеството.²⁵ Наследяване на дружествен дял без придобиване на качеството на съдружник ще се стига в следните случаи: при недееспособност на наследника; при липсата на изрично приемане на дружествения договор от наследника; при липсата на решение на съдружниците за приемане на наследника като съдружник, прието с мнозинство 3/4 от капитала и при изрично предвиждане в дружествения договор.²⁶ При наследяването на дружествен дял без придобиване на качеството на съдружник наследникът²⁷ ще има право да получи паричната равностойност на своя дял, изчислена въз основа на счетоводния баланс на дружеството към края на месеца, през който е открито наследството.²⁸ Към този момент е прекратено участието на починалия съдружник в дружеството (чл.125, ал.3 във връзка с чл.125, ал.1, т.1, пр.1 ТЗ).

на ВКС и определение №166/2009 г., I т. о. на ВКС.

25 Това качество той може да е придобил както преди, така и след откриването на наследството.

26 Така Ставру, Ст. / Петров, В. Дискусии в българското наследствено право....., с. 60.

27 Тогава между наследника и дружеството не възниква съдружническо правоотношение. Вместо съдружник наследникът става кредитор на дружеството с вземане за паричната равностойност на наследения от него дял в имуществото на дружеството.

28 Така Герджиков, О. Коментар на Търговския закон. Книга втора, чл.113-157. С., 2000, с. 403.

Ако след смъртта на наследодателя в дружеството остава само един съдружник, управителят трябва да впише и промяната на дружеството от ООД в ЕООД. Изпращането на вземането в полза на наследника ще е свързано с намаляване на капитала на дружеството съобразно дружествения дял на наследника.²⁹ До намаляване на капитала няма да се стига при прехвърляне на дружествения дял от наследника в полза на някой от съдружниците или в полза на трето лице.³⁰ Изкупуването на дела на наследника по същността си ще представлява договор за прехвърляне на дружествен дял по чл.129 ТЗ.

Когато призованите наследници към наследяване са няколко, затруднения в практиката настъпват при разпределянето между тях на наследствените правата по отношение на притежаваните от наследодателя ценни книги. Въпросите за наследяването на акциите например са особено актуални в съдебната практика.³¹ Основният спорен момент е дали получените при наследяването акции могат да се разпределят между сънаследниците реално, по съответна част от тях равна на наследствения дял, т.е. всеки придобива при наследяването по съответен броя акции, или такова придобиване не може да се получи и акциите се притежават съвместно, като всеки от тях притежава по съответна идеална част от всяка акция.³² Разрешението на този

29 Вж. Ставру, Ст. / Петров, В. Дискусии в българското наследствено право....., с. 61-62 и цитираната там литература.

30 Повече за изкупуването на дела на наследника и последиците му вж. при Голева, П. Търговско право. С., 2004, с. 192 и сл. При прехвърляне на наследения дружествен дял в полза на трето лице ще е необходимо изрично изявление от страна на това лице, че приема условията на дружествения договор, и решение на общото събрание на дружеството по реда на чл. 122 ТЗ. Настъпването на прехвърлителното действие ще зависи от преценката на общото събрание на съдружниците. За условията на прехвърлянето на дружествен дял в случай на наследяване вж. решение №161/11.01.2011 г. по т. д. №28/2010 г., I т.о. на ВКС.

31 Вж. статията от 12 август 2020 г. на проф. д-р Поля Голева „Наследяване и делба на налични поименни акции“ и публикациите „ВКС разясни как се наследяват акции“, от 7 август 2020 г. и „ВКС развива правото – казва как се наследяват акции“ – от 1 юни 2020 г., в правния сайт в www.lex.bg.

32 Този въпрос се обсъжда например в решение № 47 от 31.07.2020 г. по т. д. № 673/2019 г. на II т. о. на ВКС и решение №89 от 03.11.2020 г. по т. д. № 543/2019 г. на I т. о. на ВКС. Първото съдебно решение е постановено по касационния въпрос: „При наследяване на налични поименни акции какво придобива всеки от наследниците – индивидуална собственост върху реален брой акции, пропорционален на наследствения му дял или идеална част от съсобственост върху всяка акция“, а второто по въпроса: Допустимо ли е при наследяване на поименни акции от няколко наследници да се приложат правилата за наследяване и разпределение на вземания, като се отчитат единствено

спорен момент не може да бъде осъществено еднозначно без да се отчете същността на съответните ценни книги. В случая се касае за акциите, които не се наследяват и делят като вещи, нито се разпределят автоматично като вземания или налични пари, защото те са отделен вид обект на имуществени права, включващи се в наследството.

Наличните ценни книги могат да бъдат обект на два вида субективни права: права върху ценната книга и права по ценната книга.³³ В качеството им на писмени документи, наличните ценни книги се разглеждат като особени движими вещи, които могат да бъдат обект на вещни, заложни, облигационни и др. права, както и на упражняване на фактическа власт чрез владение или държане. Вещите и ценните книги са самостоятелни обекти на граждански правоотношения, за което включително и законът държи сметка.³⁴ Писменият документ, представляващ налична ценна книга, материализира определени субективни права. Такива е възможно да са парични вземания - чек по чл.539 и сл. ТЗ, облигации по чл.204 и сл. ТЗ; запис на заповед по чл.535 и сл. ТЗ, или комплексни членствени права в акционерно дружество и други права по акцията. Може би едни от най-разпространените ценни книги са акциите и затова в съдебната практика преобладават споровете дали акциите, попадащи в наследствената маса, при наследяване се разпределят автоматично между наследниците съобразно дела им в наследството или върху всяка акция възниква съпритежание в идеални части, равни на наследствените дялове.³⁵

От съдържанието на чл.158, ал.1 ТЗ вр. с чл.175, ал.1 и чл.181, ал.1 ТЗ може да се заключи, че акцията има едновременно няколко значения: като документ, материализиращ съответната част от капитала на акционерното дружество³⁶; като документ, удостоверяващ правата естеството на акцията и на правата, които тя материализира?³⁷.

33 Така Марков, М., За правата върху и по ценните книжа. сп. Търговско право, 1995, № 1, с. 18-23.

34 Например в чл.78 ЗС изрично се говори за ценни книги и за движими вещи като напълно самостоятелни категории. Ценните книжа са подчинени на режим, различен от този на вещите, затова се разглеждат като самостоятелна група обекти на гражданските правоотношения. Така Павлова, М. Гражданско право. Обща част. С., 2002, с. 399.

35 Вж. бел. под линия №32.

36 Акционерното дружество, за разлика от ООД, е класическо капиталово дружество, в което личният елемент изцяло отсъства. В този смисъл и ограничения за придобиване на качеството акционер от едно трето по отношение на АД лице (както е при ООД) не съществуват. Ето защо, при смърт на акционер, неговите акции

и задълженията на акционера и като ценна книга. Наследяването на акции е общопризнат способ за придобиването им, но то е свързано с практически проблеми.³⁷ Правната уредба относно наследяването на акции в ЗН и в ТЗ не е достатъчна и дава основания за различни правни тълкувания в специфичните хипотези, както и за различни случаи на злоупотреба и нарушаване на правата на наследниците на акции. Наследяването на акции³⁸ се подчинява на общите разпоредби на ЗН, тоест акции могат да се наследят по закон или по завещание, а също се включват в наследствената маса по чл.31 ЗН (арг. от чл.5 и чл.28 ЗН). Правният и икономическият смисъл от самостоятелна уредба на акциите е в акционерните права, които те инкорпорират, а не в съществуването им като документи, поради което вещноправната уредба на останалите движими вещи не е приложима за акциите, при наличието на специални търговскоправни норми за тях. Нито

директно се наследяват от наследника му, липсва изисква наследникът на акциите да е дееспособно лице, както при ООД. Акционерите при АД не участват в управление на дружеството, а правата им в общото събрание могат да бъдат упражнявани от техните законни представители. Единственото, което наследникът трябва да направи е да се легитимира като такъв пред управителния орган на АД, който да осигури вписването му като собственик на акциите в книгата на акционерите при поименни акции. Когато акциите, емитирани от АД са на приносител, то наследникът с факта на държането на акциите се легитимира като техен притежател. В случаите, когато има сънаследяване са по-сложни и предполагат предварително доброволно разпределение между наследниците на наследствените акции.

37 Успешен опит за осветляване на проблемите представлява статията на проф. Иван Русчев – Върху наследяването на налични акции и на членствено правоотношение, достъпна на интернет сайта на „Грамада – портал на българския юрист“. Авторът дефинира наличните акции като вид частни диспозитивни писмени документи с определена от закона форма и съдържание, които материализират волеизявлението на издателя им и породените от него прехвърлими права. След което ги отграничава от безналичните ценни книги, които представляват прехвърлими права, регистрирани по сметки в Централния депозитар, а за държавните ценни книжа – регистрирани по сметки в Българската народна банка или в поддепозитар на държавни ценни книжа, или в чуждестранни институции, извършващи такива дейности (арг. от §1, т. 1, предл. първо от ДР на ЗПФИ; чл. 2 ЗППЦК).

38 Наследяването на акциите може да е свързано и с възникването на имуществени задължения по тях. Такива могат да възникнат, ако не е изплатена пълната им стойност (чл.186 ТЗ, чл.188 ТЗ). За наследника на акция възникват различни права и задължения, с оглед естеството на правата, които материализира конкретната акция (напр. акции на приносител се предават на притежателя им, ако е изплатена стойността им съгласно чл.178, ал.3 ТЗ; за поименните акции не се изисква предаване; привилегированите акции дават право на допълнителен дивидент, винкулираните акции изискват съгласие на другите акционери при прехвърлянето и т.н.).

институтът на съсобствеността може да намери приложение, нито правилата, които регулират отношенията между съсобственици. Също така няма основание наследяването на акции да бъде приравнено към режима на наследяване на вземания, каквато тенденция се наблюдаваше в съдебната практика³⁹, но която е пресечена от по-актуалната практика на ВКС.⁴⁰ Основателна е критиката на твърдението, според което ценните книги, а от там и акциите по своята правна природа са по-близо до вземанията, отколкото до вещите, следователно те могат да бъдат много лесно „поделени“ от съсобствениците, стига преди това да се отстранят споровете между тях относно размера на дяловете им.⁴¹ Наследниците са притежатели на „идеални части“ от акции (от всяка една от акциите, притежавани от общия наследодател преди неговата смърт по аргумент

39 Вж. например определение №94 от 9.03.2011 г. по ч. гр. д. № 4/2011 г., I г. о. на ВКС. В него се приема, че липсата на правила за поделене на акциите по съдебен ред не е основание да се прилагат по аналогия правилата на института на съдебната делба, който е създаден само за делба на вещи. Акциите като ценните книги по своята правна природа са по-близо до вземанията, отколкото до вещите. Оттук следва, че те могат да бъдат много лесно поделени от сънаследниците, стига преди това да се отстранят споровете между тях относно размера на дяловете им, ако такива има. В определени случаи акциите могат да се поделят между съсобствениците без остатък, както се поделят и паричните суми или вземанията за парични суми. В случай, че остане такъв остатък и няма съгласие за подялбата му, само той може да остане под режима на чл.177 ТЗ.

40 Съгласно решение №89 от 03.11.2020 г. по т. д. № 543/2019 г. на I т. о. на ВКС при наследяване на поименни налични акции от няколко наследници не могат да се приложат правилата за наследяване и разпределение на вземания, като се отчитат единствено естеството на акцията и правата които тя материализира. При наследяване на поименни налични акции, всеки един от наследниците придобива идеална част от всяка акция, съответстваща на дела му в наследството, а не реален брой акции, пропорционални на наследствения му дял.

41 Вж. Русчев, Ив. Върху наследяването на налични акции и на членствено правоотношение, достъпно на интернет сайта на „Грамада – портал на българския юрист“. Той обосновава приема, че в действителност наследяването на акции не следва режима на съсобствеността, която възниква върху придобитите общо от наследниците вещни права. Също така не следва да се подценяват и различията, които акциите проявяват по отношение на парите и на облигационните вземания. Носителите на правата по всяка една акция са всички нейни съпритежатели, т.к. настъпилото основание за възникване на това особено „съпритежание“ обуславя преминаване на правата, инкорпорирани в акцията, към всички. В случай на такова общо притежание съсобствениците следва да упражняват правата си заедно, като определят пълномощник по арг. от чл.177 ТЗ. В този смисъл е и статията от 12 август 2020 г. на проф. д-р Поля Голева „Наследяване и делба на налични поименни акции“ в правния сайт в www.lex.bg.

от чл.177 ТЗ⁴²), а не акционери, притежаващи брой акции, равен на наследствения им дял. Доколкото всяка акция е самостоятелен обект на наследственото правоприменение, не може да се твърди, че всеки наследник придобива такова число акции, което е съответно на размера на неговия наследствен дял, т.к. акциите не се вземат, респективно не отразяват вземане за стойност, а често обективират различни права.⁴³ Докато вземане за определена парична стойност, притежавано от общия наследодател, преминава към наследниците съобразно техните дялове автоматично, то това разрешение не може да се приложи по аналогия и към акциите. Наследените акции, ако не са поделени реално между наследниците на починалия акционер чрез доброволна делба (т.е. разпределение), автоматичното им разделяне е правно и фактически невъзможно. Правилен е извода, че нуждата от доброволно разпределение на акциите се налага и от обстоятелството, че акции от наследството стават общи на наследниците, а при липса на съгласие между тях как да се упражняват правата, се блокирала възможността за упражняване на правата по множество акции.⁴⁴

Подобно е положението при безналичните акции, по отношение които се прилага специалната уредба на ЗППЦК и Правилника на Централния депозитар, която дерогира общата законова уредба в ТЗ. Съгласно чл.172 от посочения правилника при процедурата за откриване партида на лица, придобили безналични акции по наследство, регистрационният агент подава нареждане до ЦД за регистрация на

42 В чл.177 ТЗ е предвидено, че когато акцията принадлежи на няколко лица, те упражняват правата по нея заедно, като определят пълномощник. Нормата има предвид случаите, при които по отношение на материализираните от акцията права е налице съпритежание. Съотношението между правата им е от значение само във вътрешните им отношения и то може да бъде уговорено свободно между тях. Правата, които дава такава акция, се упражняват винаги чрез представител по пълномощие, тоест те са неделими. Това съвместно притежание не следва да се нарича съсобственост, тъй като то се отнася до членствените права, които не са вещни.

43 Така Русчев, Ив. Върху наследяването на налични акции и на членствено правоотношение Един от примерите, които авторът дава в подкрепа на този извод, е възможността общият наследодател да е притежавал акции от различни класове, акции, част от които са с гарантиран дивидент, респективно с гарантиран ликвидационен дял и други възможни права, които носят определени привилегии.

44 Вж. Русчев, Ив. Върху наследяването на налични акции и на членствено правоотношение..... Авторът посочва в тази връзка, че отделен сънаследник на починалия акционер не е активно легитимиран да иска вписването на припадащ му се брой акции в книгата на поименните акционери, т.к. той до разпределянето, такива, определен брой акции, не притежава.

прехвърляне на финансови инструменти чрез наследяване по закон след изискване на: 1. удостоверение за наследници (оригинал или нотариално заверен препис); 2. искане за справка за притежаваните от наследодателя финансови инструменти, подписано от всичките наследници или упълномощени от тях лица; 3. договор за доброволна делба между всички наследници по удостоверение за наследници, с нотариална заверка на подписите. Съгласно съдебната практика⁴⁵ наследниците по закон придобиват правата върху притежаваните от наследодателя безналични акции, не от момента на откриване или приемане на наследството, а от момента на регистрацията им като акционери в Централния депозитар и само регистрираните притежатели на безналични акции имат противопоставими на дружеството права на акционери.

Интерес представлява и хипотезата, при която част от наследствената маса е търговско предприятие⁴⁶. Смъртта на физическо лице, което е упражнявало дейност като едноличен търговец води до включване в наследственото му и търговското предприятие. Предмет на наследствено правопримство са всички имуществени права, фактически отношения и задължения на наследодателя, включително и тези, които са обособени в търговското му предприятие като ЕТ.⁴⁷ Имуществото на физическото лице и на едноличния търговец са едно цяло и правата и отговорността на едноличния търговец не са ограничени от имуществото на фирмата му. ТЗ урежда две хипотези за прехвърляне на търговското предприятие на ЕТ – чрез правна сделка по чл.15, ал.1 ТЗ и чрез наследяване при смърт. Във втората хипотеза, на основание чл.60, ал.2 ТЗ е възможно наследниците да постигнат съгласие и предприятието да бъде поето от едни от тях

45 Вж. например определение №167 от 17.03.2011 г. по т. д. №723/2010 г., I т.о. на ВКС.

46 За понятието търговско предприятие и включеното в него съдържание вж. Василев, Л. Юридически изследвания върху търговското предприятие. Нова ред. проф. Ч. Големинов. С., 1995, с. 28 и сл.; Бъчварова, М. Търговски предприятия и сделки с тях. В., 2001, с. 6 и сл.; Ланджев, Б. Търговското предприятие. С., 2003, с. 52 и сл.

47 Относително обособена част от тази наследствена маса на починалия едноличен търговец е търговското предприятие. Обособяването е относително, доколкото включените в нейния кръг права и задължения може да бъдат идентифицирани с помощта на търговските книги. Но наследниците получават правото да придобият определен дял от цялото наследено имущество, в което влиза и търговското предприятие. Единствено от тяхната воля зависи тази обособеност на търговското предприятие да бъде запазена и неговата дейност да бъде продължена.

заедно с неговата фирма. Даването на съгласие от наследниците за запазване на фирмата означава, че е постигнато съгласие за поемане на търговското предприятие. В този случай, поемането на фирмата, наред с предприятието е способ за прекратяване на съпритежанието по отношение на имуществото на едноличния търговец, което настъпва с вписването в търговския регистър на новия собственик.⁴⁸ Поемането на търговското предприятие по реда на чл.60, ал.2 ТЗ⁴⁹ съставлява своеобразна доброволна делба на тази обособена част от наследството, при което титуляр на имуществената съвкупност от права и задължения става конкретен наследник.⁵⁰ Поетото търговско предприятие не прави наследника автоматично едноличен търговец. Същият следва да установи наличието на изискуемите от чл.56 предпоставки, както и липсата на правопрепятстващите факти, изброени в чл.57 ТЗ. При спазването на тези предпоставки поеманият предприятието е длъжен да се регистрира като едноличен търговец по реда на чл.58 ТЗ във вр. с чл. 4 от Закона за търговския регистър. В случай че изяви воля да запази фирмата на поетото търговско предприятие, което зависи от субективното му желание, е длъжен да добави към нея и собственото си име (чл.60, ал.3 ТЗ). С това се изчерпва фактическият състав по

48 Така решение №491/22.07.2005 г. по гр. д. №119/2005 г., I г.о. на ВКС.

49 Вж. анализ на употребеното в чл.60, ал.2 ТЗ понятие „поемане“ на предприятието при Михайлов, О. „Поемане“ на търговско предприятие по смисъла на чл.60, ал.2 от Търговския закон. сп. Адвокатски преглед, 2012, № 4, с. 3-15. Авторът прави обоснован извод, че това понятие е предназначено да разкрие специфичен способ за придобиване на права върху търговско предприятие. Но както в тази, така и в другите свои разпоредби ТЗ не дава легално определение на „поемането“ на предприятието. Авторът изтъква, че само ако се осъществи „поемане“ на предприятието, според закона може да бъде запазена и фирмата, използвана от починалия едноличен търговец. Във връзка с тълкуването и приложението на практика на чл.60, ал.2 ТЗ той поставя за обсъждане голям брой въпроси. Например налице ли е ограничение в броя на наследниците, които биха могли да поемат предприятието?, на който въпрос обосновава отговор, че съществува е нормативно ограничение в броя на наследниците, които биха могли да поемат предприятието, като същото би могло да бъде поето само от един наследник.

50 Съществува и становище според което поемането на търговското предприятие може да се извърши от няколко наследника съвместно. В този смисъл вж. Станева, А. Наследяване на едноличен търговец. сп. Съвременно право, 1993, № 2, с. 29. Авторът приема, че „поемане“ на предприятието от наследниците означава продължаване на дейността на починалия едноличен търговец от всички или от някои от наследниците със съгласието на останалите. Аргументирана критика на това становище вж. при Михайлов, О. Цит. съч., с.10-13.

поемането.⁵¹ Юридическите последици от вписаното в ТР поемане на търговското предприятие на починалото лице са, че след вписване на поемането на предприятието, всички права, задължения и фактически отношения преминават върху наследника на търговеца, който е поел предприятието като универсален правоприемник на всички правоотношения. Носител на правата и задълженията на починалото лице става наследникът, поел предприятието. Наследниците имат и изрично предвиденото в чл.60а, т.2 ТЗ право да заличат ЕТ в ТР. За да не се накърнят правата на някои от наследниците, в съдебната практика се приема, че заявлението за заличаване на едноличния търговец от търговския регистър следва да изхожда и да е подписано от всички наследници, а не само от някои от тях.⁵² В противен случай се налага изводът, че не е налице законосъобразно формирана воля за заличаване. От изложеното до тук може да се направи извод, че при наличие на повече от един наследник с конкуриращи се права изпълнението на предвиденото в чл.60, ал.2 ТЗ условие или пък заличаването по чл.60а, т.2 ТЗ са възможни само ако липсват спорове между тях и постигнат съгласие, обективизирано например в сключен между тях договор за доброволна делба.

Същност и произход на трудностите при съвместното упражняване на неделими наследствени права и задължения

Както вече беше посочено, след упражняването на правото на наследяване чрез приемане от страна на неговите носители, то се трансформира в право на съсобственост върху вещните права и на съпритежание отношение на неделимите други наследствени права. Правното състояние на съвместно притежание на право като едновременно съществуване на множество взаимно свързани права на няколко лица върху един и същ обект може да функционира трайно само при постоянно постигане на съгласие между съпритежателите (сънаследници). Общото съгласие следва да се отнася до всички въпроси във връзка с използването на общия обект за техни лични нужди, във връзка с извличането и разпределението на доходи от него и във връзка с неговото поддържане и подобряване. Възникнат ли разногласия между сънаследниците по някои от тези въпроси и особено ако разногласията придобият постоянен характер и се изострят, съпритежаването на общия обект се затруднява. Възниква опасност

51 Така Михайлов, О. Цит. съч., с.13.

52 Така решение от 09.07.2007 г. по в. ф. д. №231/2007 г., ВТАС, ТК, II с-в.

съответният наследствен обект да бъде занемарен и обезценен, да престане да дава ползите, които обективно е в състояние да дава. Тези последици увреждат интересите на отделните сънаследници, а често и интересите на трети лица, засегнати от наследственото правопримемство – например съдружниците на починалия наследодател в съответното търговско дружество.

Докато съществуващата съсобственост върху вещи може да бъде прекратена принудително по съдебен ред (чл.341- чл.355 ГПК), такава нормативна възможност липсва относно неделимите други наследствени права. Освен това в чл.32 ЗС е дадена регламентация на случаите, когато съсобствениците не могат да постигнат общо съгласие как да се използва и управлява съсобствената вещ. Такава уредба липсва за хипотезата на използване и упражняване на неделимите наследствени права, различни от вещните. Единствената възможност съвместно притежаваните правата върху неподеляем обект, различен от вещите и включен в наследствената маса, да бъдат упражнявани или с тях да се осъществи разпореждане е съгласие между всички сънаследници. Съпритежанието може да бъде преустановено само ако всички сънаследници се разпоредят в полза на един от тях или на трето за наследството лице чрез договор за продажба, замяна, прехвърляне на права срещу поемане на задължение за издръжка и гледане или дарение, сключен в предвидената в закона форма за действителност. Извършеното от сънаследниците разпореждане с идеалните им части срещу съответна насрещна престация без да е налице уговорка за подялба на наследения обект по установените в ЗН правила, не е коректно да се квалифицира като договор за доброволна делба. Спорно е дали този договор може да има за предмет на разпореждане не само вещни, а и съвместно притежавани облигационни права.⁵³ Изводът при всички положения е, че е необходимо общо съгласие на всички сънаследници как да бъде упражнявано съвместно притежаваното право, респективно кога и как да бъде извършено разпореждане с него.

Упражняването на правата, включително тяхното отчуждаване, предполагащо общо съгласие, често на практика води до значителни трудности и поражда спорове между самите сънаследници или между тях и трети лица. При спорове между сънаследници следва ясно да се дефинира предметът им – дали касае правото на наследяване на някой от тях, съответно размера на наследствените дялове или касае

⁵³ Договорът за доброволна делба представлява самостоятелен вид договор, целта на който е всеки съсобственик да получи реален дял от съсобственото имущество, доколкото това е възможно, срещу което и останалите съсобственици при възможност

съвместното упражняване на правата върху наследствените обекти. В първият случай е налице искът за наследство като средство за разрешаването им. Във втория случай, доколкото лисва спор относно наследствените права, придобиването на наследствената съвкупност и размера на наследствените дялове, то искът за наследство не може да бъде средство за защита или да разреши противоречията на съпритежателите.⁵⁴ От друга страна съдебната делба е недопустима по отношение на ценните книги и други обекти, които нямат вещен характер. Както вече се изтъкна, в законодателството ни не е предвиден механизъм, който да замести постигането на доброволно разделяне на обектите в режима на съпритежание между сънаследниците. В такива случаи за съжаление не може да бъде даден категоричен отговор за пътя на защита на засегнатите правни субекти.

Идентична е ситуацията и по отношение на срещаните в съдебната практиката споровете между наследниците на дружествени дялове или акции и съответното търговско дружество. И в двете хипотези

получават такъв реален дял, максимално близък по стойност на стойността на дела им в съсобствеността. От мотивите по т. 2 от Тълкувателно решение №3 от 19.12.2013 г. на ВКС по тълк. д. №3/2013 г., ОСГК на ВКС става ясно, че законът не установява императивно изискване за вида на дължимото уравнение при постигнато съгласие между съсобствениците за доброволно поделяне на съсобствено имущество с договор за доброволна делба, макар в чл. 69, ал. 2 ЗН да е предвидено, че неравенството в дяловете при делбата се изравнява с пари или имот. Според особеното мнение по т. 2 от това тълкувателно решение законът не установява забрана за извършване на разпореждане с дял от съсобствен недвижим имот срещу поемане на задължение за издръжка и гледане на друг съсобственик, но подобен договор не представлява договор за доброволна делба и следва да бъде сключен в предвидената в чл. 18 ЗЗД форма за действителност. Извършеното от съсобствениците разпореждане с идеалните им части срещу съответна насрещна престация без да е налице уговорка за подялба на имуществото по установените в ЗН правила, не представлява договор за делба.

54 Вж. например определение № 44/23.01.2019 г. по т.д. № 2643/2018 г. и определение №84/22.02.2018 г. по т. д. № 2272/2017 г. на I т. о. на ВКС. В тях обосновано се заключава, че споровете относно съвместното упражняване на акции не могат да бъдат разрешени чрез иск за наследство. В тази насока е и определение №413/09.10.2018 г. по дело №925/2018 г., I т.о. на ВКС. В последното се изтъква, че в разглеждания случай липсва гражданскоправен спор между страните, който да обуслови интерес от предявяването на иск по чл.110, ал.1 ГПК. Целта на ищците е да постигнат реално разпределяне на притежаваните от тях при условията на чл.177 ТЗ акции, като част от приетото в идеални части наследство, която не може да бъде осъществена по предприятия процесуален ред. Еднозначно се възприема, както в теорията, така и в съдебната практика, че искът за наследство, предвиден в чл.110, ал.1 ГПК, е предоставен за защита на оспорени или нарушени наследствени права /например когато останалите наследници отричат възникването на качеството на

правата, произтичащи от наследствен дружествен дял или акции, следва да се упражняват „съвместно“/“заедно“, чрез определяне на общ пълномощник, действащ от името на съпритежателите в отношенията им с дружеството. Във връзка с това и с оглед общите за всички търговски дружества правила на чл.71 и чл.74 ТЗ, резонно се задава въпросът: имат ли самостоятелно право на иск притежателите на идеални части от дялове/акции, доколкото императивните разпоредби на чл.132 и чл.177 ТЗ уреждат преките отношения между съдружниците, респективно акционерите и съответното търговско дружество. Според съдебната практика наследник-притежател на идеални части от акции, преди тяхното доброволно разпределение, няма самостоятелно право на иск по чл.71 и чл.74 ТЗ.⁵⁵ Отворен остава въпросът как да се уредят отношенията, когато сънаследниците не искат или не могат доброволно да разпределят наследствените акции.

При липсата на предвиден в законодателството механизъм за осъществяване на съпритежанието, когато доброволно общо съгласие не може да се постигне, се блокирала възможността за упражняване на правата върху неделимия наследствен обект. Именно поради тази причина възникналите спорове дори и да бъдат отнесени до съда, няма гаранции, че ще получат справедливо, социално целесъобразно и еднакво разрешение. Съдебната практика не може да замести законодателната празнота напълно и да осигури нормативна основа, въз основа на която да се решават правните спорове между самите сънаследниците или между тях и трети лица относно съпритежанието. В такива хипотези, когато е невъзможно да се извърши доброволно съвместно упражняване или разпределение на наследствените права, се предполага влизането в действие на правна конструкция, която да регламентира законов способ за това.

наследник на друго лице, претендиращо такова на основание произход, осиновяване, завещание, заместване или твърдят неговото отпадане към момента на откриване на наследството; когато се оспорва размер на наследствен дял и пр./ . Процесният случай не попада в никоя от хипотезите, налагащи съдебна защита на наследствени права, тъй като подобно процесуално/извънпроцесуално поведение за ответниците не се твърди , нито се констатира.

55 Вж. например определение № 84 от 22.02.2018 г. по т. д. № 2272/2017 г., I т. о. на ВКС. Приема се за правилно становището, че правата по всяка акция се упражняват от сънаследниците съвместно, като може да се определи общ пълномощник. Съпритежанието може да се приключи чрез доброволна делба между сънаследниците, при която фактически ще се отграничат поименните налични акции, преминаващи в индивидуална собственост на всеки от наследниците - с номер на акцията. Само след тази индивидуализация може да се поиска вписване на всеки от сънаследниците като акционер - индивидуален притежател на конкретен брой акции.

Изводи

Българското законодателството не дава разрешение как следва да се решат случаите, когато съществуват спорове между универсалните правоприменници (наследници) как да упражняват съвместно притежаваните неделими наследствени права. Налице е законодателна празнота и относно възможността за разпореждане с тези права, когато за това липсва общо съгласие. Такива случаи не са рядкост, а предвид развитието на гражданския оборот и динамиката на обществените отношения, ще стават все по-чести. С оглед на това предлагам *de lege ferenda* в ЗН да бъде включена разпоредба, сходна с чл.32 ЗС. В тази насока неделимите права, които изискват съвместно упражняване и разпореждане, когато не може да бъде постигнато общо съгласие за него между сънаследниците, последното да бъде заместено от решение на сънаследниците, чиито наследствени дялове са повече от половината от наследството. А ако не може да се образува мнозинство или ако решението на мнозинството е вредно за част от сънаследниците, районният съд по искане на който и да е от съпритежателите да решава въпросите за неговото управление или разпореждане.

Освен това ако законодателят изхожда от становището, че съпритежанието трябва да съществува дотогава, докато всички сънаследници са съгласни и не се противопоставят на това. Това положение на съвместно притежание следва да е уредено в ЗН като едно преходно правно състояние, което да е възможно да бъде преустановено при изявено самостоятелно желание на всеки от сънаследниците. В тази насока друг възможен вариант за законодателно разрешение е предвиждането на правила в ЗН за съдебно поделяне на съвместно притежаваните неделими наследствени права, когато липсва общо съгласие между сънаследниците. Този вариант предполага въвеждането на правен механизъм, подобен на съдебната делба на съсобствени вещи. Това според мен обаче е сложна нормотворческа задача и ще изисква значителни познания и време. Поради състоянието на законодателния ни процес съм песимист, че в обозримо бъдеще тази идея е възможно да бъде обсъждана.

Michael Malchev, PHD
Assistant professor
Judge in Administrative Court Sofia Republic of Bulgaria

PROBLEMS IN EXERCISING INDIVISIBLE RIGHTS ACQUIRED THROUGH INHERITANCE

Summary

Bulgarian legislation does not allow how to resolve cases where there are disputes between universal successors (heirs) how to exercise jointly owned indivisible rights. Such cases are not uncommon, and given the the dynamics of public relations, they will become more frequent. Following the presentation of the contentious issues, the need to fill the gap through appropriate legislative intervention was concluded. It is proposed de lege ferenda to add a provision similar to Article 32 of the Property Act to the Inheritance Act. In this regard, where no general agreement can be reached on joint exercise or performance between the co-heirs, the latter should be replaced by a decision of the co-heirs whose inheritance shares are more than half of the inheritance. And if a majority cannot be formed or if the decision of the majority is detrimental to the common good, the district court at the request of any of the co-owners to decide the matter.

Key words: *joint inheritance (co-inheritance), indivisible rights, disputes over their exercise, proposals de lege ferenda.*

ИДНИНАТА НА МЕЃУНАРОДНОТО И МАКЕДОНСКОТО ДАНОЧНО ПРАВО: СООЧУВАЈКИ СЕ СО ПРЕДИЗВИЦИТЕ ПО ИМПЛЕМЕНТИРАЊЕТО НА БЕПС ИНКЛУЗИВНАТА РАМКА НА ОЕЦД

347.73:336.228.34(497.7)
Review paper

Апстракт: *Акронимот БЕПС, кој е изведен од англиските зборови Base Erosion and Profit Shifting, ги симболизира повеќето одминатите заложби на меѓународната заедница за изнаоѓање на мерки и инструменти за ефикасно управување со проблемите на даночна евазија и даночно бејство. Она што предизвика интензивирање на ваквите напори на глобално ниво беа активностите на даночните обврзници – правни лица кои се движат на самата граница помеѓу она што претставува законски дозволено дејствување и она што претставува повреда на правото. Имено, искористувајќи ги придобивките од глобализацијата и дигитализацијата, разликите во даночните системи и територијалната ограниченост на националните даночен суверенитет, даночните обврзници, пред сè моќни мултинационални корпорации, преземаат низа дејствија насочени кон максимизирање на профитот, од една страна, и минимизирање на даночниот долг, од друга. Како резултат, веќе речиси една деценија, државите се соочуваат со нарушени правила за игра на пазарот, неправадна конкурентска предност на одредени компании, дисфункционалност на даночните системи и, можеби најважно, значителни загуби на даночни приходи.*

По две години преговори, договори, политички превирања и компромиси, во 2015 година ОЕЦД и G20 ја објавија БЕПС Инклузивната рамка

* Доцент на Катедра за Финансово право, Институт за деловно право при Правниот факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, бул. Гоце Делчев, бр.96, 1000 Скопје, e-mail: e.neshovska@pf.ukim.edu.mk

која претставува Пакет од 15 акциони плана чија цел е борба против избеѓнување на плаќање на данок, подобрување на кохерентноста на меѓународните даночни правила и осигурување на постолема транспарентност на даночните системи. Во моментот, повеќе од 135 даночни јурисдикции, преку имплементирање на предложениите мерки и минимум стандарди во своите национални даночни законодавства, на координиран начин се трудат барем да ги сведат на најниско можно ниво сите оние дејствија кои претставуваат агресивно даночно планирање, ерозија на даночната основа, селење на добивката во држави со повољни даночни системи, злоупотреба на билатералните договори за спречување на двојно оданочување, како и искористување на разликите во даночните системи, со кои се избеѓнува плаќањето данок во државата каде се одвива економската активност на даночниот обврзник.

Во август 2018 година Република Северна Македонија станала 117-тата држава членка на БЕПС Инклузивната рамка, така што во следниот период ни претстои амбициозна работа на инкорпорирање на она што претставува минимум стандард во македонското даночно законодавство.

Клучни зборови: *штитени даночни практики, данок на добивка, БЕПС Инклузивна рамка.*

Вовед.

Терминот „Base Erosion and Profit Shifting“ се однесува на можеби најактуелното прашање во сферата на меѓународното даночно право во изминатите 5 години, а тоа е даночното планирање на мултинационалните компании, кои преку различни даночни стратегии, успеваат да ги искористат правните празнини и неусогласеностите во даночните правила за да направат профитот да „исчезне“ за даночни цели. Имено, се работи за вештачко пренесување на остварената добивка пред оданочување во држави со ниски даночни стапки или во држави кои немаат данок на добивка, а во кои корпорациите имаат или многу мала или воопшто не преземаат никаква реална економска активност. Дополнително, уште еден начин кој го користат мултинационалните компании за намалување на добивката за оданочување е преку признавање на трошоци како што се исплати по основ на камати или авторски права.

Иако некои од вака употребуваните даночни стратегии се

нелегални, во најголем дел станува збор за законски, правно дозволени даночни активности. Ова ја доведува во прашање праведноста и интегритетот на даночните системи, затоа што преку користење на БЕПС, мултинационалните компании се стекнуваат со конкурентска предност на пазарот наспроти оние компании кои дејствуваат единствено локално, односно во границите на резидентната држава. Покрај ова, кога останатите даночни обврзници сведочат како големите мултинационални корпорации успеваат да го одбегнат плаќањето на данок, ги доведува во прашање нивниот даночен морал и даночна култура, намалувајќи го расположението за почитување на даночните правила и обврската за доброволно плаќање на нивниот даночен долг.

Проблемот не треба да се бара единствено во однесувањето на една или неколку компании, туку во самите даночни правила, освен во некои случаи на огромни злоупотреби. Во услови на драстично променети околности, каде сегашните даночни правила во голема мера не соодветствуваат со актуелната реалност, државите се тие кои ја имаат одговорноста да ги ревидираат постоечките или да воведат нови правила со цел ограничување и/или спречување на штетните деловни практики кои се преземаат единствено за даночни цели.

Оданочувањето е една од суштинските карактеристики на суверенитетот на секоја држава и секоја држава е слободна да го постави својот даночен систем на начин што таа ќе го одбере, вклучително и одредувањето на висината на даночните стапки. Во оваа смисла, БЕПС Проектот не е насочен кон ограничување на суверенитетот на државите во постапката на утврдување и наплата на даноците и нивно пренесување на едно меѓународно (наднационално) ниво. Наместо тоа, тој е насочен кон враќање и зајакнување на правото на суверено оданочување со тоа што државите ќе можат да го оданочат профитот што произлегува од економските активности преземени во истата таа држава.

Согласно националните даночни правила, компаниите го плаќаат данокот во своите матични држави. Кога активностите се прекугранични, приходот на еден правен субјект може да се оданочи од повеќе од една даночна јурисдикција, што резултира со двојно оданочување. Дополнително, прекуграничниот однос и односот помеѓу двете даночни јурисдикции може да остави празнини, што резултира со тоа приходот воопшто да не биде оданочен во ниту една од инволвираните држави (двојно неоданочување). Проектот за справување со ерозија на даночните основи и селење на добивките

има за цел: справување со даночните избегнувања кои се прават од страна на мултинационалните компании, ограничување на ризикот од даночно бегство, елиминирање на двојното оданочување и спречување на двојното неоданочување. Целта на проектот е и зголемување на праведноста, создавање на еднакво поле за игра, како и зголемување на значењето на меѓународниот даночен систем и правила, кои се под голем притисок во последниот период, а како резултат на темпото со кое се движи глобализацијата и засилената софицистираност на интернационалните бизнис трансакции. Суштината и влијанието на проектот е што мултинационалните компани ќе ги платат даноците таму каде што се извршуваат нивните активности и каде се остварува профитот. Имплементацијата на БЕПС проектот не треба да создаде конфликт помеѓу различни даночни системи, ниту да поттикне зголемување на бројот на случаи на даночни спорови.

Во услови на глобализација, компаниите работат на меѓународно ниво, поради што владите мора да дејствуваат заедно за да се справат со БЕПС проблемот и да ја вратат довербата во домашните и меѓународните даночни системи. Согласно последните истражувања, практиките на БЕПС ги чинат државите 100-240 милијарди американски долари во изгубени приходи на годишно ниво, што е еквивалентно на 4-10% од глобалниот приход од данок на добивка. Во оваа смисла, државите кои што пристапиле кон БЕПС Инклузивната рамка треба да се залагаат за сеопфатно, целосно спроведување на БЕПС утврдените обврски, почнувајќи од имплементирање на минимално утврдените стандарди. Временската рамка за спроведување и имплементација на Инклузивната рамка може да се разликува во зависност од степенот на развој на државата.

Република Северна Македонија се вклучи во БЕПС Инклузивната рамка во август 2018 година. Со потпишување на пакетот за имплементација во 2018, Северна Македонија треба да се стреми да ги имплементира четирите стандарди кои се сметаат за минимум: Акција 5 (Штетни даночни практики: рамка за транспарентност), Акција 6 (Злоупотреба на договорите за одбегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот), Акција 13 (Документација за трансферни цени) и Акција 14 (Механизми за решавање на даночни спорови).

Овој труд има за цел да изврши даночно – правна анализа на целиот БЕПС пакет, неговиот Акционен план, Инклузивната рамка и минималните стандарди, неговата улога и значење за што поуспешно справување со едно од “најгорчливите” проблеми, кои задирајќи на

страната на даночните приходи ја доведува во прашање ефикасноста на националните даночни системи. Дополнително, преку темелна и детална разработка на темата авторката ќе се обиде да даде одговор на прашањето за потребата од постоење на еден ваков инструмент во меѓународното даночно право и степенот на имплементација на БЕПС Инклузивната рамка во македонското даночно законодавство.

1. За потребата од еден мултилатерален инструмент како БЕПС Проектот

Глобализацијата и дигитализацијата на економијата резултираа со суштински промени во даночните системи, отворајќи ги прашањата за „еднакво поле на игра“ и даночната праведност во глобалната даночна политика. Националните економии имаат голема корист од интензивниот процес на глобализација, кој ја зајакнува трговијата и ги зголемува странските директни инвестиции во многу држави. Слободното движење на капиталот и трудот, постепеното отстранување на трговските бариери, развојот на телекомуникациите и технологијата, зголемувањето на значењето на менаџирање на ризиците и развојот и заштита на интелектуалната сопственост имаат значајно влијание на начинот на кои се одвиваат прекуграничните односи.

Глобализацијата влијае и на правилата кои се однесуваат на данокот на добивка речиси во сите државите. Како што економијата стана сè повеќе глобално интегрирана, истото се случува и со корпорациите. Дополнително, се променија специфичните модели на една конкретна држава во меѓународни модели базирани на принципите на интеграција и централизација на неколку функции на регионално или глобално ниво.

Во вакви околности, важечките национални даночни правила покажаа недостатоци кои создаваат можности за агресивни даночни практики по однос на данокот на добивка. Овие развојни процеси особено се влошија во изминатите 10тина година, како резултат на зголемената софистицираност на агресивното даночно планирање насочено кон изнаоѓање и искористување на законските можности со цел намалување на висината на даночното оптоварување на компаниите. Од друга страна, пак, граѓаните се сè повеќе чувствителни по однос на прашањето за праведност во оданочувањето. Така, агресивното даночно планирање со цел ерозија на даночната основа и селење на добивката прерасна во проблем за државите бидејќи мора да се сочат

со помалку даночни приходи, за даночните обврзници – физички лица од причина што кога даночните правила им дозволуваат на компаниите да го намалат нивниот даночен товар преку пренесување на добивките од јурисдикции каде што се одвиваат активностите во поповолни даночни системи, останатите даночни обврзници во резидентната држава носат поголем дел од товарот, па дури и бизнисите се оштетени (мултинационалните компании имаат поголема конкурентска предност на пазарот за разлика од компании кои што работат само на домашно ниво или функционираат како семејни бизниси).

Поаѓајќи од фактот дека ниту едно даночно правило самостојно и изолирано не може да се справи со ваквите штетни деловни практики кои се преземаат исклучиво и единствено за постигнување на даночни цели, се појави потребата и неопходноста од сеопфатен пакет мерки. Во оваа насока, целите на пакетот на мерки кои се усвоија во рамки на БЕПС Проектот се: справување со практиките на избегнување на плаќање на данок кои се преземаат од страна на мултинационалните компании, ограничување на ризикот од ваквите штетни практики, елиминирање на двојното оданочување и спречување на двојното неоданочување, но и зголемување на праведноста, создавање на еднакво поле за деловен натпревар помеѓу сите компании, како и зголемување на значењето на меѓународниот даночен систем и даночни правила.

2. Даночно-правна анализа на БЕПС Акциониот план

БЕПС Акциониот план треба да им обезбеди на државите домашни и меѓународни инструменти кои ќе осигураат усогласување на правото на оданочување на државата со конкретното место каде компаниите ги преземаат своите економски активности. БЕПС планот се состои од акции кои што се потребни за да се реши проблемот кој произлегува од агресивното даночно планирање, поставува рокови за имплементација на акциите и ги идентификува потребните ресурси и методологијата за имплементација на истите.

Акциите кои се имплементирани за да го спречат БЕПС проблемот не можат да успеат без понатамошна транспарентност, сигурност и предвидливост за бизнисите. БЕПС Акциониот план поставува 15 стандарди, акции кои ги адресираат БЕПС проблемите на еден координиран начин. Овие акции ќе резултираат во фундаментални, суштински промени во интернационалните стандарди и се базирани на три принципи: кохерентност, суштина и транспарентност.

КОХЕРЕНТНОСТ	СУШТИНА	ТРАНСПАРЕНТНОСТ
<ul style="list-style-type: none"> • Акција 2 - Неутрализирање на ефектите од аранжмани за хибридна неусогласеност • Акција 3 - Зајакнати правила за контролирани странски компании CFC • Акција 4 - Лимитирање на ерозија на даночната основа преку одбивање на каматата и други финансиски плаќања • Акција 5 - Поефикасно совладување на штетни даночни практики 	<ul style="list-style-type: none"> • Акција 6 - Спречување на злоупотреба на договорите за одбегнување двојно оданочување на доходот и капиталот • Акција 7 - Спречување на одбегнување на статусот на постојана деловна единица • Акција 8,9,10 - Осигурување дека резултатите од трансферните цени се во согласност со создавањето на вредноста 	<ul style="list-style-type: none"> • Акција 11 - Воспоставување на методологија за собирање и анализирање податоци за БЕПС и активности за да се адресира • Акција 12 - Барање даночните обврзници да ги откријат нивните аранжмани за агресивно даночно планирање • Акција 14 - Поголема ефикасност на механизмот за решавање на даночните спорови • Акција 13 - Договор држава од држава

Во продолжение е даден краток приказ и анализа на секоја од Акциите кои го сочинуваат БЕПС Пакетот и нивното значење за ефикасно справување со проблемот на ерозија на даночната основа и селење на добивките.

Акција 1 – Даночни предизвици кои произлегуваат од дигитализацијата - Едно од прашањата кое се најде во центарот на неодамнешната глобална дебата е дали меѓународните правила за данок на добивка продолжуваат да бидат „погодни за употреба“ во современата глобална економија, каде доаѓаат до израз нови нематеријални средства, а физичкото растојание ја губи својата релевантност. Во рамки на оваа Акција, беа разгледувани два аспекти во врска со предизвиците по оданочувањето кои ги носи дигитализацијата, и тоа: (1) како треба да се распредели правото на оданочување на приходите создадени од прекуграничните активности помеѓу државите со оглед дека новонастанатите околности во услови на дигитализација наметнаа потреба да се ревидираат некои основни аспекти на меѓународниот даночен систем, и (2) зголемените можности за избегнувањето на плаќањето данок и селењето на добивките на мултинационалните компании во држави со ниски или без даноци благодарение на дигитализацијата. Имплементацијата на препораките од БЕПС Акција 1 е многу охрабрувачка. Над 50 јурисдикции донесоа правила за оданочување на електронската трговија со данок на додадена вредност, при што 40 држави имаат воведено поедноставени правила за

регистрација и наплата на ДДВ на прекуграничната понуда на услуги.

Акција 2 – Неутрализирање на ефектите од хибридните даночни аранжмани - Акцијата 2 е посветена на развој на модел договорни одредби и препораки по однос на дизајнирање на домашни правила кои ќе ги неутрализираат ефектите и двојното неоданочување од искористување на хибридните инструменти, односно преку искористување на разликите во даночните системи на две држави во врска со конкретен субјект или инструмент за да се постигне, понекогаш и ненамерно, двојно неоданочување или долгорочно одложување на обврската за плаќање данок на добивка.

Акција 3 – Контролирани странски компании - Правилата за контролирани странски компании одговараат на ризикот во ситуација кога даночните обврзници можат да ја намалат даночната основа кај данокот на добивка во нивната резидентна држава преку пренесување на приходите за оданочување во странска компанија која е контролирана од истите даночните обврзници, а е основана или има седиште во држава даночен рај или држава која има поповолен даночен третман. Доколку не постојат ваквите правила, се отвараат многу повеќе можности за префрлање на добивката. Овие препораки не се минимални стандарди, но се дизајнирани на таков начин што ќе им понудат на јурисдикциите што ќе одберат да ги имплементираат да имаат правила за ефикасно спречување на даночните обврзници несоодветно да ги префрлаат приходите за оданочување во странски подружници.

Акција 4 – Ограничување на каматните намалувања - Препораките од оваа Акција имаат за цел да ја ограничат ерозијата на даночната основа преку употреба на правилата за даночен третман на износот на исплатени камати по основ на дадени заеми имајќи ги во предвид штетните практики на мултинационалните компании да постигнат поволни даночни резултати со прилагодување на висината на долгот.

Акција 5 – Штетни даночни практики - Извештајот за Акција 5 е еден од четирите минимални стандарди на БЕПС, кој е предмет на рецензија, со цел да се обезбеди навремено и точно спроведување на договорените правила и на тој начин да се заштити и гарантира еднаквото поле на игра. Сите членови на Инклузивната рамка на БЕПС се обврзуваат да го применат минималниот стандард на Акција 5 и да учествуваат во рецензирањето. Клучно тело во рамки на оваа Акција е Форумот за штетна даночна практика чија надлежност е да спроведува прегледи на повластените даночни режими со цел да утврди дали

режимите можат да бидат штетни по даночната основа на другите јурисдикции.

Акција 6 – Спречување на злоупотреба на договорите за одбегнување двојно оданочување - БЕПС Акцијата 6 се однесува на третманот на т.н *treaty shopping* (што претставува обид на едно лице индиректно да ги искористи придобивките од конкретен билатерален договор склучен помеѓу две даночни јурисдикции, без притоа да биде резидент на една или двете од тие јурисдикции) преку нови договорни одредби, чие усвојување претставува еден од минималните утврдени стандарди за кој членовите на Инклузивната рамка се согласија да ги спроведат. Исто така, вклучува специфични правила и препораки за решавање на други форми на злоупотреба на билатералните договори за спречување на двојно оданочување на доходот и капиталот. Дополнително, Акцијата 6 ги идентификува и мислењата за даночните политики кои треба да се земат во предвид од страна на државите пред тие да се одлучат да склучат договор за одбегнување на двојно оданочување со друга држава.

Акција 7 - Статус на постојана деловна единица - предвидува измена во дефиницијата за концептот на постојана деловна единица дадена во ОЕЦД Модел даночна конвенција за доход и капитал со цел да се адресираат стратегиите кои се користат за да се избегне присуство во една даночна јурисдикција, со што би се постигнало оданочување согласно билатералните договори.

Акција 8-10 – Трансферни цени - Акциите од 8 до 10 се однесуваат на принципот на трансферни цени за да се осигура дека резултатите од трансферните цени се подобро усогласени со создавањето вредност на мултинационалните компании. Во овој поглед, акциите од 8 од 10 ги разјаснуваат и ги зајакнуваат постојните стандарди, давајќи и упатства за примена на принципот за дофат на раката и пристапот за соодветно утврдување на цените на нематеријалните средства во рамките на принципот за дофат на рака.

Акција 11 – Методологија за собирање и анализирање податоци за БЕПС - Извештајот за Акција 11 воспостави методологии за собирање и анализирање на податоци за економските и фискалните ефекти од практиките на избегнување на плаќање на даноци и на влијанието на предложените мерки во рамки на БЕПС Проектот. Акцијата има за цел подобрување на начинот на мерење на даночните загуби, преку користење на 6 индикатори за да се обезбеди проценка на ефектите од БЕПС предложените мерки и подобар мониторинг во

нивната имплементација во националните даночни законодавства.

Акција 12 – Задолжителни правила за откривање/обелоденување на аранжмани за агресивно даночно планирање - Акцијата БЕПС 12 дава препораки за дизајнирање на правила со кои се бара даночните обврзници и даночните советници да ги обелоденат аранжманите за агресивно даночно планирање. Овие препораки бараат рамнотежа помеѓу потребата од рано информирање за шемите на агресивни даночни планирања, со услов објавувањето да е соодветно насочено и да избегнува непотребно оптоварување за даночните обврзници, а земајќи ги во предвид административните и трошоците за усогласеност на даночните администрации и деловните активности, како и искуствата на државите кои веќе спровеле вакви правила.

Акција 13 – Документација за трансферни цени и известување држава по држава - Акцијата 13 е една од четирите минимум стандарди која има за цел развивање на правила во врска со документација за трансферните цени со што ќе се придонесе кон подобрување на транспарентноста за даночните органи преку обезбедување адекватни информации од страна на даночните обврзници. Според акцијата 13, сите големи мултинационални компании имаат обврска да подготват извештај “држава по држава” со збирни податоци за глобалната распределба на приходот, добивката, платените даноци и економската активност меѓу даночните јурисдикции во кои работат.

Акција 14 – Механизми за решавање на даночни спорови – Постапка на заемно договарање - Акцијата 14, како еден од четирите минимални стандарди, има за цел да ја зголеми ефикасноста и да влијае кон навремено решавање на споровите на двојно оданочување преку воспоставување на правила и практики кои ќе им бидат од помош на надлежните органи во постапката за заемно договарање за даночни работи.

Акција 15 -Мултилатерален инструмент - Мултилатералниот инструмент им овозможува на владите да ги имплементираат договорените минимални стандарди (Акција 2, 6, 7 и 14) за да се спротивстават на злоупотребата на договорите за спречување на двојно оданочување на доходот и капиталот и да ги подобрат механизмите за решавање на даночните спорови. Дополнително, Мултилатералната конвенција за спроведување на мерките поврзани со договорите за спречување на ерозија на даночна основа и селење на добивките им овозможува на владите да ги изменат постојните билатерални договори за спречување на двојно оданочување на синхронизиран и ефикасен

начин и да ги дополнат истите со мерките изработени согласно БЕПС Проектот, без притоа да има потреба од дополнителни ресурси за повторно преговарање околу веќе склучените билатерални договори.

БЕПС Инклузивната рамка активно го следи спроведувањето на сите активности на БЕПС Акциониот план и известува за напредокот на годишно ниво. Минималните стандарди беа договорени особено заради справување и избегнување на случаи каде преземањето на конкретна акција од страна на некои држави би создала негативни прелевања кон други држави со пошироки импликации кон имплементирање и реализирање на договорените БЕПС мерки, препораки и стандарди.

3. Имплементација на БЕПС Инклузивната рамка во македонското даночно законодавство

Република Северна Македонија се вклучи како 117 држава во БЕПС Инклузивната Рамка во август 2018 и со потпишување на Пакетот за имплементација во 2018 државата треба да се стреми да ги имплементира четирите стандарди кои се сметаат за минимум. Според ОЕЦД, станувањето дел од БЕПС Инклузивната рамка ќе го олесни процесот на имплементација на договорените стандарди кои се сметаат за минимум, како и процесот на рецензирање од страна на останатите членки (peer review) и ќе ѝ даде понатамошна поддршка.

Во јануари 2020 година Македонија ја потпиша и Мултилатералната конвенција за мерки за спречување на ерозија на даночната основа и преместување на профитот во рамки на осмиот состанок на БЕПС. Со потпишување на овој мултилатерален договор ќе се зајакнат постојните договори за избегнување на двојно оданочување, во насока на борбата против даночната евазија и ќе се имплементираат акциите од БЕПС Акциониот план.

Сите стандарди поставени со БЕПС имаат големо влијание врз очекуваните движења на даночната средина во државата и е повеќе од сигурно дека во блиска иднина тоа ќе иницира некои промени во даночната регулатива.

3.1. Што е имплементирано?

По пристапувањето кон БЕПС Инклузивната рамка, согласно обврската за имплементирање на четирите минимум стандарди, во македонското даночно законодавство единствено се инкорпорирани дел од мерките и стандардите кои се предвидени во рамки на Акцијата 13, која има за цел развивање на правила во врска со документација

за трансферните цени со што ќе се придонесе кон подобрување на транспарентноста за даночните органи преку обезбедување адекватни информации од страна на даночните обврзници.

Последната промена во Законот за данокот на добивка вклучува и измени токму во врска со трансферните цени. Имено, почнувајќи од 2019 година, македонските даночни обврзници имаат обврска да подготват и достават документација, извештај за трансферни цени за трансакциите утврдени согласно закон и да го поднесат најдоцна до 28 Февруари/15 Март 2020 заедно со даночниот биланс за претходната фискална година. Имено, согласно член 12 од Законот за данокот на добивка непризнаен расход и помалку искажан приход за даночни цели е позитивната разлика меѓу цената на извршената деловна или финансиска трансакција меѓу поврзани лица (трансферната цена) и пазарната цена и тоа: износот на позитивната разлика помеѓу расходите кои произлегуваат од трансакцијата по трансферната цена и расходите кои произлегуваат од таа трансакција по цена утврдена во согласност со принципот на „дофат на рака“ или износот на позитивната разлика помеѓу приходите кои произлегуваат од трансакцијата по цена утврдена во согласност со принципот на „дофат на рака“ и приходите кои произлегуваат од таа трансакција по трансферната цена.

Принципот „дофат на рака“ подразбира дека деловните и финансиски трансакции помеѓу поврзаните лица се вршат по цени и според услови во кои тие трансакции не се разликуваат од оние помеѓу неповрзани лица во споредливи околности. Принципот „дофат на рака“ се однесува на сите трансакции помеѓу поврзани лица, вклучувајќи ги и оние кои се однесуваат на: материјален и нематеријален имот, деловни и финансиски услуги, внатрегрупациски услуги, надоместоци за авторски права, акции, деривати, други хартии од вредност, други финансиски инструменти и какви било други трансакции што можат да влијаат врз добивката или загубата на поврзаните лица. Обврската за подготвување и доставување на извештај за трансферни цени која содржи податоци за групата на мултинационални претпријатија (Master File) и Податоци на ниво на даночен обврзник (Local File) се однесува на сите оние друштва кои во годината оствариле приход поголем од 60 милиони денари. Како исклучок, даночните обврзници кои оствариле приход во износ од над 60 милиони денари во фискалната година, но нивните трансакции со поврзани друштва не изнесувале повеќе од 10 милиони денари годишно или пак имале трансакции само со поврзани друштва кои се резиденти на нашата земја ќе имаат обврска да изготват

кратка верзија од извештајот за трансферни цени согласно член 12-а од Законот за данокот на добивка

Во оваа насока, Министерството за финансии објави Правилник за формата и содржината на извештајот за трансферни цени, со кој се уредува формата и содржината на Извештајот за трансферни цени, прилозите кои треба да се достават, видовите методи за утврдување на цената на трансакцијата во согласност со принципот на „дофат на рака“ и начинот на нивна примена. Содржината на Local file и Master file ја следат содржината на истите документи како што е пропишана во ОЕЦД насоките и Акцијата 13 од Акциониот План. Со имплементирање на обврската за подготвување и доставување на податоците на ниво на мултинационални претпријатија и податоците на ниво на даночен обврзник Северна Македонија вовеле два од вкупно трите извештаи пропишани со Акцијата 13 на БЕПС Акциониот план и ОЕЦД насоките за трансферни цени, односно недостасува Извештајот држава-по-држава.

Она што е важно да се истакне е дека на ниту едно место нашата држава при имплементирањето и донесувањето на овие законски измени и подзаконски акти не се реферираше на БЕПС Проектот, ниту наведе дека истото го прави согласно Акција 13 од БЕПС Акциониот план, а со цел имплементирање на минималните стандарди од БЕПС Инклузивната рамка. Дополнително во врска со Акција 13, Македонија во 2019 година го доби првиот годишен извештај за рецензија. Во согласност со договорената методологија, овој извештај опфаќа: домашна правна и институционална рамка, рамка за размена на информации, како и соодветна употреба на извештаи за “држава-по-држава”. Во самиот извештај е потврдено дека Република Северна Македонија сè уште нема воспоставено законодавство за спроведување на минималниот стандард на БЕПС Акција 13.

3.2 Што треба да се имплементира *pro futuro*?

Се очекува нашата држава да почне соработка со ОЕЦД која најверојатно би почнала така што најпрво би се разгледала моменталната состојба на државата, проследена со понатамошни упатства за идни промени во полињата поврзани со транспарентноста во поглед на даноците, намалувањето на ризикот од злоупотреба на договорите за одбегнување на двојно оданочување, механизми за решавање спорови и барањата поврзани со документацијата за трансферни цени.

Она што останува да се имплементира во претстојниот период се третиот извештај од Акција 13, Извештајот држава-по-држава,

препораките од Акција 5 – Штетни даночни практики, Акција 6 - Спречување на злоупотреба на договорите за одбегнување двојно оданочување и Акција 14 – Механизми за решавање на даночни спорови – Постапка на заемно договарање. Во однос на Акција 6, спречување на злоупотреба на договорите за одбегнување на двојно оданочување, во тек е процес на рецензија од страна на останатите членки, додека во врска со Акција 5, и тоа за размена на информации во врска со даночни одлуки и за постоење на штетни даночни практики закажан е процесот на рецензија и истиот се очекува. За акција 14, процесот на рецензија е откажан, односно одложен за периодот кој следува. Како што е објаснето погоре, за Акција 13 со извештајот за рецензија е утврдено дека Македонија нема правна и институционална рамка за извештаите држава-по-држава, односно за имплементација на Акција 13 дадени се и конкретни препораки. Практично државата останува да ја спроведе Акција 13 и препораките дадени во Извештајот.

Дополнително, со потпишување на Мултилатералниот инструмент ќе се зајакнат постојните договори за избегнување на двојно оданочување, во насока на борбата против даночната евазија и ќе се имплементираат акциите од БЕПС Акциониот план. Практично сега се очекува ратификација согласно нашето позитивно право и потоа изменување на постоечките договори. Поконкретно, Македонија ќе треба да одреди кои договори ќе сака да ги измени и да ги наведе како „опфатени договори“, бидејќи со потпишување и ратификување на МЛИ не се пристапува кон автоматска измена на сите договори за избегнување на двојно оданочување.

Заклучок.

Акронимот БЕПС ги опфаќа сите стратегии на мултинационалните бизниси за избегнување на обврската за плаќање на данок. Најголем дел од ваквите штетни деловни практики опфаќаат трансакции кои подразбираат префрлување на профитот за оданочување од држава со повисока даночна стапка во држава со пониска даночна стапка или поповолен даночен режим. Како последица на оваа практика, даночната основа во државата со повисока стапка на данок е намалена и оттука и данокот што се плаќа е намален. Во услови на глобализација и надминување на националните граници, БЕПС, несомнено, претставува глобален феномен, а со ова се наметнува потребата акциите од БЕПС Акциониот план да се имплементираат во што

е можно повеќе јурисдикции со цел да се избегнат или барем да се минимизираат негативните ефекти од штетните деловни практики кои мултинационалните корпорации ги преземаат единствено за даночни цели.

Значењето на БЕПС може да се согледа преку бројот на држави кои пристапиле кон Инклузивната рамка и се обврзале да ги имплементираат најмалку минималните стандарди (повеќе од 135 држави), како и бројот на држави кои го потпишале мултилатералниот инструмент на БЕПС, над 90 држави.

Секоја БЕПС Акција се однесува за посебно прашање и дава посебни препораки кои треба да се имплементираат. Имплементацијата на акциониот план е флексибилна задача, како последица на нејзиното усвојување со консензус и различниот степен на развиеност на државите. Дополнително, значајно е да се истакне дека ниту едно даночно правило самостојно и изолирано не може да се справи со БЕПС проблемите и поради тоа се наметна потребата и неопходноста од сеопфатен пакет мерки како што е БЕПС Акциониот план.

Покрај тоа и ОЕЦД увиде, дека во процесот на имплементација на БЕПС треба да постои можност за вклучување на сите држави независно од нивниот степен на развиеност, па следствено се создаде БЕПС Инклузивната рамка. Со создавањето на БЕПС Инклузивната рамка се воспостави и систем на инклузивна имплементација, а се со цел исполнување на целите на БЕПС, затоа што акција од само една или неколку држави нема да вроди со плод. Инклузивната рамка првенствено се занимава со следење и преглед на имплементацијата на минималните стандарди договорени во рамки на БЕПС проектот, но и со мерки поврзани со БЕПС проблеми, што го зголемува нејзиното значење.

Целта на БЕПС пакетот е да се справи со даночните проблеми на селење на добивките и ерозија на даночните основи на координиран начин, а не единствено да ги поттисне практиките на БЕПС, а сето тоа преку имплементација на БЕПС акциите од Акциониот план, потенцирајќи ги утврдените минимални стандарди.

Со оглед на огромното значење на БЕПС Инклузивната рамка, особено кога ќе се нагласи фактот дека искористувајќи ги разликите и неусогласеностите на даночните правила на глобално ниво државите се соочуваат со загуби на потенцијални даночни приходи од околу 240 милијарди долари на годишно ниво, Европската унија најпосветено работи на имплементација на БЕПС акциите, повеќето опфатени со

Директивите за спречување на даночно бегство, а останатите и со други обврзувачки директиви, како и необврзувачки инструменти. Поточно, пакетот против даночно избегнување ги надополнува постојните одредби на Унијата со цел да ги спроведе 15-те акции на БЕПС Акциониот план. Целта е да се создаде минимално ниво на заштита од избегнување на данокот на добивка на целата територија на ЕУ, истовремено обезбедувајќи поправично и постабилно опкружување за деловните активности на компаниите. Несомнено, активностите на ЕУ во насока на спречувањето на избегнување на плаќање на данок се на иста линија со БЕПС пакетот и согласно БЕПС акциите, во насока кон целосно имплементирање на БЕПС акциите и континуирана работа по однос на овој проблем, а за негово поефикасно решавање.

На Република Северна Македонија ѝ претстои значителна работа во насока на имплементирање на минималните стандарди, како и обврските кои произлегуваат од потпишувањето на Мултилатералната конвенција. Секако, сериозен предизвик остануваат ограничените капацитети, човечки, технички и финансиски, со кои располага нашата држава за што поуспешно усогласување на македонското даночно законодавство со сите БЕПС Акции, но стојат на располагање помошта и поддршката на ОЕЦД и во секој случај треба да се вложат максимални напори, преку промени во даночната регулатива да се елиминираат можностите за ерозија на даночната основа и селење на добивката кон држави кои имаат поповолен даночен режим од македонскиот. Ова е единствениот начин да се потврдат декларативните заложби на македонските власти да се биде рамноправен партнер во глобалната напори за ефикасна борба против избегнувањето на плаќање на данок во државата каде се презема економската активност преку која компанијата генерира добивка за оданочување.

Сите држави членки на БЕПС Инклузивната рамка, вклучително и Република Северна Македонија, треба во голема мера да целат кон имплементација на акциите и мерките предвидени со БЕПС, бидејќи проблемите кои произлегуваат од БЕПС ја погодуваат секоја државаа, со оглед на фактот да сите мултинационални корпорации се служат со агресивното даночно планирање. Заклучно, имплементирањето на БЕПС акциите е подеднакво, ако не и повеќе важно од самото пристапување кон БЕПС Инклузивната рамка, а со цел справување со активностите на даночно бегство, ограничување на ризикот од истите, елиминирање на двојното оданочување и спречување на двојното неоданочување, како и зголемување на даночната праведност во глобалната даночна

политика, создавање на еднакво поле за деловен натпревар помеѓу сите компании, како и зголемување на значењето на меѓународниот даночен систем и правила.

Elena Neshovska Kjoseva
Assistant Professor,
Department of Financial Law, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
University “SS Cyril and Methodius” Skopje

THE FUTURE OF THE INTERNATIONAL AND MACEDONIAN TAX LAW: FACING THE CHALLENGES AFTER IMPLEMENTATION OF THE OECD BEPS INCLUSIVE FRAMEWORK

Abstract: *BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) is a symbol of the international community’s efforts to establish measures and instruments in order to effectively address the problems of tax evasion and tax avoidance. Main trigger of these commitments are the actions of taxpayers - legal entities that are somewhere in the middle of what is considered as legally correct and what is a law violation. Namely, due to globalization and digitalization, differences in tax systems and territorial limitation of national tax sovereignty, taxpayers, mainly powerful multinational corporations, take a series of actions aimed at maximizing profits, on the one hand, and minimizing taxes, on the other hand. As a result, for almost a decade, countries have been facing disrupted market fair play rules, unreasonable competitive advantage of certain companies, distortion of tax systems and, perhaps most importantly, significant tax revenue losses.*

After two years of negotiations, agreements, political turmoil and compromises, in 2015 the OECD and the G20 announced the BEPS Inclusive Framework, which is a 15-action package designed to tackle tax avoidance, improve the coherence of international tax rules and ensure a more transparent tax environment. Currently, more than 135 tax jurisdictions are collaborating, by implementing the proposed measures and minimum standards in their national tax legislation, to at least reduce to the lowest possible level all the strategies that represent aggressive tax planning, base erosion, profit shifting to countries with more favorable tax systems, tax treaty abuse, and exploiting gaps and mismatches in tax rules to avoid paying taxes in the country where the economic activity is performed and where the profit is generated.

In August 2018, Republic of North Macedonia became the 117th member

state of the BEPS Inclusive Framework, so in the near future we have to do an ambitious work toward the incorporation of BEPS minimum standards in the Macedonian tax legislation.

Key words: *harmful tax practices, profit tax, BEPS Inclusive Framework.*

ИСПИТУВАЊЕ НА НАСЛЕДСТВОТО ПРЕД НОТАРОТ

347.961:347.65/.68(497.7)
Review paper

Во Република Македонија нотаријатот за прв пат е воведен со Законот за вршење на нотарски работи.¹ Во 2007 година е донесен новиот Закон за нотаријатот,² а во 2016 година е донесен третиот по ред Закон за нотаријатот.³

Нотаријат како јавна служба е самостојна, независна служба во која се вршат работи од видот на јавни овластувања, врз основа на закон. Нотарската служба се врши со примена на начелата за гарантирање на законитото вршење на работите, одговорност за причинетата штета во вршењето на нотарската служба, неспорност на правниот однос, надзор над законитоста во вршењето на нотарската служба, угледно и достоинствено вршење на нотарската служба и надоместок за извршената работа. Овластувањата на нотарот во постапката за

¹ Закон за вршење на нотарски работи е објавен во „Службен весник на Република Македонија“, бр. 59/96, 25/98, 6/2002 и 66/2006. Во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗВНР. Овој закон престана да важи со донесувањето на Законот за нотаријатот во 2007 година.

² Законот за нотаријатот е објавен во „Службен весник на Република Македонија“, бр. 55/2007, 86/2008, 139/2009 и 139/2009. Во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗН од 2007. Овој закон престана да важи со отпочнување на примената на Законот за нотаријатот од 2016 година.

³ Во 2016 година е донесен новиот Закон за нотаријатот, објавен во „Службен весник на Република Македонија“, бр. 72/2016 и 142/2016. Во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗН.

* Доцент на Правниот факултет, Државен универзитет во Тетово.

расправање на оставината се уредија со ЗВП од 2008 година, целта на ваквото решение е да се растоварат судовите и да се забрза постапката,⁴ додека пак во Законот за Парнична постапка е уредено прашањето на доставување преку нотар⁵

Во Законот за вонпарнична постапка е уредена постапката за расправање оставина во глава VII под наслов „Расправање оставина“ (членовите 120 до 191 од ЗВП). Постапката за расправање оставина е строго официјална постапка (*ex officio*), е судска вонпарнична постапка и е во стварна надлежност на основните судови, без оглед на тоа дали наследниците го сакаат тоа или не. Целта на поведувањето на постапката за расправање оставина по службена должност е да не се повреди принципот на правна сигурност и да се почитува волјата на оставителот во случаите кога оставителот оставил тестамент. Не се ретки случаите кога оставината се расправа низа години по смртта на оставителот поради што се случува на име на оставителот да пристигнуваат разни тековни обврски и давачки. Оваа постапка ме може да се поведе со предлог, поради фактот што предлагачот може да го повлече предлогот и тогаш судот, односно нотарот треба да донесе решение со која ќе ја запре постапката.

За смртта на лицето судот дознава, по правило, кога ќе добие смртовница од матичарот кој врши упис на смртта на матичната книга на умрените⁶. Во ЗВП содржани се одредби со кои се предвидени овластувањата на нотарот како судски повереник во по постапката за расправање на оставината. Одредби со кои се овластува нотарот како повереник на судот во постапката за расправање на оставината се предвидени во членовите од 126 до 130 од ЗВП.

Така, во член 126 став (1) од ЗВП е предвидено дека за расправање оставина на државјанин на Република Македонија во однос на неговиот имот кој се наоѓа во Република Македонија исклучително е надлежен суд на Република Македонија, односно **нотар како повереник на судот**. Во ставот (2) од член 126 од ЗВП е предвидено дека судот ќе му

4 За нотарот како повереник на судот, види: А. Јаневски, Т. Зороска Камилоска, Граѓанско процесно право, книга втора, Вонпарнично право, Скопје, 2010, стр. 116-121.

5 Законот за парничната постапка е објавен во „Службен весник на Република Македонија“, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010, 124/2015. Во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗПП

6 “Кога некое лице ќе умре или е прогласено за умрено, по извршениот упис на смртта во матичната книга на умрените, матичарот е должен во рок од 30 дена од денот на смртта, да му достави смртовница на оставинскиот суд”(член 142 ЗВП)

го довери на нотарот спроведувањето на оставинската постапка и ќе му го достави оставинскиот предмет со сите списи, во рок од осум дена од денот кога предметот ќе биде заведен. Во ставот (3) од член 126 од ЗВП е уредено прашањето за преземањето на дејствија во постапката. **Кога нотарот спроведува дејствија⁷ во оставинската постапка како повереник на судот, овластен е да ги презема сите дејствија во постапката и да ги донесе сите одлуки, освен оние за кои со овој закон поинаку е пропишано.**⁸

Со одредбите кои се содржани во членовите 127 и 128 од ЗВП се уредени прашањата за правните лекови против решението на нотарот кој постапува како повереник на судот, одлуките кои ги донесува судот по приговорот, прашањето за ставањето клаузула за правосилност и исправките на грешките во имињата и броевите, како и други очигледни грешки направени во пишувањето и сметањето.

Во членот 131 од ЗВП во глава VIII содржани се дејствија од страна на претседателот на основниот судот за доверување на предметот заедно со сите списи, во рок од осум дена кога предметот ќе биде заведен. Постапувањето по оставинските предмети судот ќе им го довери на нотарите според службените подрачја на нотарите утврдени со Законот за нотаријат. Но, кога на подрачјето на судот има повеќе нотари, предметит ќе им се доделуваат памномерно според азбучен редослед на презимињата на нотарите (чл. 135 ЗВП).

Од моментот на воведување на нотаријатот во Република Македонија во 1996 година, како една од функциите е комесаријална функција⁹ која се однесува на содржината на нотарската дејност, која

⁷ Терминот „спроведува дејствија“ не е соодветен, па сметам дека би требало при измени и дополнувања на ЗВП да се замени со терминот „преземање дејствија“.

⁸ Д-р Арсен Јаневски Стручни теми “Прекин на постапката за расправање на оставина” НОТАРИУС бр.34

⁹ “комесаријална функција”- содржината на нотарската дејност произлегуваат од одредбите на ЗН и другите закони со кои е уреден делокругот на работата и службените дејствија кои ги преземаат нотарите. Тие функции се: 1) Нормативносертификациска функција која се состои во составување нотарски исправи за правни работи (нотарски акти); 2) Записничкосертификациска функција која се состои во составување нотарски записници за факти врз основа на кои се засноваат права; 3) Легализациско-сертификациска функција која се состои во службена заверка и потврдување исправи; 4) Депозитна функција која се состои во примање на чување исправи, пари и хартии од вредност заради нивно предавање на други лица или на надлежни органи; 5) Конзилијарномониторна функција која се состои во тоа што нотарот, како повереник на странките, ги советува странките или се грижи за лицата кои учествуваат во составувањето на нотарските исправи; и 6) Комесаријална функција која се состои

се состои во спроведување постапка или вршење доверени службени работи кои може судот или друг орган да му ги довери на нотар кога е тоа уредено со посебен закон, за прв пат постапката за расправање оставина е доверена на нотарите со донесување на Законот во Вонпарнична постапка од 2008 година. Додека пак, со Законот за Парнична постапка се уредени прашањата за доставување преку нотар.¹⁰

Нотарите, како судски повереници, преземаат дејствија и донесуваат одлуки во оставинска постапка, нотарите се должни да ги земаат сите дејствија и да ги донесуваат сите одлуки, освен оние за кои со ЗВП е поинаку пропишана. Судот од некои причини како: неможност за постапување на нотарот поради болест или други причини, поради очигледно занемарување на службените дејствија, како и поради други причини според оценка на судот, да му го одземе на нотарот натамошното спроведување на оставинската постапка и постапката сам да ја спроведе или да му ја довери на друг нотар (чл.132, ст.2 ЗВП).¹¹

Учесниците, ако ги има повеќе или учесникот во постапката која се води пред нотарот, можат да бидат застапувани според одредбите за застапување во парнична постапка иако ваквата одредба е непотребна и претставува оптоварување на законскиот текст од причини што и без нејзино постоење, во недостиг на одредби во ЗВП сообразно се применуваат одредбите од ЗПП, а покрај тоа во ЗВП има општа одредба за застапување (чл.3 ст.4 ЗВП).

При спроведување на оставинска постапка нотарот, има само едно право, а тоа е да донесува одлука во форма на решение. Против решението на нотарот, дозволен е приговор во рок од осум дена од денот на доставувањето на решението на учесниците. Приговорот се доставува до нотарот, кој потоа, е должен без одлагање, но најдоцна во рок од три дена, заедно со сите списи на предметот да го достави до надлежниот основен суд за понатамошно дејствување по оставинскиот предмет. По приговорот во основниот суд одлучува судија-поединец (чл.127 ЗВП).

Ако приговорот е ненавремен, нецелосен или недозволен судот во вршење доверени службени работи или спроведување постапка на барање суд или државен орган кога тоа е предвидено со закон, а нотарот тоа го врши како повереник на судот.

10 Законот за парничната постапка е објавен во „Службен весник на Република Македонија“, бр. 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010, 124/2015. Во натамошниот текст ќе биде употребуван скратено ЗПП.

11 А. Јаневски, Т. Зороска Камилоска, Граѓанско процесно право, книга втора, Вонпарнично право, Скопје, 2010, стр. 116

ќе го отфрли. Од друга страна, ако приговорот против решението на нотарот е навремен, целосен и дозволен, тогаш судот може во целост или делумно да го потврди или да го укине решението на нотарот. Во овој дел е интересен фактот, дека, ако пешението на нотарот делумно го укинува или делумно го потврдува решението на нотарот, тогаш самиот судот е должен самиот да одлучи за укинатиот дел од решението. Исто така, против решението на судот со кое решението на нотарот во целост или делумно е укинато, дозволена е жалба во рок од осум дена од доставувањето на првостепеното решение на учесниците во постапката и на нотарот.

Во оваа фаза доаѓа во израз и клаузулата за правосилност, во кое, ако судот одлучувајќи по приговорот на решението кое го донел нотарот го отврли приговорот, тогаш клаузулата за правосилност ја става основниот судот кој одлучил за приговорот. Но, ако против решението на нотарот не е изјавен приговор, решението тогаш станува правосилна, и клаузулата за правосилност ја става нотар кој го донел решението.

Решението за расправање оставина кое го донесува нотарот како повереник на судот, има одредени грешки во имињата и броевите, како и други очигледни грешки во пишувањето или во сметањето, тогаш нотарот кој го донел решението е должен тие грешки да ги исправи. Сторените технички грешки во решението треба да се вршат од страна на судот односно нотарот во посебно решение, а на учесниците им се доставува посебно решение (чл. 128 ЗВП).

Ако во текот на постапката за расправање оставина пред нотар се постави прашањето за прогласување писмен тестамент кој е исчезнат или уништен, независно од волјата на оставителот, без оглед на тоа што помеѓу учесниците во постапката, односно заинтересираните лица нема спор за постоењето на тестаментот, за формата во која тој е составен и за неговата содржина, како и за начинот како исчезнал или бил уништен, нотарот е должен да му ги врати списите на судот за натамошно постапување. Прогласувањето исчезнат или уништен тестамент го врши оставинскиот суд (чл. 160 ст.1 и ст.4 ЗВП).¹²

Во чл. 160 ст.2 од ЗВП “Ако оставината, во која нема тестамент, би станала сопственост на Република Македонија, спогодбата на заинтересираните лица за поранешното постоење на тестаментот, за неговата форма и содржина важи само во согласност со надлежниот

12 А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, Граѓанско процесно право, книга втора, Вонпарнично право, Скопје, 2010, стр. 117

орган за заштита на имотните права и интереси”. Во вториот случај, нотарот не е должен списите на предметот да ги достави на надлежниот оставински суд поради фактот дека нотарот на некаков начин и ги штити интересите на Република Македонија и тој имот со решението од страна на нотарот ќе стане сопственост на државата.

Трет или последен случај на истиот член е “Ако меѓу заинтересираните има лица кои не се способни да се грижат за своите работи, тогаш претходната спогодбата ќе важи само со согласност на Центарот за социјална работа”. Земајќи ја предвидикцијата од чл.134 од ЗВП во која нотарот има обврска да му ги врати на судот списите од предметот за понатамошно постапување, спогодбата од страна на центарот за социјална работа ќе важи, тогаш порационално е постапката да продолжи пред нотарот кој ја води оставинската постапка отколку да му се вратат списите на оставинскиот суд, тогаш судот откако ќе го добие согласноста од Центарот за Социјална Работа, да ја продолжи постапката.

Нотарот според чл.134 од ЗВП има обврска да му ги врати на судот списите на натамошно постапување до оставинскиот суд. Додека пак, според член 138 од Законот за наследување ¹³доверителите на оставителот можат во рок од три месеци од отворањето на наследството оставината да се оддели од имотот на наследникот, во која нотарот може да донесе одлука само со согласност со сите учесници, па макар и еден од учесниците да се противи, нотарот е должен списите да му ги врати на судот. Кога се поднесува вакво барање, тогаш се оделува целата оставина, од имотот на сите наследници, а не само на одделни делови од оставината, односно не само имотот на одделни наследници. За да се поведе одделување на оставината, судот ќе нареди попис и процена на оставината според одредбите од чл.140-145 од ЗВП.¹⁴

На ист начин ќе постапи нотарот кога станува збор за делба на наследството. Делба на наследството е уредено во ЗН (чл.139 од ЗН). Според овој член, делба на наследството може да бара секој наследник без оглед на тоа дали се законски, тестаментален или нужен наследник,

¹³ Закон за наследување во Република Македонија (“Службен весник на Република Македонија” бр.47 од 12.09.1996 година) е издаден на база на истите начела на кои се засноваше и претходниот Закон за наследувањето од 1973 година (“Службен весник на СРМ” бр.35/73, 27/78), односно Законот за наследување од 1955 година (“Службен лист на ФНРЈ” бр.20/55,12/65 чиј пречистен текст беше објавен во 1965 година (“Службен лист на СФРЈ” бр.42/65)

¹⁴ Д-р Кирил Чавдар “Коментар на Законот за наследување” со образци за практична примена, Агенција “Академик”-Скопје, 1996 година, стр. 292-293

и тоа во секое време. Ова право не може да застари. Делбата на наследството можат да ја извршат наследници спогодбено вонсудски, или во постапка пред судот, односно пред нотар во вонпарнична постапка(чл.213 од ЗВП) за делба на заеднички предмет или имот. Ако нема спор за начинот и условите за делба, делбата се врши кај нотар во форма на нотарски акт.

Нотарот не може да ја одбие доверената работа, освен ако има исклучително оправдани причини, во кои нотарот е должен да ги наведе причините за тоа, но тали тие причини се оправдани, одлучува судот што му ја доверил работата. Додека пак, ако судијата е неподобен за конкретниот случај да биде судија, кога тој мора по сила на законот самиот да се из земе, или во случај на ненајдена болест која може извесен временски период да потрае и сл.

Надзор над работата на нотарот кога тој постапува како повереник на судот го врши судот кој му ја доверил работата. Ако нотарот ја одбие доверената работа или ако судот му ја од земе доверената работа, судот ќе му нареди на нотарот да ги предаде списите. Ако нотарот одбие да ги предаде списите, судот може со глоба¹⁵ да го казни нотарот на кој му е доверена работата.

Исто така, ЗВП предвидува дека на нотарот како повереник на судот во спроведувањето на оставинска постапка му припаѓа награда и му се признаваат трошоците кои ги имал при спроведување на постапката за расправање на оставина. Наградата се определува така што една награда се однесува на сите превземени дејствија во една оставинска постапка. Таа висина на наградата се определува според Правилникот за нотарска тарифа, а во неа се определува и посебна награда на нотарот за попис на оставината. Но едно е интересно во оваа постапка дека за да не се поскапат услугите на граѓаните, во неа не се плаќа нотарска такса.

Во постапката за расправање оставина судот ги утврдува наследниците на починатиот, имотот кој ја сочинува неговата оставина и правата од оставината што им припаѓаат на наследниците, на легатарите и на други лица. Постапката ја поведува судот по службена должност (ex officio), веднаш штом ќе дознае за смртта на лицето или дека лице то е прогласено за умрено, без оглед на тоа дали наследниците го сакаат тоа или не. Поведувањето на постапката по службена должност има за цел да не се повреди принципот на правна сигурност и да се почитува волјата на оставителот во случаите кога оставителот оставил тес-

15 Закон за извршување (“Службен весник на Република Македонија”, бр.72 /2016

тамент. Неповедувањето на постапката по службена должност има за цел отежнување или изигрување на правата на доверителите.

Поведувањето на постапката за расправање оставина не е исто што и спроведување расправа. За поведената постапка дали ќе се спроведе расправа ќе зависи од тоа дали во оставината има недвижности или не. Ако во оставината има недвижности, тогаш судот, односно нотарот на кого ќе му биде доверен предметот ќе мора да спроведе расправа, без оглед на тоа дали учесниците во постапката го сакаат тоа или не. Судот, односно нотарот ќе одлучи да не се води постапка за расправање оставина кога оставителот (*de cuius*) не оставил имот и кога починатиот оставил само подвижен имот, а ниту едно од лицата повикани на наследство не бара да се спроведе расправа (член 165, ст. (1) и (2) од ЗВП).¹⁶

Како претходни дејствија во постапката за расправање оставина кои се определени со закон. Некои од овие дејствија се такви што без нивно преземање не може да се спроведе постапка за расправање оставина, во кои некои од тие дејствија се јавуваат како иницијален акт за започнување на самата постапка. Овие дејствија можат да бидат превземени од орган на управата и од оставинскиот суд.

Дејствијата што и претходат на постапката за расправање на оставината се:

1. Составување смртовница
2. Попис и процена на оставината
3. Определување привремени мерки за обезбедување на оставината
4. Постапување привремен старател на оставината
5. Прогласување тестамент.

Ако од смртовница произлегува дека оставителот не оставил оставина тогаш судот ќе донесе решение за неотварање на оставинска постапка.¹⁷ Според членот 157.1 од ЗВП од Република Косово, судот ќе постапи и кога оставителот ќе остави само подвижни предмети и никој

¹⁶ Поведената постапка не мора да заврши со расправање на оставината. Таа може да заврши со донесување на решение со кое се запира постапката. Кога оставината е составена од подвижен имот, а никој од наследниците не бара да се спроведе расправа, лицата повикани на наследство ги остваруваат правата што им припаѓаат коко наследници непосредно, бидејќи оставината преминува на наследниците во моментот на смртта на оставителот. Така и А. Јаневски, Т. Зороска Камилевска, цит. дело, стр. 115, 116 и 131.

¹⁷ Др. сц. Хамди Подворица, “Наследно право” (второ излагане со измени и

од наследниците не бараат да се отвара расправа за оставина.¹⁸ Додека пак, ако кога се исполнети условите за одржување рочиште за расправање на оставината (кога во оставината има недвижности или кога во оставината има само подвижен имот, а некој од лицата повикани на наследство тоа го бара, одржувањето на рочиштето е задолжително), судот, односно нотарот закажува рочиште за расправање на оставината. На рочиштето за расправање на оставината судот, односно нотарот расправа за сите прашања кои се однесуваат на оставината, а особено за правото на наследство, за големината на наследниот дел на секој наследник и за правото на легат. За овие прашања судот, односно нотарот одлучува откако, по правило, ќе земе изјава од заинтересираните лица. Рочиштето за расправање на оставината се одржува и тогаш кога некој од уредно поканетите учесници не е присутен. За правата на лицата кои биле уредно поканети, а не дошле на рочиште, судот, односно нотарот ќе расправа врз основа на податоците со кои располага, притоа земајќи ги предвид нивните писмени изјави што ќе стигнат до донесување на одлуката.

Постапката за расправање на оставината по правило е неспорна и итна постапка. Меѓутоа, во текот на оставинската постапка при расправањето на оставината, меѓу учесниците во постапката може да настане спор за одредени факти од кои зависи некое нивно право. Спор може да настане и за примена на право, како и за правото на легат или некое друго право од оставината. Во зависност од тоа на што се однесува спорот, оставинскиот суд, односно нотарот различно ќе постапи.

Според чл.171 ЗВП судот односно нотарот расправа за сите прашања кои се однесуваат на оставината, а особено за правото на наследство, за големината на наследниот дел на секој наследник и легат. Станува збор за наследничка изјава за прифаќање на наследство или за откажување од наследството.

Попис и процена на оставината, по правило, се врши со одлука од оставинскиот суд или нотар, кога не се знае за наследниците или за нивното престојувалиште, кога наследниците се лица кои поради малолетство, душевна болест или други околности се неспособни, или се неспособни целосно сами да се грижат за своите работи, кога оставината треба да се предаде на Република Македонија, како и во други оправдани случаи. Попис и процена на оставината може да се врши и без одлука од оставинскиот суд при составување на смртовница

дополнувања) Приштина, 2010, стр. 165

18 Дополнителен Закон за наследување (“Службен верник на КСАК”) бр.42/86

ако некој од наследниците или легатарите тоа го бараат (чл.147 ЗВП). Пописот и процената на оставината, се врши на почетокот или во текот на постапката за расправање на оставината. Во моментот на вршење попис и проценка на оставината се составува записник од службено лице, кој го составил пописот и процената на оставината. Пописот може да се подготвува како посебен или во склоп на другите дејствија на осигурување на оставината.¹⁹

Пописот опфаќа целиот имот на умрениот кој го имал во посед во моментот на неговата смрт, имотот што му припаѓал на умрениот а се наоѓа кај друго лице, при што се назначува кој имот кај кого се наоѓа, по кој основ, како и имотот што во моментот на смртта на умрениот и за кој се тврди дека е негова сопственост. Во пописот се забележуваат побарувањата и долговите на умрениот (актива и пасива) и за неплатените даноци и за други давачки.

Ако во оставината има предмети за чие движење, чување или пријавување постојат посебни прописи, по извршениот попис со нив ќе се постапи според тие прописи. Во ЗВП како посебни прописи се: заштита на спомениците на културата и на природните реткости: архивската граѓа; музејски предмети и реткиот библиотечен материјал, благородните метали, како и прописите што се однесуваат на чувањето и држењето оружје, муниција, дроги и други слични предмети.

Привремени мерки за обезбедување на оставината претставува претходно дејствие во оставинска постапка во случаите кога за малолетните лица не се грижат нивните родители, како и кога другите лица не се во можност сами да се грижат за заштита на своите права и интереси доаѓа до полн израз одредбата што се однесуваат на определување привремени мерки за обезбедување на оставината. Привремените мерки за обезбедување на оставината, ги определува органот на управата, кој е должен да го извести судот на чие подрачје се наоѓа оставината.²⁰ Оставинскиот суд може да нареди мерки за обезбедување на оставината во текот на целата постапка за расправање на оставината. Судот ќе донесе решение за оваа мерка.

Кога со решение се определени привремени мерки за обезбедување на оставината, а поради одлагање постои опасност извршувањето на тие мерки да се осуети, судот може да одлучи жалбата против решението

19 Crnić J., Dika M., Hrvatrin B., Jeličić O., Josipović T., Matko Ruzdiak, J., Koharić Z., "Novo Nasljedno pravno uređenje", Narodne Novine, d. Zagreb 2003, стр.199

20 Crnić J., Dika M., Hrvatrin B., Jeličić O., Josipović T., Matko Ruzdiak, J., Koharić Z., "Novo Nasljedno pravno uređenje", Narodne Novine, d. Zagreb 2003, стр.200

со кое е определена ваква мерка да не го задржува извршувањето на тоа решение (чл. 123 ЗВП). Готовите пари хартиите од вредност, скапоценостите, штедните книшки и важните исправи, веднаш се предаваат на чување на судот на чие подрачје се наоѓа тој имот (чл.153 ст.2 ЗВП).

Поведувањето на постапката за расправање оставина не е исто што и спроведување расправа. За поведената постапка дали ќе се спроведе расправа ќе зависи од тоа дали во оставината има недвижности или не. Ако во оставината има недвижности, тогаш судот, односно нота рот на кого ќе му биде доверен предметот ќе мора да спроведе распра ва, без оглед на тоа дали учесниците во постапката го сакаат тоа или не. Судот, односно нотарот ќе одлучи да не се води постапка за распра вање оставина кога оставителот не оставил имот и кога починатиот оставил само подвижен имот, а ниту едно од лицата повикани на на следство не бара да се спроведе расправа (член 165, ст. (1) и (2) од ЗВП).²¹

Рочиште за расправање на оставина претставува основен и централен дел на постапката за наследување. Судот ги повикува лицата кои имаат право на наследување со јавен оглас објавен во рок од 6 месеци од денот на објавувањето во Службен весник.²² Судот исто така ќе ги повика и лицата да му достават писмен тестамент, односно исправа за устен тестамент, ако се наоѓа кај нив или да ги посочат сведоците на усниот тестамент (чл. 167 ЗВП).

Постапката за расправање на оставината по правило е неспорна постапка. Меѓутоа, во текот на оставинската постапка при расправањето на оставината, меѓу учесниците во постапката може да настане спор за одредени факти од кои зависи некое нивно право. Спор може да настане и за примена на право, како и за правото на легат или некое друго право од оставината. Во зависност од тоа на што се однесува спорот, оставинскиот суд, односно нотарот различно ќе постапи.

Ако е во прашање спор за одредени факти од кои зависи некое нивно право, судот ќе го прекине расправањето на оставината и учесници

21 Поведената постапка не мора да заврши со расправање на оставината. Таа може да заврши со донесување на решение со кое се запира постапката. Кога оставината е составена од подвижен имот, а никој од наследниците не бара да се спроведе расправа, лицата повикани на наследство ги остваруваат правата што им припаѓаат коко наследници непосредно, бидејќи оставината преминува на наследниците во моментот на смртта на оставителот. Така и А. Јаневски, Т. Зороска Камилловска, цит. дело, стр. 115, 116 и 131.

22 Др .сц. Хамди Подворица , “Наследно право” (второ излагане со измени и дополнувања) Приштина, 2010, стр. 168

те ќе ги упати да поведат парнична, односно управна постапка (член 173, ст. (1) од ЗВП). Ако меѓу учесниците настане спор за примена на право, правните прашања ќе ги расправи оставинскиот суд (член 173, ст. (3) од ЗВП). Ако меѓу учесниците настане спор за правото на легат или за друго право на оставината, судот ќе ги упати да поведат парнична, односно управна постапка, но нема да го прекине расправањето на оставината (член 174 од ЗВП). Дали учесникот ќе биде упатен да поведе парнична или управна постапка, ќе зависи од тоа од каква природа е спорното прашање, дали е во прашање спор за кој одлучува суд во парнична постапка, или е во прашање спор од управноправна природа.

Спор за факти постои кога учесниците изнесуваат контрадикторни тврдења за постоењето или непостоењето одреден факт кој влијае на правото на едниот или на другиот учесник, така што еден учесник тврди дека еден факт постои, а другиот го оспорува неговото постоење. Така, на пример, еден учесник тврди дека оставителот оставил тестамент, а другиот тврди дека не оставил, или еден учесник тврди дека тестаментот е уништен, а другиот дека тестамент не постоел. Бидејќи во прашање се факти за кои според законот е надлежен да одлучува парничен суд, оставинскиот суд не е надлежен да одлучува за барањата за утврдување на тие факти.²³

Ако спорните факти се од значење за решавање на наследноправните прашања, тогаш оставинскиот суд е должен да донесе решение со кое ја прекинува постапката за расправање на оставината и да ги упати учесниците да поведат парнична постапка да го решат спорниот факт, односно спорното прашање. Во суштина станува збор за претходно (прејудициелно) прашање.

Бидејќи според одредбите на ЗВП нотарот, преземајќи дејствија во постапката за расправање оставина како повереник на судот, е овластен да ги презема сите дејствија во постапката и да ги донесе сите одлуки (освен во случаите од членовите 160, 161 и 162 предвидени во ЗВП во членот 134, кога нотарот е должен да му ги врати списите на судот на натамошно постапување), а имајќи предвид дека тој постапува по истите правила по кои постапува и судот, неспорен е заклучокот дека нотарот е овластен да донесе решение за прекин на постапката за расправање на оставината и да ги упати учесниците да поведат парнична или управна постапка за настанатиот спор за факти од кои зависи не

23 Д-р Арсен Јаневски Стручни теми “Прекин на постапката за расправање на оставина” НОТАРИУС бр.34

кое нивно право.²⁴

Во оставинската постапка не само што меѓу учесниците може да настане спор за одредено право, туку може да настане и спор за фактите од кои зависи некое нивно право.

Како спорни можат да бидат особено:

1. Фактите од кои зависи правото на наследство, полноважноста или содржината на тестаментот или односот на наследниците и оставителот врз основа на кои се наследува според закон;

2. Фактите од кои зависи основано стана барањето на преживеаниот брачен другар и на лицата кои со оставителот живееле во трајна заедница да им се издвојат од оставината предметите за домаќинство што служат за задоволување на секојдневните потреби;

3. Фактите од кои зависи големината на наследниот дел, а особено пресметувањето на наследниот дел;

4. Фактите од кои зависи основано стана исклучувањето на нужните наследници или основаноста на причините за недостојност; и

5. Фактите за тоа дали некое лице се откажало од наследство. (чл.173 ЗВП)

Ако меѓу учесниците настане спор за овие факти или право, судот ќе го прекине расправањето на оставината, а учесниците ќе ги упати да поведат парница, односно управна постапка во следниве случаи ако :

А меѓу наследниците постои спор за тоа дали некој имот влегува во оставина и

Б меѓу наследниците е спорно барањето на лицата, кои со оставителот живееле во заедница да им се издвои од оставината дел кој одговара на нивниот придонес во зголемувањето на вредноста на имотот на оставителот. (чл175 ЗВП)

Решението за прекин на постапката оставинскиот суд, односно но тарот кој постапува како повереник на судот, може да го донесе на рочиште или вон рочиште. Дали решението за прекин на постапката ќе се донесе на рочиште или вон рочиште, зависи од тоа дали причината за прекилот настанала или е утврдена на самото рочиште, или пак не

24 Во споредбеното право вакво решение е предвидено во член 30д од Законот за вонпарнична постапка на Република Србија. Закон о ванпарничном поступку „Службени гласник РС“, бр. 25/82,48/88,46/95, 18/05,85/12,45/13,55/14 и 6/15. Види: Г. Станковиќ, М. Трговчевиќ Прокиќ, Коментар Закона о ванпарничном поступку, са одбраном судском праксом и примерима поднесака, решења и јавнобележничких исправа, ЈП Службени гласник, 2015, стр. 513.

кој од учесниците со поднесок поднел барање со соодветни докази за прекин на постапката.

Решението со кое се упатува учесникот да поведе парнична или друга постапка треба да биде образложено, освен во случај кога се засновува врз претходна согласност на учесниците (член 21, став (2) од ЗВП).

Решението за прекин на постапката за расправање на оставината содржи изрека со која се прекинува постапката и кој од учесниците се упатува да поведе соодветна постапка, во кој рок и која постапка да ја поведе, поради кои околности се упатува да поведе соодвена постапка (дали за спор за факти или за примена на право) и др. Решението тре ба да содржи и правна поука.

Заклучок

Законот за вонпарнична постапка е уредена постапката за расправање оставина во глава VII поднаслов „Расправање оставина“ (членовите 120 до 191 од ЗВП). Постапката за расправање оставина е строго официјална постапка (*ex officio*), е судска вонпарнична постапка и е во стварна надлежност на основните судови, без оглед на тоа дали наследниците го сакаат тоа или не. Целта на поведувањето на постапката за расправање оставина по службена должност е да не се повреди принципот на правна сигурност и да се почитува волјата на оставителот во случаите кога оставителот оставил тестамент. Не се ретки случаите кога оставината се расправа низа години по смртта на оставителот поради што се случува на име на оставителот да пристигнуваат разни тековни обврски и давачки.

За смртта на лицето судот дознава, по правило, кога ќе добие смртовница од матичарот кој врши упис на смртта на матичната книга на умрените. Во ЗВП содржани се одредби со кои се предвидени овластувањата на нотарот како судски повереник во постапката за расправање на оставината. Кога нотарот спроведува дејствија во оставинската постапка како повереник на судот, овластен е да ги презема сите дејствија во постапката и да ги донесе сите одлуки, освен оние за кои со овој за кои поинаку е пропишано.

При спроведување на оставинска постапка нотарот, има само едно право, а тоа е да донесува одлука во форма на решение. Против решението на нотарот, дозволен е приговорво рок од осум дена од денот на доставувањето на решението на учесниците. Приговорот се доставува до нотарот, кој потоа, е должен без одлагање, но најдоцна во

рок од три дена, заедно со сите списи на предметот да го достави до надлежниот основен суд за понатамошно дејствување по оставинскиот предмет. По приговорот во основниот суд одлучува судија- поединец.

Како претходни дејствија во постапката за расправање оставина кои се определени со закон. Некои од овие дејствија се такви што беснивно преземање не може да се спроведе постапка за расправање оставина, во кои некои од тие дејствија се јавуваат како иницијален акт за започнување на самата постапка. Овие дејствија можат да бидат превземени од орган на управата и од оставинскиот суд. Ако е во прашање спор за одредени факти од кои зависи некое нивно право, судот ќе го прекине расправањето на оставината и учесници те ќе ги упати да поведат парнична, односно управна постапка.

Многу ретки се случаите кога нотарот ќе му ги врати списите на оставинскиот суд се таксативно наведени и можноста за грешки е многу мала, за разлика од случаите кога нотарот ќе ја прекине постапката и ќе ги упати учесниците да поведат парнична или управна постапка.

*Irma Bajrami, PhD
Assistant Professor,
State University in Tetovo*

EXAMINATION OF THE INHERITANCE AT FRONT OF THE NOTARY PUBLIC

Summary

Notary public service is an independent, independent service that performs the functions of public authority, by law. The notary service is carried out by applying the principles of guaranteeing the legal performance of the notary service, responsibility for the damage caused to the notary service, invalidity of the legal relation, supervision of the legality in the performance of the notary service, reputable and dignified performance of the notary service and compensation for the work done.

The proceeding is a strictly formal ex officio procedure as soon as it becomes aware of the person's death or that the person has been pronounced dead.

An individual judge or notary as a court trustee shall be competent to hear the legacy. After the death of de-cujus (the testator) the court is the body that confirms who the heirs are, which property comprises the inheritance property, the rights and obligations arising from the inheritance property, the taxpayers and other persons. The initiation of the procedure ex-officio is aimed to undermining the principle of legal certainty and respecting the last will of the testator when he has a will.

In this scientific paper will be analyzed the inheritance procedure performed before the notary, the preliminary actions determined by law, the decision of the notary, the legal remedies the opening of the inheritance procedure in court etc.

Keywords: *Notaries, Law on Contested Procedure, Law on Notaries, Law on Inheritance.*

ТЕНДЕНЦИЈА ЗА ЛИБЕРАЛИЗИРАЊЕ НА РАЗВОДОТ НА БРАКОТ ВО ЕВРОПСКИТЕ ЗЕМЈИ (КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА)

347.627.2:340.13(4)
Original research paper

Абстракт: *Дел од промените во општеството се и промените во бракот и во семејството. Либерализмот и индивидуализмот го карактеризираат вредносните и моралните системи на современото општество кое радикално се разликува од средновековното, традиционално општество. Според либерализмот секој човек е слободен и независен и има постојана слобода и право да ја бара и да ја оствари својата среќа, а ова право никој не може да му го оспори. Правото за слобода човекот го има во сите сфери на општествениот систем, вклучувајќи ги тука и брачните односи. Споредувајќи го бракот со минатото, каде како главни цели ги има семејните и општествени интереси, во современото општество се забележува голема трансформација, каде што приоритет се интересите и среќата на брачните другари. Со текот на времето очекувањата за брак за лична среќа се зголемија. Во современото општество постојано главна цел на бракот станува лично исполнување и среќата. Ако љубовта исчезне и не се постојано очекуваното исполнување и среќата во бракот, тогаш главната причина за да се биде во брак повеќе не постои. Индивидуализмот се јавува како главна карактеристика во современото општество кое е и фактор за зголемување на бројот на разведени бракови. Положбата на поединецот сега се доведува во непосредна врска со неговите лични способности, додека глобалните карактеристики на семејството имаат сосема споредна улога. Во трудот, авторот ја анализира правната регулатива на европските*

* Доцент на Факултетот за социјални науки- Универзитет „Мајка Тереза,, - Скопје

држави, во однос на либерализација на институцијата развод на брак, почнувајќи од нормативно-правната уставна основа за донесување закони и прописи со кои се уредуваат односите во едно семејство, сè до реформите за развод на бракови во модерниот период, со што во голема мера се постигнала либерализација на разводот на бракови во сите европски земји.

Клучни зборови: *причини за развод, современо општество, вршење на правото, либерализација на разводот на бракови, брачни односи, реформи за развод на бракови*

РАЗВОДОТ НА БРАК ВО СОВРЕМЕНОТО ОПШТЕСТВО

Афирмацијата на жената како и на човекот воопшто, во сите области на општествено-економските односи и на сопствената егзистенција – лична и социјална, интелектуална и духовна, овозможува да се ослободи голем потенцијал и креативна енергија кај жените, со што не само што се промени односот на мажот кон жената, туку се овозможи да се воспостават нова рамнотежа и динамика во односите меѓу половите, а со тоа и во општеството.¹ Во традиционалното општество црквата ја имала главната улога во регулирањето на семејните и брачните односи. Црковните судови имале надлежност да ги регулираат сите прашања поврзани со семејството и бракот. Борбата меѓу католичката црква и протестантизмот, буржоаската револуција во Франција и либерализмот како и подобрување на положбата на жената во бракот, семејството и во општеството, зголемувањето на бројот на разводите, сите овие процеси придонеле во Европа традиционалното семејно право полака да се менува под силно влијание на индивидуализмот, пред сè. Во најстарите заедници мажите и жените се здружувале за да обезбедат храна, засолниште и потомство, што може да се сметаат за примитивни бракови. Најраните форми на брак биле дел од обичаите и традициите, а подоцна во современото општество биле развиени во заедница која била регулирана со закон. Во минатото индивидуалните потреби на поединецот биле ставени во втор план – тие биле жртва на пошироките семејни или државни интереси.² Според Воһг основна последица од доминацијата на индивидуализмот во вредносниот систем

¹ Старова, 2003, стр.11 преземено од Касапи, стр. 48

² Ибид.

на современата цивилизација е „прифаќањето на концепцијата дека бракот не е траен ангажман.“ Денес е многу потешко да се реализира успешна брачна врска бидејќи и очекувањата од неа се многу поголеми, односно треба да се задоволат повеќе потреби, како на пример љубовта, развојот на децата, сексуалниот нагон, материјалната издршка итн. Се чини дека толеранцијата за несреќниот брак е намалена.³ Во тој правец и се разликува концепцијата за тоа што претставува успешен брак во модерното општество за разлика од традиционалното. Многумина автори го делат истото мислење, односно дека критериумите за успешен брак во современото општество водат кон негов развод, што сосема е спротивно со порано кога општеството вршело притисок по секоја цена да не дојде до развод. Како главни причини за развод на бракот во современото општество се појавуваат потребата за лично исполнување, независноста на поединецот, односно денес „никој никого не трпи“. Најголемата опасност за стабилноста на бракот е во упорната потрага по среќата, додека најмалата тешкотија, односно пречка се доживува како скандалозна. Специфично е дека секое општество воспоставува свои норми, кои одредуваат какво однесување е пожелно и оправдано во брачните односи. Спонтано, поединците ги прифаќаат и кај нив се вградуваат овие норми во процесот на социјализација, што значи дека концепцијата за бракот е различна во секое општество.

ПРИЧИНИ ЗА РАЗВОД НА БРАК ВО ЕВРОПСКИТЕ ЗАКОНОДАВСТВА

Бројот на разведени бракови расте секој ден сè повеќе во сите европски земји. Во европските земји постојат два основни бракоразводни система: монокаузален и плуралистички систем за развод на брак.⁴ Според монокаузалниот систем постои само една причина за развод,

³ Според современото општество, брачниот другар се претвора во инструмент за среќа и задоволство. Доколку едниот брачен другар не го постигне тоа, верува дека погрешил во изборот и автоматски има право да бара развод, Stephen J. Bahr, Social Science Research on Family Dissolution: What It Shows and How It Might Be of Interest to Family Law Reformers, Department of Sociology Brigham Young University, 2001.

⁴ Во минатото разводот на брак се дозволувал само поради вина на едниот или на двајцата брачни партнери. Во современите законодавства вината има сè помала улога како основа за развод на брак, а голем број земји целосно ја елиминираат вината како основа за развод на бракот, Мицковиќ, „Причини за развод на брак во земјите на ЕУ“ (необјавен магистерски труд)

неуспехот на бракот, додека, пак, според плуралистичкиот систем до развод на бракот може да дојде од повеќе причини. Кај повеќето европски земји е прифатен плуралистичкиот систем, група во која спаѓа и Република Северна Македонија бидејќи во нашево законодавство се прифатени повеќе начини на развод на бракот: развод со заедничка согласност на брачните другари, развод поради фактички престанок на брачната заедница и развод поради нарушување на брачните односи.

I. ФРАНЦИЈА

Актуелниот извор за правото на развод во Франција е францускиот Граѓански Законик, односно IV дел (член 229-310) кој се однесува на разводот на бракот.⁵Францускиот закон за развод беше изменет неколкупати во минатото. Веќе пред Реформскиот акт од 1975 година, француското право го призна разводот. За време на Ancien Droit (што значи пред Француската револуција кон крајот на 18. век), разводот не постоел, туку била можна само судска одлука за одвојување. Разводот во Франција воведен во Францускиот закон од Револуцијата (Loi du, 20 септември 1792). Во Граѓанскиот законик на Наполеон од 1804 година се задржала можноста брачните другари да добијат развод.⁶Целиот процес на право на развод бил прекинат по рестраваацијата во 1816 година. По укинувањето на разводот, останало само правото да се бара разделба од трпеза и од постела, и тоа само во тие случаи во кои, според Граѓанскиот законик на Наполеон, било можно да се бара развод на брак.⁷ По укинувањето на правото за развод, неколкупати биле покренати иницијативи за негово повторно воведување. Сè до 1884 година, по предлог на пратеникот Алфред Наљует, правото за развод на бракот повторно „се врати во игра“. Предлогот на пратеникот предвидувал воведување развод според моделот од 1792 година (развод поради вина, со заедничка согласност и развод поради несогласување на карактерите). Овој предлог не бил прифатен и конечниот текст на Законот предвидел дека бракот може да се разведе само поради вина, односно поради неверство, вршење нечесно дело, насилство, навреди и слично. Системот на развод – санкција, воведен со Законот од 1884 година, останал во сила сè до 1975 година. Системот на развод поради вина бил критикуван од многумина автори. Според нив, овој

5 GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES FRANCE, Prof. Frédérique Ferrand, University of Lyon, September 2002

6 Види: J. Carbonnier, 'La question du divorce, mémoire à consulter', D. 1975. Chron. 115

7 Ибид.

закон заостанувал зад либералните законодавства на соседните земји и ги наведува сопружниците на меѓусебна борба за да се докаже кој е виновен, со што уште повеќе се влошуваат нивните односи.⁸ Во француското право се напушта системот во кој разводот може да се бара само поради вина на едниот сопруг со тоа што се прифаќа новиот закон од 1975 година со кој се врши либерализација на правото на развод.⁹

Со овој закон се предвидени три вида на развод на брак:

- Развод на брак со заедничка согласност на сопружниците;
- Развод поради вина на едниот сопруг;
- Развод поради фактички прекин на брачната заедница

Развод на брак со заедничка согласност на брачните другари

Според законот од 1975 година се предвидуваат два начина на развод на брак со заедничка согласност на брачните другари:

- Развод кога двајцата брачни другари го поднесуваат барањето;
- Развод со заедничка согласност на брачните другари, кога едниот го поднесува барањето, а другиот го прифаќа.

Развод кога двајцата брачни другари го поднесуваат барањето

Разводот со заедничка согласност бил забранет сè до донесувањето на Законот од 1975 година. Овој закон во преден план ја става волјата на сопружниците во постапката за развод на бракот, но истовремено се врши контрола над разводот со заедничко барање на двајцата брачни другари. Оваа контрола се однесува на утврдување на нивната волја, дали е слободна и сериозна.¹⁰ Сопружниците треба да подготват и договор со кој се регулираат и последиците од разводот на бракот.¹¹ За да не дојде до непромислени разводи веднаш по склучување на бракот, според Законот сопружниците не можат да поднесат барање за развод со

8 GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES FRANCE Prof. Frédérique Ferrand University of Lyon September 2002. Види исто: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Divorce.pdf>

9 Проф. д-р Дејан Мицковиќ, Причините за развод на бракот во споредбеното право (необјавена докторска дисертација)

10 G. Cornu, Droit civil, La Famille, Paris: Montchrestien, 7ème éd., 2001, стр 491. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Divorce.pdf>

11 Член 230 од францускиот Граѓански законик

заедничка согласност во првите 6 месеца¹² од бракот.¹³ Според Законот, не мора да се наведе причината поради која сопружниците поднесуваат барање за развод на бракот, со што се утврдува дека законодавецот не сакал да навлегува во причините за развод, поаѓајќи од ставот дека бракот бил неуспешен, во случаи кога и двајцата сопружници сакаат тој да се разведе.¹⁴ Може да се заклучи дека Законот од 1975 година ја подржува волјата на брачните другари, бидејќи нивната заедничка волја е доволна причина за да се дозволи развод на бракот.

Развод со заедничка согласност на брачните другари, кога едниот го поднесува барањето, а другиот го прифаќа

Кај разводот кога едниот брачен партнер го поднесува барањето за развод, а другиот тоа го прифаќа, оној што го поднесува барањето за развод треба да изнесе факти од кои произлегува дека заедничкиот живот е невозможен. Ако се постигне согласност меѓу брачните другари во однос на фактите, судот го разведува бракот и ги регулира сите последици што произлегуваат од разводот на брак. За разлика од разводот со заедничка согласност, кај овој вид развод на бракот, брачните партнери треба да ги наведат причините кои довеле до неуспех на бракот.¹⁵ Доколку другиот брачен партнер не се согласи со фактите наведени во барањето за развод, или доколку не се изјасни за нив во рок од еден месец, постапката за развод на брак по овој основ се запира, а брачниот партнер кој ја иницирал може да покрене постапка за развод на брак по друг основ.¹⁶ Разводот на брак по барање на едниот брачен партнер, на кое се придружува и другиот, е карактеристичен само за француското право.

12 Освен забраната да се бара развод во првите 6 месеца, законодавецот предвидел уште еден рок со кој се спречуваат избрзаните барања за развод на брак. Според членот 231, судијата заедно со брачните другари го разгледува барањето за развод, и ако сопрузите и понатаму остануваат на својата намера да се разведат, судијата им укажува дека барањето треба да го обноват по истекот на рокот од три месеца. Сопружниците се должни да го обноват барањето за развод на бракот, најдоцна во рок од 6 месеца, по истекот на овој тримесечен период, во спротивно ќе се смета дека се откажале од намерата да го разведат бракот.

13 Ибид.

14 Мицковиќ, Ибид.

15 Commission on European Family Law, Country reports by subject, Divorce, maintenance reports, GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES FRANCE, Prof. Frédérique Ferrand, University of Lyon, 2002

16 Оп.цит. Мицковиќ, Ибид.

Развод на бракот поради вина на едниот брачен другар

Француското право ја задржува вината како основа за развод на брак што не е типично за другите законодавства во Европа. За да може да се бара развод на брак поради вина на едниот брачен партнер потребно е:

- Едниот сопруг да ги прекршил обврските кои произлегуваат од бракот.
- Ваквата повреда на брачните обврски да е потешка или да се повторува повеќепати.
- Како последица на ваквото однесување на едниот брачен партнер заедничкиот живот да станал неподнослив.¹⁷

Законот предвидува неколку причини кои можат да служат како основа за развод на брак. Тоа се верноста, грижата за децата и обврската за заеднички живот. Покрај овие, и други повреди на брачните обврски можат да претставуваат основ за развод на брак по вина, а дали одредено поведение на едниот брачен партнер е доволна причина да се бара развод поради вина проценува судијата.

Развод поради фактички прекин на брачната заедница

Во Франција бракот може да се разведе и по барање на едниот брачен партнер доколку заедничкиот живот фактички престанал во траење од шест години, или доколку едниот брачен партнер е болен од тешка душевна болест подолго од шест години.¹⁸ Сепак, во одредени ситуации и покрај постоењето на фактички престанок на брачната заедница или тешка душевна болест во траење од шест години, судот нема да го разведе бракот. Судијата нема да го разведе бракот и покрај тоа што едниот брачен партнер боледува од тешка душевна болест подолго од шест години доколку постои опасност разводот на брак да предизвика тешки последици за неговата болест.¹⁹ Освен тоа, во случаите кога брачните партнери не живееле заедно подолго од шест години, судот може да го отфрли барањето за развод доколку тој би предизвикал особено тешки последици за децата или за другиот сопруг.²⁰ Според Монсалие, овие две одредби имаат заштитен карактер и тие

17 Член 242 од Граѓанскиот законик. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Divorce.pdf>

18 Мицковиќ, Ибид.

19 Член 238 став 2 од Граѓанскиот законик

20 Член 240 од Граѓанскиот законик

се предвидени како „последна одбрана“, односно како противтежа на правото на едниот партнер да го напушти својот брачен другар. Сепак, нивното дејство е ограничено на исклучителни ситуации и тие ретко се применуваат во практиката.

II. ГЕРМАНИЈА

Правилата што се однесуваат на правото на развод можат да се најдат во германскиот Граѓански закон (Bürgerliches Gesetzbuch). Детали за судските постапки за развод се утврдени во Кодексот на граѓанската постапка (Zivilprozessordnung).²¹ Во Германија, последната значајна реформа на разводот на брак е извршена во 1976 година. Бракот може да се разведе доколку доживеал неуспех. Бракот е неуспешен доколку заедничкиот живот на брачните другари престанал и доколку не може да се очекува тие повторно да живеат заедно.²² Со законската реформа од 1976 година Германија прифаќа монокаузален систем за развод на бракот, според кој единствена основа за развод е неуспехот на бракот. Во Германија бракот може да се разведе доколку одвоениот живот траел помалку од една година, но потребно е да биде исполнет уште еден дополнителен услов, а тоа е продолжувањето на бракот да предизвика неразумно тешки последици за едниот брачен партнер поради причини кои зависат од личноста на другиот партнер.²³ Според Фуркел, поврзувањето на неуспехот на бракот со однесувањето на едниот брачен другар, за да може да се одобри разводот пред да истече една година од склучувањето на бракот, претставува имплицитно прифаќање на вината како основа за развод на бракот.²⁴ Судовите дозволуваат развод на брак пред да помине една година од бракот само во исклучителни ситуации, кога се работи за тешко прекршување на брачните обврски, поради што може да се заклучи дека бракот доживеал неуспех. Тешките последици кои би настанале за едниот брачен партнер, доколку не се одобри разводот, не мора да се поврзани секогаш со вината на едниот брачен партнер, туку тие може да се предизвикани и од тешката и неизлечива душевна болест на некој од брачните партнери. Во член 1566 (1) од германскиот Граѓански закон се предвидува можноста бракот да се разведе со заедничка согласност на брачните партнери. Притоа, за

21 Zivilprozessordnung (Code of Civil Procedure) 30.01.1877

22 Член 1565 од германскиот Граѓански законик. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Divorce.pdf>

23 Член 1565 став 2 од ГГЗ

24 Мицковиќ, Ибид.

да може да се смета дека бракот не успеал, потребно е заедничкиот живот да престанал да постои подолго од една година. Освен тоа, за да можат да се разведат со заедничка согласност, брачните партнери имаат обврска да постигнат спогодба за издршката и чувањето на заедничките малолетни деца, за евентуалната издршка на едниот од брачните партнери, како и за поделбата на заедничкиот недвижен имот.²⁵ Доколку брачните партнери во Германија живеат одвоено подолго од три години, според Законот постои несоборлива претпоставка дека бракот не успеал. Притоа, за разлика од разводот со заедничка согласност, тука не се бара согласност од двајцата партнери. Доволно е едниот да поднесе барање за развод на бракот. Во ваков случај, судијата има обврска само да утврди дали брачните партнери живеат одвоено три години. Доколку тоа се докаже, постои несоборлива претпоставка дека бракот е неуспешен и дека треба да се прифати барањето за развод на бракот.²⁶ Во одредени ситуации судот може да го отфрли барањето за развод на брак, и покрај тоа што бракот бил неуспешен, во случаи кога тој би предизвикал тешки последици за децата или за едниот од брачните партнери.²⁷ Германската правна теорија и судска практика речиси едногласно се против ова решение.

III. ШПАНИЈА

Во Шпанија постои законодавна плуралност во областа на граѓанското право.²⁸ Во Шпанија разводот на брак е воведен дури во 1981 година, како последица на влијанието на Католичката црква. Шпанското законодавство во постапката за развод на брак се темели врз нарушените односи во бракот и невозможноста од натамошен заеднички живот. Во шпанскиот правен систем се предвидува сепарација (одвојување)

25 Според тоа, заедничката согласност за развод ќе произведе правно дејство само доколку се исполнети и другите два услова што ги предвидува Законот, а тоа се одвоениот живот подолго од една година и спогодбата за регулирање на последиците од разводот на брак. Законот дава точна определба за постоењето на одвоен живот. Според член 1567 (1) од Граѓанскиот закон, брачните партнери живеат одвоено кога веќе не постои заедничко домаќинство и кога едниот сопружник го одбива неговото повторно воспоставување со отфрлање на заедничкиот брачен живот

26 Како што се гледа, рокот предвиден во германското право за одвоен живот како основа за развод по барање на едниот брачен партнер е значително покус од оној предвиден во француското право, каде што изнесува шест години, Мицковиќ, Ибид.

27 Член 1568, став 1 од германскиот Граѓанскиот законик

28 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família (DOGC No. 2687, 23.07.1998. Correction of mistakes DOGC No. 2732, 28.09.1998)

на брачните партнери, кое може да биде фактичко, или да се заснова на судска одлука. Судската сепарација може да биде со спогодба на партнерите, или без спогодба, доколку се исполнети законските услови.²⁹ Спогодбената сепарација е можно да се побара само доколку истече една година од склучувањето брак и доколку партнерите се договорат за регулирање на последиците од сепарацијата.³⁰

Според член 86 од Граѓанскиот закон, Разводот на брак во Шпанија, е дозволен само по истекот на определен временски период на одвоен живот на брачните партнери. Доколку постои заедничка согласност на брачните партнери за развод на брак, потребно е да е помината најмалку една година одвоен живот за да може да се поднесе барање за развод на брак. Развод со заедничка согласност не може да се бара во текот на првата година по склучувањето на бракот, туку по две години одвоен живот. Разводот може да се бара по две години одвоен живот доколку стане правосилна судската одлука за сепарација. Разводот може да се бара и во рок од две години по исчезнувањето на едниот од брачните другари. Единствениот случај кога може да се бара развод на брак без претходно да престанал да постои заедничкиот живот е предвиден во членот 86-5 од Граѓанскиот закон и тој се однесува на ситуација кога едниот брачен партнер се обидел да го убие другиот партнер, да ги убие неговите потомци или предци.³¹

IV. АВСТРИЈА

Основниот извор со кој се регулира правото на развод во Австрија е делот 46 од австрискиот Закон за бракот (Ehegesetz).³² Историјата на Законот за граѓански развод во Австрија се одвива во 1938 година. До тоа време разводот не бил регулиран според австриското приватно право.³³

²⁹ Судската сепарација може да ја побара еден од брачните партнери, доколку се исполни некој од законски предвидените услови, како што се напуштање на партнерот, неверство, тешка повреда на другите брачни обврски или на обврската за чување и воспитување на децата, алкохолизам или наркоманија, како и ефективен престанок на заедничкиот живот во рок од шест месеца ако за тоа постои спогодба или три години доколку не постои спогодба меѓу партнерите.

³⁰ Мицковиќ, Ибид.

³¹ GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES SPAIN, Professor Miquel Martín-Casals Jordi Ribot Josep Solé, University of Girona, 2002. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Spain-Divorce.pdf>

³² DRGBI (Reich Law Gazette) I No. 807/1938, last amended by the BGBI (Federal Law Gazette) I No. 135/2000. (Исто види: <http://www.ris.bka.gv.at>)

³³ Kerschner, Familienrecht, 2000, marg. No. 2/107.

Првиот закон за граѓански развод е Законот за бракот од 1938 година, кој се базира на принципот на вина.³⁴ Австрискиот Закон за развод е реформиран во 1978 година, кога разводот со заедничка согласност е воведен.³⁵

Основите за развод се регулирани во делот 49 од австрискиот Закон за бракот. Австрискиот Закон за развод предвидува развод врз три основи:

- Развод на бракот врз основа на вина;
- Развод врз основа на неповратно распаѓање на бракот или разделба;
- Развод со заедничка согласност;

Во австриското семејно право постапката за развод секогаш мора да биде иницирана со петиција, или во спорни постапки со тужба (Klage)³⁶ или со барање (Antrag) во неспорни постапки. Во овие постапки апликацијата до судот е многу едноставна, дури и не мора да биде писмено поднесено, туку може и усно.³⁷ Во принцип, секој може да побара развод лично и легалната застапеност не е пропишана со закон. Меѓутоа, ако брачниот другар сака да биде застапуван, мора да избере локален адвокат кој има своја канцеларија во областа на надлежниот суд.³⁸

Развод со заедничка согласност

Како што веќе беше спомнато погоре во трудов, разводот со согласност е воведен во 1978 година, според кој разводот со согласност треба да биде услов за неповратно распаѓање на бракот.³⁹ Брачните

34 Berka, *Scheidung und Scheidungsreform*, 2000, p. 65

35 GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES AUSTRIA Prof. Marianne Roth Institut für Zivilverfahrensrecht, Salzburg, 2002. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf>

36 See Fasching, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, 2nd Edition, 1990, marg. No. 2330 преземено од: GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES AUSTRIA Prof. Marianne Roth Institut für Zivilverfahrensrecht, Salzburg September 2002. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf>

37 RGI (Imperial Law Gazette) No. 1895/113, Ибид.

38 Section 29 (1) Code of Civil Procedure 14 (Zivilprozessordnung) and section 220 (2) Non-contentious Proceedings Act.

39 Член 55 од австрискиот Закон за бракот. Оваа одредба одредува дека секој

другари кои бараат развод со согласност мора да поднесат заедничка пријава за развод (*Gemeinsamer Scheidungsantrag*). Според австрискиот Закон за бракот, брачните другари не можат да побараат развод на бракот најмалку шест месеца откако е склучен бракот, бидејќи овој рок ќе им даде време и простор да размислат дали причината е вредна за развод на бракот. По разводот брачните другари имаат заедничко старателство над децата (*Gemeinsame Obsorge*), само во случај доколку родителите не се договорат поинаку, или ако му е ограничено или одземено вршењето на родителското право на другиот родител. Ако родителите одлучат заедно да ја продолжат родителската одговорност, треба истиот договор да го поднесат до судот, при што ќе се договори и местото на живеење на детето. Секако, судот го одобрува договорот на родителите, ако оцени дека е во најдобар интерес на детето. При одлучување на кој од родителите треба да му се додели старателството над детето, судот го зема предвид доброто однесување на родителот (*Wohlverhaltensgebot*).⁴⁰

Развод на бракот врз основа на вина

Развод на бракот врз основа на причинета вина е регулирано во член 49 од австрискиот Закон за бракот. Според овој закон, брачниот другар може да побара развод ако другиот брачен другар е виновен за нарушување на бракот, преку срамно или неморално однесување, правејќи го невозможен за продолжување, така што не може да се очекува помирување.⁴¹ Во примерите се набројуваат прељубата и нанесувањето физичко насилство и тешката ментална состојба. Развод согласно со член 49 од австрискиот Закон за бракот може да се добие само ако погрешното однесување предизвикало неповратно распаѓање на бракот, каде што емоционалната, менталната и физичката поврзаност меѓу брачните другари престанала да постои.⁴²

сопругник мора да даде изјава со која прифаќа дека се случила неповратна штета во брачните односи.

40 Parental Responsibility - NATIONAL REPORT REPORT -AUSTRIA: Prof. Marianne Roth, University of Salzburg, стр. 14; <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>

41 Schwimann, in: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, vol. I, 2nd Edition, section 49 Austrian Marriage Act, 1997, marg, преземено од: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf>

42 Koziol & Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, vol. I, 12th Edition, 2002, p. 443; Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe und Lebensgemeinschaft, 6th Edition, 2001, marg. No. 96; Pichler in Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, vol. II, 2 nd

Развод врз основа на неповратно распаѓање на бракот или разделба

Според член 50 од австрискиот Закон за бракот, брачниот другар може да поднесе тужба за развод ако бракот е уништен поради менталното нарушено однесување на партнерот. Нарушувањето мора да биде до таков степен што не постои разумна можност за враќање на брачната заедница.⁴³ Примери за ментални нарушувања се хистерија, зависност од различни наркотични субстанции, општи ментални проблеми на пониско ниво (депресија, конфузија итн).⁴⁴ Брачниот другар може да побара развод ако другиот брачен другар страда од сериозна заразна болест, и ако нема разумна можност да биде излекувана или елиминирана во иднина.⁴⁵ Друг основ за прекин на брачната заедница може да биде „престанок на домашната заедница“ (*häusliche Gemeinschaft*) во период од три години, но според оваа одредба, разделбата не е индикатор дека бракот не може да се спаси. Според Законот, постои и рок од шест години според кој самата разделба од толку долг период е доволен факт за тотално распаѓање на бракот.⁴⁶ Во процесот на европскиот тренд на развојот на алтернативните методи за решавање на споровите, Австрија во 2003 год. го усвои Законот за медијација во граѓанско-правните спорови (*Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen*, во сила од 1 март 2004 год). Со овој закон се постави и правна рамка за примена на медијацијата и во брачните и во семејните постапки.⁴⁷

Edition, 1992, section 49 Austrian Marriage Act, marg. No. 1, 3; Judgment of 24.05.1977, Oberster Gerichtshof, RZ, 1978, 85 No. 43; Judgment of 30.04.1980., преземено од: GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES AUSTRIA, Prof. Marianne Roth, Institut für Zivilverfahrensrecht, Salzburg, 2002

43 Judgment of 10.11.1977, Oberster Gerichtshof, EFSlg . 29.557; Judgment of 30.07.1992, Oberster Gerichtshof, EFSlg. 69.234; Judgment of 30.06.1981, Oberlandesgericht Wien, EFSlg. 38.730, преземено од: GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES AUSTRIA, Prof. Marianne Roth, Institut für Zivilverfahrensrecht, Salzburg, 2002. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf>

44 Ибид.

45 Член 52 од австрискиот Закон за бракот. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Divorce.pdf>

46 Оп.цит. член 54 од австрискиот Закон за бракот

47 Parental Responsibility - NATIONAL REPORT REPORT -AUSTRIA: Prof. Marianne Roth, University of Salzburg, стр. 14;<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>

V. ИТАЛИЈА

Воведувањето развод во италијанскиот правен систем, по серијата дебати што се случувале околу еден век, било особено тешко.⁴⁸ За воведувањето на разводот во италијанскиот правен систем е одржан и референдум во 1975 година. Во Законот 898 се предвидува дека бракот може да се разведе во следниве случаи:

- Доколку едниот брачен партнер стори кривично дело.
- Во случај кога едниот партнер боледува од душевна болест.
- Доколку брачните партнери не живеат заедно (разделба од трпеза и од постела, за што е потребна судска одлука) во траење од три години.
- Доколку бракот на италијански државјанин со странец е разведен или поништен во странство.
- Во случај да не постојат сексуални односи во бракот.⁴⁹

Се забележува дека во италијанското право не се наведуваат вообичаените причини за развод, што се присутни во некои други европски законодавства. Развод може да се бара и во случај кога едниот брачен другар со умисла го лишил од животот детето или посвоеникот, или кога се обидел да го лиши од живот брачниот другар, детето или посвоеникот.⁵⁰ Покрај ова, и нанесувањето тешка телесна повреда, како и лошото однесување кон децата се основа за развод на бракот. Разводот е предвиден и во случај кога едниот брачен партнер е душевно болен или кога бракот е разведен или поништен во странство, како и кога не постоеле сексуални односи во бракот.⁵¹ Според законските измени од 1987 година, разделбата од трпеза и од постела на брачните партнери треба да трае најмалку 3 години за да може едниот од нив да бара развод на брак, дури и во случаите кога и двајцата брачни партнери сакаат бракот да се разведе. Во Италија, како и во други европски земји, се дава можност брачните партнери да одржуваат контакти и да се обидат да

48 Galoppini, 'Profilo storico del divorzio in Italia', in: Commentario sul divorzio a cura di P. Rescigno, Milan, 1980, преземено од: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Italy-Divorce.pdf>

49 GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES ITALY, Prof. Salvatore Patti, Prof. ssa Liliana Rossi Carleo, Dott. ssa Elena Bellisario, University of Rome, La Sapienza, 2002

50 Членот 3 од Законот 898 од 1970 година

51 Сите овие случаи слабо се применуваат во практиката, поради тоа што во Италија, по донесувањето на Законот 898 од 1970 година, во најголем број случаи разводот на брак се бара по претходна судска сепарација (разделба од трпеза и од постела).

постигнат помирување, без тоа да доведе до прекинување на течењето на рокот што Законот го предвидува како основа за развод на бракот. Италијанското право, во основа го прифаќа системот на развод поради неуспех на бракот. Ваквиот заклучок се наметнува поради фактот што во најголем број случаи до развод на брак доаѓа по разделбата што траела три години.⁵²

VI. ЗЕМЈИ НА ЈУГОИСТОЧНАЕВРОПА

Во РСМ и земјите од регионот, многу често се вршат промени во своите постоечки закони, со цел усогласување со европските, особено во делот на уредување на родителските односи по разводот на бракот.

Во Република Северна Македонија, како и во земјите од регионот треба да се направат реформи во семејното право и постепено да се елиминираат постоечките елементи на традиционалното семејство и да се воведуваат методи со чија помош ќе се биде во чекор со новите промени во семејното право.

Во продолжение ќе се даде краткоописна анализа за семејните односи во балканските земји.

VII. ХРВАТСКА

Република Северна Македонија и Хрватска имаат многу сличен начин на регулирање на брачните односи. Хрватскиот закон за семејство стапи на сила на 22 јули 2003 година, заменувајќи го постоечкиот закон со кој се регулира ова прашање (од 1998 година). Новиот Закон за семејството, се усогласува со европските и меѓународните трендови, особено во областа на човековите права. Според Законот за семејството на Хрватска, бракот може да се реши еднострано со тужба од страна на брачниот другар, во случаите предвидени со закон, или двата брачни другари со заеднички договор за развод. Ако брачниот другар одлучи да го реши бракот со тужба, барањето мора да се базира на која било од предвидените околности според законските норми. Кога барањето се однесува на бракот во кој постои заедничко дете, пред постапката за развод, неопходно е да се спроведе постапката за медијација. Хрватскиот закон посветува посебно внимание на потребата од медијација пред

52 Commission on European Family Law, Country reports by subject, Divorce, maintenance reports, GROUNDS FOR DIVORCE AND MAINTENANCE BETWEEN FORMER SPOUSES ITALY, Prof. Salvatore Patti Prof. ssa Liliana Rossi Carleo, Dott. ssa Elena Bellisario, University of Rome, La Sapienza, 2002. Исто види: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Italy-Divorce.pdf>

разводот на брак, која е задолжителна доколку брачните партнери имаат заеднички малолетни деца. Развод на бракот може да се побара во случај кога постои сериозно и трајно нарушување на брачните односи и поради прекин на брачната заедница подолго од една година. Развод на бракот по заемна согласност на брачните другари (член 42, ал. 1) е уште еден начин врз основа на кој може да се бара раскинување. Ако брачните другари иницирале постапка за развод со заемна согласност, судот ќе го разведе бракот без да ги испитува околностите на брачниот живот кои доведоа до негово прекинување. Законот за семејството на Хрватска ја образложува и содржина на родителската грижа, која се состои од главните родителски обврски кон здравјето и животот на детето, и тоа: грижа и заштита; здравје, развој, воспитување и образование; остварување на личните односи; одредување на местото на живеење; право и должност за управување на имотот на детето; застапување на личните и имотните права и интереси на детето.⁵³

Во хрватското семејно право се познати две категории за остварување на родителската грижа, и тоа:

1. Заедничко родителство, според кое родителите имаат право и обврска заеднички и спогодбено да ја извршуваат родителската грижа.⁵⁴
2. Самостојно извршување на родителската грижа, според кое поради ограничувања на родителската одговорност со судска одлука, другиот родител може сам да ја извршува родителската грижа целосно, делумно или да превзема одговорности само за некои прашања во врска со детето.

Според горенаведеното, Законот за семејството на Хрватска е многу сличен со нашиот семеен закон, со мали разлики. Но, и покрај овие разлики, овие два закони предвидуваат многу слични решенија

53 Член 92-101 од Obiteljski zakon na RH

54 Со судска одлука, само едниот родител ќе продолжи со извршување на родителската грижа, во случај кога родителите не можеле да постигнат договор околу планот за заедничко извршување на родителската грижа, при што судот е задолжен да води сметка кој од родителите е подготвен за соработка околу заедничка родителска грижа. Родителот кој се спротивставува за заедничко извршување на родителска грижа, односно за склучување на планот за заедничко родителство мора да докаже дека заедничката родителска грижа не е за доброто на детето, во спротивно судот може да му го довери извршување на родителската грижа на другиот родител ако е во согласност со најдобриот интерес на детето. Кога судот донесува одлука за самостојно извршување на родителската грижа, ќе одреди дали тој родител сам ќе го застапува своето дете или во согласност и со другиот родител. (Исто види член 105 од OZ)

кога станува збор за одредбите што ги регулираат семејните односи.

VIII. СРБИЈА

Законот за семејството на Србија беше донесен во 2005 година (гласник бр.18 / 05). Три основи за развод на бракот се предвидуваат според Законот за семејството: пореметување на брачните односи, невозможност на остварувањето на целта на бракот поради други причини (душевна болест, исчезнување на едниот брачен партнер) и развод на брак со заедничка согласност на брачните партнери.⁵⁵ Како и во Северна Македонија, и во Србија во случај на развод на бракот со заедничка согласност, се предвидува дека тие мора да постигнат согласност за нивно чување, воспитување, издржување и одржување на личните контакти со детето по разводот на брак. За разлика од Северна Македонија, во Србија судот може да одбие да го разведе бракот кога постои заедничка согласност на брачните партнери за развод доколку тоа го бараат интересите на малолетните деца.⁵⁶ Договорот за родителски права може да има форма на договор за заедничко вршење на родителски права или договор за самостојно вршење на родителските права.⁵⁷

Разводот по тужба, може да се побара од две причини:

- Сериозно и континуирано пореметување на брачните односи. За брачното пореметување да се појави како легитимна причина за развод, неопходно е да се биде сериозна и упорна, односно сериозно пореметување е она што длабоко го нарушува брачниот однос и ја прекинува секоја комуникација меѓу брачните другари.
- Неможноста за остварување на заедничкиот живот на брачните другари - обезбедува основа за престанок на бракот, бидејќи целта на бракот е креирање, имплементација и одржување на вистинска брачна заедница. Ако такво нешто не е можно да се реализира, тогаш секој од брачните другари има право да бара развод.⁵⁸

Родителското право според Законот за семејството на Србија ги опфаќа главните обврски на родителите кон нивните деца, како што се: подигање, воспитување, осигурување на образованието,

55 Дејан Мицковиќ, Заедничкото вршење на родителското право и поделеното родителство по разводот на брак во Република Македонија de lege lata, de lege ferenda, Скопје 2018 година

56 Ибид

57 Член 40 став 2 од ЗС на РС

58 Емрије Зубери, Разводот на бракот според правната регулатива на РМ, (необјавен магистерски труд), Тетово 2012

застапувањето, издржувањето, управување и располагање со имотот на детето. Родителите се одговорни лично да се грижат за животот и за здравјето на детето.⁵⁹

Кога станува збор за вршењето на родителското право, императивна норма е дека родителите кои живеат заедно, родителството го вршат заедно и спогодбено. Родителското право продолжуваат да го вршат заедничко и спогодбено и кога не живеат заедно, ако родителите се договорат за заедничко родителство и ако судот утврди дека тој договор е во најдобар интерес на детето.⁶⁰

Според горенаведеното, може да се видат сличностите и разликите меѓу Законот за семејството на РСМ и Србија, предностите и празнините, што ќе донесе значителен напредок во регулирањето на ова прашање, а со тоа и реализација и подобра заштита на правото на развод.

IX. БОСНА И ХЕРЦЕГОВИНА

Босна и Херцеговина го усвои Законот за семејство во 2005 година. Според овој закон, бракот може да се разведе со тужба по барање на еден од брачните другари или со заемна согласност на брачните другари за развод.

Кога станува збор за развод по заемна согласност на брачните другари, Законот за семејство на БиХ, експлицитно ги набројува случаите кога ќе им биде дозволен развод:⁶¹

- ако поминале најмалку 6 месеци од склучување на бракот;
- ако брачните другари во постапката за медијација се договараат за: имплементација на родителска грижа, заштита на децата, условите и начинот на непосредни контакти на детето со родителот со кого не живее;
- кога судот ќе го одбие барањето за развод по заемна согласност на брачните другари ако таквата согласност не е во интерес на детето;

Како што може да се види, меѓу другото, законот предвидува забрана за развод по заемна согласност на брачните другари, ако договорот не е во интерес на детето, судот ќе го одбие барањето.

59 Родителите не смеат да ги поттикнуваат децата на понижувачки постапки и казни со кои се навредува човечкото достоинство на детето, пред сè, должни се да ги заштитиуваат децата

60 Арта Селмани, необјавен докторски труд

61 Член 44 од ЗСБХ

Целта на оваа забрана е да ги заштити најдобрите интереси на децата во текот на процесот на развод. Слично на тоа, постои ограничување според кое законот му забранува на мажот да побара развод за време на бременоста на жената или барем додека детето не достигне тригодишна возраст. Ова ограничување не е предвидено во ниту еден од законите што ги разгледувавме погоре, вклучувајќи го и Законот за семејството на Република Северна Македонија. Во семејно законодавство на БиХ, за родителската одговорност се употребува терминот „*roditeljsko staranje*“ (родителска грижа).⁶² Со развод на бракот или со престанокот на вонбрачната заедница, не се губи родителското право, родителско право и понатаму го имаат и таткото и мајката, но вршење на ова право му припаѓа само на едниот родител. Законот изречно пропишува: обврска на другиот родител да го издржува своето дете, право и обврска да одржува лични контакти, право и должност заедно и спогодбено да одлучуваат за важните прашања околу животот на нивното дете. Одржувањето на личните односи и непосредните контакти на родителите и децата може да се ограничи или забрани само ако се во спротивност со интересот на детето (чл. 145 ст. 3 и член 128 ст. 3 на PZ), односно поради заштита на личноста и на другите интереси на детето (чл. 93 ст. 3 на PZ на Р. Србија).⁶³

Х. ЦРНА ГОРА

Законот за семејството на Црна Гора е усвоен во 2007 година (сл. весник бр.1/2007).

Со овој закон меѓу другото се уредуваат и брачните односи и односите помеѓу родителот и детето. Според Законот за семејството на Црна Гора, брачниот другар може да побара развод на бракот, доколку брачните односи се трајно и сериозно нарушени и не може да се најде

62 Prodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine, Prečišćen tekst «Službene novine Federacije BiH» broj 35/05 (20.6.2005.) i Zakon o izmjenama i dopunama Porodičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine -Službene novine Federacije BiH», broj 31/14 od 23.4.2014, Превземено од <http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2005/zakoni/25bos.pdf>

63 Ограничување се пропишува во случај кога влијанието на родителот е штетно за личноста на детето (на пример, кога родителот поттикнува омраза спрема другиот родител) или е штетно за неговото здравје (кога родителот боледува од ментална болест или кога детето е посебно чувствително). Личните односи и непосредните контакти ќе се забранат во случај кога ги загрозуваат воспитанието, животот или здравјето на детето (на пример во случај на тешката ментална или инфективна болест или во случај на поттикнување на детето на негативно однесување).

друг излез од таквата ситуација.⁶⁴ Според член 57, друг начин на развод на бракот, според овој закон е со заемна согласност, но брачните другари се должни да поднесат писмен договор за вршење на родителските и имотните права. Различно од другите балкански држави, во Црна Гора, мажот нема право да побара развод за време на бременоста на неговата сопруга, односно додека детето не наполни една година, освен во случај кога сопругата се согласува со тоа.

Што се однесува до родителското право, тоа му припаѓа и на двајцата родители.⁶⁵

Родителите кои не живеат заедно, имаат обврска да постигнат заеднички договор за вршење на родителските права врз основа на принципот што е најдобар интерес на детето.

Во Црна Гора, родителот кому не му е доверено детето, има право и должност да го одржува детето, со детето да одржува лични контакти и да одлучува за важните работи од животот на детето, како што се на пример образованието, здравјето на детето, неговиот имот доколку го има итн. Заедничко за сите држави во регионот е проблемот на реализација на своите права. Според праксата, поголемиот број на разведените родители, не можат да ги видат своите деца и затоа бараат санкција на непочитување на концептот на заедничко старателство.

ЗАКЛУЧОК

Во сите европски земји се забележува тенденцијата за либерализација на разводот на бракот: начинот, условите, причините итн. Разводот на бракот порано бил многу ретка појава и се случувал во исклучителни случаи, додека денес тој може да се побара со заеднички договор меѓу брачните другари или своеволно по барање на едниот од нив. Доколку се анализираат причините за развод на бракот, трансформацијата е очигледна бидејќи во повеќето европски земји владеел системот на развод поради вина, кој подоцна се заменува со системот на развод – санкција, каде што разводот можел да се побара доколку другиот брачен другар бил виновен за нарушување на брачната врска, односно заедничкиот живот станал невозможен. „Најголема новост е што се прифаќа една единствена причина за развод на бракот, а тоа е неуспехот на бракот.“ Либерализацијата на разводот на брак е резултат на неколку значајни промени во бракот и

64 Член 56 од Законот за семејството на Црна Гора, (службен весник број. 1/2007)

65 Родителот не може да се откаже од родителските должности. Забранета е злоупотреба на родителските права. (Член 60 став 2 од ЗСЦГ)

во семејството.⁶⁶ Поради промените во демократското општество, кои преовладуваат во сите европски земји, еманципацијата на жената и нејзиното вклучување во сите сфери на општествениот живот, системот на вина веќе не е компатибилен за овој начин на живот.⁶⁷ Затоа денес бракот се склучува од љубов, а не за материјални потреби. Доколку брачните другари не се среќни во својот брак, тие тоа го изјавуваат отворено и бараат развод и својата среќа ја бараат во нов брак. Друга тенденција за либерализација на разводот на бракот е дека веќе се напушта набројувањето на причините за развод на бракот, како што се предвидуваше во системот на развод – санкција, на тој начин што се навлегува во интимата на сопругниците и со тоа се зголемува омразата меѓу нив. Развојот на тенденцијата за либерализација на европските законодавства и понатаму продолжува преку намалување на пречките за развод, условите, роковите итн. И правниот систем на Република Северна Македонија напредува во однос на либерализација на разводот на бракот, во однос на причините и условите на развод, но и понатаму постои тенденција за усогласување со европските законодавства.⁶⁸

66 Ancel (5,10), *Men and Women in Interaction*, 1992

67 Нерамноправноста и неповолната положба на жената била видлива во патријархалното семејство каде што разводот бил можен само во случај на вина на едниот сопруг. Со појава на граѓанската класа и индивидуалистичките идеи, како што се рамноправноста и автономијата на волјите и слободата на договарањето, бракот бил третиран како обичен граѓанско-правен договор, каде што преовладувал системот на вина.

68 Република Македонија има тенденциите за подобрување на актуелните законски решенија во делот на слобода на разводот на бракот, и пронаоѓање на можноста за примена на меѓународното законодавство во областа на поедноставно и полиберално регулирање на институцијата развод на брак.

*Kaltrina Zekoli Shakiri, Phd
Assistant Professor
Faculty of sociology
University Mother Thereza Skopje*

LIBERALISATION OF DIVORCE IN THE EUROPEAN COUNTRIES (COMPARATIVE STUDY)

Summary

Part of the change in society is the change in marriage and family. Liberalism and individualism characterize the value and moral system of modern society that is radically different from medieval traditional society. According to liberalism, every person is free and independent and has complete freedom and right to seek and achieve happiness, and this right can't be denied to anyone. Comparing marriage with the past, where the main goals are family and social interests, in modern society there is a great transformation, where the interests and happiness of spouses are a priority. Over time, expectations for a marriage of personal happiness have increased. In modern society, the main goal of marriage gradually becomes personal fulfillment and happiness. If love disappears and the expected fulfillment and happiness in marriage are not achieved, then the main reason for being married no longer exists. Individualism appears as a major feature in modern society which is also a factor in increasing the number of divorces. The position of the individual is now directly related to his personal abilities, while the global characteristics of the family play a completely secondary role. In the paper, the author analyzes the legal regulations of European countries, regarding the liberalization of the institution of divorce, starting from the normative-legal constitutional basis for adopting laws and regulations that regulate the relations in a family, all the way to the divorce reforms in the modern period, which has largely achieved the liberalization of the divorce in all European countries.

Key words: *reasons for divorce, modern society, exercise of law, liberalization of divorce, marital relations, divorce reform*

УТИЦАЈ АЛГОРИТАМСКИХ СИСТЕМА НА ЉУДСКА ПРАВА У ДИГИТАЛНОМ ДОБУ

342.72/.73:004.421

342.738:004.421

Review paper

***Апстракт:** Распућа употреба алгоритамских система у дигиталном добу поенцијално утиче на сва људска права. Оне њиховој утицаја зависи од сврхе за коју се користе, начина на који функционишу, њихове тачности, сложености и обима. Ови системи чак и када немају неативан утицај на појединачном нивоу, могу негативно утицати на колективном нивоу, на одређене групе или на читаво становништво. Аутоматизоване технике обраде података као што су алгоритми, које користе јавни и приватни сектор, као и интернет платформе, који корисницима интернету омогућавају преглед, приступ информацијама и економски развој многим областима, све више се користе у процесима доношења одлука који су претходно били искључиво у домену људских бића. Алгоритми се могу користити за припрему људских одлука или њихово прихватање аутоматизованим средствима. Масовна употреба алгоритама у условима растуће најбрже и брзе промене технологије покреће питање заштите људских права и људској достојанства, а нарочито заштите дигиталних људских права. Расправа о утицају алгоритамских система на људска права и могућим последицама по појединце, групе и друштво у целини и даље је у овој и заслужује изузетну пажњу у академским круговима. Због тога је важно да државе предузму мере одреда у вези са развојем и употребом алгоритамских система и да усвоје одговарајуће законодавство, политике и праксе како би се осигурало поштовање људских права, како у јавној, тако и у приватној сфери употребе алгоритамских система.*

* Доктор правних наука.

Кључне речи: људска права, алгоритми, приватност, слобода изражавања, заштита података

1. ТЕХНОЛОГИЈА И ЉУДСКА ПРАВА

У данашњем свету глобализације и дигитализације готово сваки део нашег свакодневног живота на један или други начин је повезан са технологијом. Савремени начин живота карактеришу брзе, изненадне и непредвидиве промене које је немогуће у потпуности пратити и разумети. Утицај технологије на друштво није ограничен само на један сектор или једну индустрију, већ обухвата све аспекте свакодневног живота и сваку сферу друштва, која развија нове технологије у складу са својим потребама и захтевима. Од почетка деведесетих година 20. века па све до данас велика интернационална база података под називом интернет револуционарно утиче на културу, трговину, пословање, технологију и остале сфере друштва и увелико доводи до крупних промена и трансформације не само у ИТ сектору, већ у читавом друштву. Захваљујући интернету и брзом напретку технологије дошло је до значајнијег пораста приступа грађана и привреде информационом и комуникационим технологијама, које у све већој мери постају једино средство за приступ и пружање услуга. Повећани приступ интернету и дигиталне услуге, пак, значајно су проширили приступ знању и омогућили брже, организоване и оптималније ширење порука у дигиталном простору. Најраспрострањеније и најчешће коришћене интернет услуге (електронска пошта, инстант поруке, ВоИП телефонија¹, двосмерни интерактивни видео позиви, форуми за дискусију, блогови, друштвене мреже, веб сајтови, компаније за *online* трговину итд), показале су се као веома користан и моћан алат у пословном свету у којем многе компаније напретком модерних технологија спроводе нове моделе пословања као одговор на изазове глобалних трендова које је тешко решити без нових знања, вештина и вредности. У мору нових изазова с којима се свакодневно сусрећемо посебну пажњу изазивају нове тзв. „закулисне“ напредне технологије, попут вештачке интелигенције, аутоматизације, алгоритамских система и великих сетова података (*big data*), које свакодневно унапређују медицину, образовање, науку, пољопривреду и друге сегменте живота.

¹ ВоИП или интернет телефонија, од енглеске речи Voice over Internet Protocol, VoIP, што у преводу значи пренос гласа интернетом је комуникациона технологија која омогућава пренос звучне комуникације путем интернета.

Ове технологије имају потенцијал да значајно побољшају квалитет нашег живота, да нас ослободе од обављања тешких послова, да обогате наше слободно време и да изграде друштва заједничког просперитета. Захваљујући својој иновативности и константном напретку нове технологије могу у великој мери проширити доступност, количину и квалитет различитих података на основу којих се могу доносити одлуке у корист друштва без људског учешћа. Те одлуке које се доносе аутоматизованим средствима (употребом унапред програмираних алгоритама) имају потенцијал да створе нове могућности за повећање ефикасности рада, унапређење пословања и максимизирање људског потенцијала. Ипак, морамо признати да развој и коришћење нових технологија не прати само стално истицање предности и користи које нам доносе, већ и много недостатака и негативних карактеристика, који угрожавају заштиту и остваривање индивидуалних и колективних људских права, загарантованих обавезујућим домаћим и међународним правним актима. Нове технологије имају потенцијал да нагло погоршају неједнакост и дискриминацију у друштву и да створе масовну незапосленост губитком зарада и укидањем уобичајених рутинских послова. Тим пре што промењена природа рада и повећана доступност флексибилних радних места некима пружа могућности, а некима ускраћује животни век. Оно што посебно забрињава у последње време је масовно прикупљање података помоћу нових технологија, које често доводи до озбиљних повреда људских права, нарочито међу маргинализованим групама,² као што су расне мањине, појединци са ниским социо-економским статусом и жене,³ али и олакшања надзорних активности влада којима се може повредити приватност грађана. Главни разлози за повреду људских права у тој области су нетранспарентне процедуре надлежних органа и компанија без одговарајућих контрола обраде личних података, као и непоштовање важећих прописа у области заштите личних података.

Главни руковаоци услуга и платформи у дигиталном добу, компаније Епл (*Apple*), Фејсбук (*Facebook*), Гугл (*Google*), Мајкрософт (*Microsoft*), Твитер (*Twitter*), Линкдин (*Linkedin*), Јаху (*Yahoo*) и др.,

2 Lorna McGregor et al., OHCHR: The Right to Privacy in the Digital Age, p. 2. Доступно на: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/ReportPrivacyinDigitalAge/HRBDT.pdf>.

3 Monique Mann, Tobias Matzner, „Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination”, *Big Data & Society*, 2019, p. 2. Доступно на: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/2053951719895805>.

свакодневно обликују нормe и постављају границе својим корисницима како у јавном, тако и у приватном сектору. Оне играју све важнију улогу у начину на који корисници формирају и изражавају своје мишљење, долазе до одређених информација, расправљају, критикују и одржавају своју приватност. Технички услови, кориснички уговори и правила управљања овим услугама и платформама значајно утичу на ниво заштите људских права како у погледу могућности које нуде, тако и у погледу потенцијалне штете коју могу нанети.⁴ Првични проблеми обично настају када приступамо неком сајту који користи „ХТТП колачиће“, а не читамо услове коришћења. Наставком прегледања сајта ми аутоматски пристајемо на употребу колачића који памте кључне информације о нама како би обезбедили додатну функционалност сајта. Међутим, нису сви колачићи добронамерни, а поготово не они који долазе са рекламних страница или страница непровереног садржаја, који могу лако нарушити приватност корисника. Према Водећим принципима о пословању и људским правима, које је усвојио Савет за људска права Уједињених нација 2011. године, пословна предузећа имају директну одговорност да поштују и штите људска права, да делују са дужном пажњом како би спречила кршење људских права и да обезбеде делотворне правне лекове за кршење људских права везана за њихов рад.⁵ Имплементација овог циља УН-а зависи од спремности држава да такве нормe кодирају у пословне прописе којима ће се придржавати сва предузећа, како у јавном тако и у приватном сектору, у погледу уживања људских права у *online* и *offline* сфери.

Људска права и основне слободе примењују се подједнако у *online* и *offline* сфери. Свако има право на приступачан и недискриминирајући приступ интернет садржају, апликацијама и услугама помоћу уређаја по сопственом избору. Овај приступ подразумева улагање напора и предузимање мера за олакшање приступа интернету свим појединцима како у урбаним, тако и у руралним и географски удаљеним подручјима, а посебно особама са ниским приходима и посебним потребама. Нико не сме бити дискриминисан у интеракцији са јавним властима, пружаоцима интернет услуга и провајдерима *online* садржаја и услуга или са другим корисницима или групама корисника ни по једном основу као што су пол, раса, боја, језик, вероисповест или уверење, политичко

4 Rikke Frank Jørgensen, Human Rights in the Age of Platforms, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge, Massachusetts, 2019, p. xvii.

5 UN, Guiding Principles on Business and Human Rights, New York and Geneva, 2011, pp.15-16.

или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с националном мањином, имовина, рођење, етничка припадност, узраст, сексуална оријентација или други статус. Приступ интернету је важно средство за остваривање права и слобода свих појединаца и њихово учешће у демократији. Због тога нико не сме бити искључен са интернета против своје воље, осим у случајевима када о томе одлучује суд или у одређеним случајевима када уговорни аранжмани спроводе крајњу меру прекид одређених услуга. Сваки корисник интернета у обавези је да поштује права и слободе других корисника и да води рачуна о њиховом угледу. Пружаоци *online* услуга и садржаја, пак, имају корпоративну одговорност да поштују права и слободе свих корисника, која једино могу бити ограничена законом и у складу са политикама о садржају и услугама пружаоца *online* услуга, попут друштвених мрежа, које могу ограничити одређене врсте садржаја и понашања која подстичу дискриминацију, мржњу или насиље међу интернет популацијом. Пружаоци *online* услуга такође имају обавезу да о таквој политици обавесте потенцијалне кориснике својих услуга који ће бити у могућности да донесу информисану одлуку о томе да ли ће користити услугу тог интернет провајдера или не. Ово укључује и посебне информације о томе шта пружаоци *online* услуга подразумевају под незаконитим или непримереним садржајем при коришћењу њихових услуга и како ће поступати у случају повреде правила њихове политике о садржају и услугама у *online* сфери.⁶

Међусобна повезаност технологије и људских права по први пут је уврштена у агенду међународне политике на Првом светском самиту о информационом друштву одржаном у две фазе 2003. и 2005. године. Иако је до тада ова област била готово неистражена и тек донекле покривена активностима појединих научника и активиста, у последњих неколико година дошло је до значајнијег повећања истраживања, литературе и докумената за подршку напора за успостављање норми и стандарда за заштиту људских права и основних слобода у *online* простору.⁷ У условима убрзаног раста напредних технологија које потенцијално утичу на сва људска права научницима и академској заједници не преостаје ништа друго него да се посвете проналажењу концепта који ће имати за циљ безбедно коришћење нових технологија и заштиту постојећих људских права и основних слобода, као што су

6 Више о томе видети: Council of Europe, Guide to Human Rights for Internet Users: Recommendation CM/Rec(2014) and explanatory memorandum.

7 Jørgensen, R. F., op.cit., p. xxiv.

право на правично суђење, право на приватност и заштиту података, слобода мишљења, савести и вероисповести, слобода изражавања и окупљања, право на једнако поступање и економска и социјална права, у контексту дигиталних технологија, а нарочито на интернету. Најбољи патраметар за одговорно деловање свих заинтересованих страна (влада, приватни сектор, грађанско друштво, појединци и др.) је усвајање и одговарајућа примена регулаторних и надзорних оквира који омогућавају транспарентно и одговорно примењивање нових технологија у циљу спречавања, откривања, забране и уклањања сваке врсте кршења људских права, било да потичу од стране јавних или приватних актера.

2. АЛГОРИТМИ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ЉУДСКА ПРАВА

Алгоритми нису нова појава. Они су постојали и пре појаве рачунара и углавном су служили као упутства за решавање неког проблема или задатка у различитим областима јавног и приватног живота. Реч алгоритам први пут се помиње у 9. веку од стране персијског научника и математичара Мухамеда ал Хорезмија који га је први увео у математику. Дуго након првобитне појаве овај појам је означавао „поступак за рачун са децималним бројним системом“, да би тек у првој половини 20. века добио савремено значење које често се везује за појам рачунарства и рачунарских уређаја у чијој сржи се налазе сами алгоритми.⁸ Оксфорд речник дефинише алгоритам као „*процес или скуп њавила којих се њреба њридржавати у њрорачунима или друћим ојерацијама решавања њроблема, њособно рачунаром.*“⁹

Алгоритми су створени од стране људи првенствено да послуже као помагала у решавању одређеног проблема или задатка. Напретком технологије они су постајали све сложенији до те мере да су многи алгоритми данас постали „неприступачни“ и тешко разумљиви. Штавише, многи људи нису ни свесни да алгоритми постоје и да свакодневно обављамо послове према одређеним правилима. Тако, на пример, када се будимо ујутру прво облачимо џемпер, па онда капут, а не обратно (алгоритам за облачење); када правимо колаче, а нисмо

8 Thomas H. Cormen et al., Introduction to Algorithms, Massachusetts Institute of Technology, 3rd edition, 2009, p. xiii

9 Oxford English Dictionary, Definition of algorithm, <https://www.lexico.com/definition/algorithm>, приступљено 11.12.2020.

сигурни шта нам је потребно, тражимо рецепт за колаче (алгоритам за колаче), који прецизно описује намирнице и редослед коначног броја корака у припреми колача; када кувамо чај прво загревамо воду, а онда додајемо чај, шећер (алгоритам за чај) итд. Ови алгоритми се описују природним језиком јер су намењени људима који треба да их разумеју, усвоје и спроводе. За стварање алгоритма потребни су одређени кораци или упутства којих се треба придржавати у тачно дефинисаном редоследу (нпр. упутства за навигацију или вожња аутомобилом). По овом принципу су настали многи рачунарски или математички алгоритми који нису ништа друго него рецепт за рачунар: *„скуј јасних уџуџиџава који су њроџрамирани у рачунар и који џоворе рачунару шџа џтреба да уради како би џосџиџао одређени исход.“* Ови алгоритми раде по принципу „корак по корак“, при чему сваки корак мора да има прецизна упутства. За разлику од „природних“ алгоритама који се описују људима, рачунарски алгоритми се описују рачунару који треба потпуно аутоматски да их спроведе, упркос томе што су многи рачунарски алгоритми такви да их обично спроводе људи, а не машине.¹⁰ Због тога, потребно је више пажње посветити људима који их програмирају него самим алгоритмима, који често садрже пристрасности људи који их стварају и који, ако нису прецизни, многу довести до много неправедних одлука које суптилно мењају наш живот и начин на који функционише наше друштво.¹¹ Данас, готово да не постоји човек који није остварио контакт са неким алгоритмом. Сваки пут када претражујемо на Гуглу (*Google*), Фејсбуку (*Facebook feed*) или када користимо ГПС (*GPS*) навигацију у аутомобилу или на мобилном телефону (мобилне апликације за навигацију) комуницирамо са алгоритмом.

Алгоритми су доспели у жижу научног интересовања невиђеним растом рачунарске моћи, брзим напретком технологије и сталним побољшањем вештачке интелигенције. Убрзани раст комуникационих технологија, лака доступност и приступ приватним и другим подацима нагло су повећали број алгоритама, који захваљујући свом трансформационом потенцијалу сада могу извршавати много сложеније задатке које превазилазе људске способности и брзину. Штавише, алгоритми могу да уче самостално и да предвиде многе

10 Алгоритми, <https://milenamarc.files.wordpress.com/2015/09/algoritmi.pdf>, Приступљено 11.12.2020.

11 Иако нису савршени, алгоритми су готово увек прецизни и доследни. Њихов главни проблем је то што не разумеју контекст или нијансе, нпр. емоције и емпатију на начин на који то разумеју људи.

будуће исходе спровођењем софистициранијих анализа. Главни извор напајања алгоритама су лако доступни велики и разноврсни скупови података, често означени као „велики подаци“ (велика количина података), који се могу ефикасно објединити и обрадити. Они постоје у сложеном, међусобно зависном глобалном екосистему података у којем алгоритамски добијени резултати се могу користити као нови улазни подаци за друге алгоритамске процесе.¹²

Данас појам алгоритам има различита значења у зависности од тога да ли се употребљава у рачунарској науци, међу информатичарима и математичарима, у комуникацији, медијима, јавности или пак у политичком и социјалном дискурсу.¹³ У најширем смислу алгоритми се могу схватити као: 1) „метод или техника доношења одлука“; 2) „техника за аутоматску обраду података“; 3) „прецизан опис свих правила и поступака потребних за постизање жељеног резултата“;¹⁴ 4) „коначан скуп правила која пружају низ операција за решавање специфичног проблема“;¹⁵ 5) „поступак који до последњег детаља описује све активности и њихов редослед, неопходан да се обрадом улазних података дође до излазних података, односно решења“;¹⁶ 6) „специфичан поступак за решавање добро дефинисаног рачунарског проблема“; 7) „формуле дизајниране за израчунавање одређеног резултата“ (нпр. за извођење математичких прорачуна за израчунавања једначине, за сортирање података или класификацију података на основу утврђених критеријума) итд. Ови „традиционални“ алгоритми су једноставнији и они раде на рачунарском коду написаном од стране лица које је програмер, који разуме њихове логичке основе и који ако је потребно може објаснити како је дошло до одређене одлуке демонстрирањем унутрашњег деловања система.¹⁷ За разлику од традиционалних алгоритама, савремени или дигитални алгоритми

12 Lorna McGregor, Daragh Murray, Vivian Ng, *International human rights law as a framework for algorithmic accountability*, Cambridge University Press, 2019, p. 310. In *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, Issue 2, 2019.

13 Council of Europe study DGI (2017)12, *Algorithms and Human Rights: Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, March 2018, p. 5.

14 Neven Pavković, Dorian Marjanović, Nenad Bojčetić, *Programiranje i algoritmi*, skripta, prvi deo, Zagreb, 2005, str. 10

15 Ibid.

16 Ibid.

17 Из инфорационо-технолошке перспективе алгоритми се могу схватити као

су много софистициранији. Они се могу схватити као „део кода или рачунарска апликација која се користи за пружање подршке доношењу одлука од стране људи или пак предузимање радњи независно од људског уноса података.“¹⁸

Упркос широко распрострањеном схватању „да су алгоритми софтвер“¹⁹ и да „софтвер једе свет“,²⁰ постоје и схватања да „алгоритми не морају да буду софтвер: у најширем смислу, алгоритми се могу схватити као кодиране процедуре за претварање улазних података у жељени резултат на основу одређених прорачуна. Главна одлика ових процедура је то што задају и проблем и кораке за решавање проблема.“²¹ Сваки проблем је различит и захтева различиту врсту алгоритамске технике (алгоритма). Са аспекта људских права издвајају се две врсте алгоритама: а) алгоритми чија су правила у потпуности развијена људском логиком и чија се правила имплементирају као „директно програмирање“, виртуелно „ручно“ од стране програмера и б) алгоритми за рударење података или машинско учење чија се правила заснивају на корелацијама генерисаним анализом података. Алгоритми из ове друге групе су познати и као „алгоритми који уче“ и обично се додељују пољу вештачке интелигенције. За ову групу алгоритама је карактеристично то што се процес „учења“ не одвија без

„основна, формализована и тачно дефинисана правила рачунања или правила за предузимање низ рачунарских корака, који су постављени за извршавање датог задатка (нпр. за извођење рачунарског задатка сортирање постоји широка листа различитих алгоритама).“ „Алгоритми морају бити имплементирани или програмирани у једном од многих програмских језика, као што су Питхон (Python), Јава (Java), ЈаваСкрипт (JavaScript), Ц ++ (C++) итд., да би их рачунар могао извршити. Они су накнадно доступни као програмски делови, који се комбинују са структурама података како би се формирао софтвер или софтверски систем. Алгоритми у софтверу извршавају задатак генерисања резултата, обично у другим форматима података, па на основу тога се могу схватити као могућа компонента софтвера. Они се примењују у софтверу, комбинују и организују како би испунили одређене сврхе, које првенствено одређују људи, а нарочито програмери.“ Видети: Carsten Orwat, Risks of Discrimination through the Use of Algorithms: A study compiled with a grant from the Federal Anti-Discrimination Agency, 1st edition, Berlin, 2020, p.11

18 McGregor, L., Murray, D., Ng, V., op.cit., p. 315.

19 Алгоритми за обраду великих количина података, попут вештачке интелигенције и алгоритама за машинско учење, се могу схватити као специјализована врста софтвера.

20 Council of Europe study DGI (2017)12, op.cit., p. 3.

21 Ibid, p. 5.

људи чије одлуке такође могу бити извор повреде људских права.²² На пример, алгоритми за управљање великим подацима, попут вештачке интелигенције или алгоритама за машинско учење, раде на основу корелације и статистичке вероватноће. Анализом велике количине података ови алгоритми идентификују везе између појединих улаза и одређеног излаза и на основу тога предвиђају. Природа ових алгоритама је таква да они генеришу резултате који описују понашање групе и нису прилагођени одређеним појединцима унутар те групе, без обзира на величину или квалитет улазног скупа података, иако могу да се користе и за доношење појединачне одлуке.²³

Данас су алгоритми толико заступљени да је готово немогуће замислити живот без њих. Свака примена алгоритама за решавање одређеног проблема не значи и доношење потпуно аутоматизоване одлуке. Много пута алгоритми се користе само за анализу података, чији се исходи даље користе као препоруке или подршка доношењу одлука од стране људи. Алгоритми се, стога, могу поделити у две подгрупе: а) алгоритми за аутоматску обраду и анализу података; и б) алгоритми за аутоматску примену и спровођење правила доношења одлука.²⁴ Главне карактеристике алгоритама који се користе за аутоматску обраду података и аутоматизовано доношење одлука су аутоматизација, анализа података, приспособљивост и друштвене структуре. Ови елементи су важни, али не и једини у процесу аутоматизованог одлучивања. Сам процес одлучивања састоји се и од елемената који се не могу аутоматизовати (нпр. дискреција аутора алгоритамских система) и који се губе аутоматизацијом процеса одлучивања од стране људи. Због тога, није лако поставити границу између аутоматизованог или полуаутоматизованог одлучивања и одлучивања од стране људи. Тим пре што алгоритми не постоје без суштинског контакта са људима. Математичке и рачунарске структуре не утичу саме по себи негативно на људска права, већ њихово спровођење и примена у интеракцији са људима.“ Стога, „пре него што се одговорност пребаци на алгоритме, потребно је испитати, критиковати и оспорити друштвене структуре и конкретне норме и вредности које су уграђене у саме алгоритме. С тим у вези, није неопходно анализирати саме алгоритме, већ процес одлучивања око алгоритама у погледу њиховог утицаја на људска

22 Orwat, C., op.cit., p. 12.

23 McGregor, L., Murray, D., Ng, V., op.cit., p. 316.

24 Orwat, C., loc.cit.

права.²⁵ Тако на пример, многе студије стављају већи нагласак на примену алгоритама (у софтверским системима за одређене сврхе), него на алгоритмима самима по себи, због тога што алгоритми своје друштвене последице показују тек када се примене у софтверским апликацијама, користећи одређене скупове података у економској, социјалној, административној и правној пракси.²⁶

Алгоритми доводе до много нежељених последица првенствено због повећаног нивоа сложености и опсега деловања којима могу знатно утицати на животе и права појединаца, група и друштво у целини. Негативне импликације алгоритама на људска права отежавају примену друштвених и основних вредности као што су заштита људског достојанства, очување слободног развоја личности и информационо самоопредељење, забрана дискриминације и заштита владавине права.²⁷ Актуелне дебате о утицају алгоритама на људска права су у раној фази и још увек нису понудиле јасан одговор на многа питања, као на пример: „Ко је одговоран за повреду људских права на основу алгоритамски припремљене одлуке? Да ли је то лице које је програмирало алгоритам, оператер алгоритма или пак лице које је спровело ту одлуку? Да ли постоји разлика између алгоритамски донете одлуке и одлуке донете од стране човека? Како повећана употреба алгоритама утиче на заштиту и остваривање људских права и људског достојанства у условима брзих технолошких промена и да ли се све то одвија у складу са утврђеним стандардима, правним концептима и начелима људских права?“²⁸

2.1. ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ И ЗАШТИТУ ПОДАТАКА

Највеће дискусије о утицају алгоритамских система на људска права се односе на заштиту приватности. Приватност је фундаментално људско право које је од суштинског значаја за заштиту аутономије и људског достојанства. Ово право је артикулисано у свим главним међународним и регионалним инструментима о људским правима и подигнуто је на нову уставне гаранције у преко 130 држава широм света.²⁹

²⁵ Council of Europe study DGI (2017)12, op.cit., p. 8.

²⁶ Orwat, C., op.cit., p. 11

²⁷ Ibid, p.11

²⁸ Council of Europe study DGI (2017)12, op.cit., p. 5.

²⁹ „Нико се не може изложити произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед. Свако има право на заштиту закона

Приватност је основни начин на који настојимо да заштитимо себе и друштво од неоправданог мешања у наш живот и произвољне и неоправдане употребе моћи од стране трећих лица, влада, државних институција, компанија и других приватних субјеката. Она нам омогућава да будемо своји, да поставимо границе како бисмо ограничили приступ нашем дому (просторна приватност), нашим информацијама (информацијска приватност) или нашој комуникацији (комуникацијска приватност), да размишљамо слободно и без дискриминације и да свакодневно обављамо наше активности и сами доносимо одлуке о нашем животу. Иако, само по себи, ово право има апсолутни значај и делује „*erga omnes*“ – према свима,³⁰ право на приватност је „квалификовано“ право. То значи да није „апсолутно“ и неограничено и да се на њега може утицати у одређеним ограниченим ситуацијама (нпр. ради заштите националне безбедности или заштите права и слобода других), под одређеним условима: а) ако вршење овог права није у складу са законом и б) уплитање у вршење овог права мора да буде неопходно и сразмерно³¹

Право на приватност представља темељ на којем се граде многа друга људска права (нпр. право на слободу изражавања и удруживања). Многи међународни и регионални инструменти данас, поред права на приватност, признају и темељно право на заштиту података. Ово право је уско повезано са општим правом на приватност и може се сматрати делом права на приватност у универзалном систему људских

против оваквог мешања или напада.“ Видети: Члан 12, Универзална декларација о људским правима (1948).

„Нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, у његову породицу, у његов стан или његову преписку, нити незаконитих повреда нанесених његовој части или његовом угледу. Свако има право на заштиту закона против оваквих мешања или повреда.“ Видети: Члан 17, Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966).

„Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.“ Видети: члан 8, став 1, Европска конвенција о људским правима (1950).

„Свака особа има право на заштиту личних података који се на њу односе. Лични подаци морају се обрађивати поштено и користити у за то утврђене сврхе и на основу пристанка особе које се тичу или на некој другој законитој основи. Свако има право на приступ прикупљеним подацима о њему и право на њихово исправљање.“ Видети: Члан 8, Повеља ЕУ о основним правима (2007/С 303/01).

30 Љуба Слијепчевић, Право на приватност у домаћим и међународним прописима – с освртом на интернет, Гласник Адвокатске коморе Војводине, Vol. 88, бр. 1, стр. 32.

31 Члан 8, став 2, ЕКЉП (1950).

права (УН).³² Заштита података првенствено се односи на заштиту личних података или „података који се односе на једну особу, а чијом се употребом може утврдити идентитет те особе.“³³ То су подаци које свакодневно користимо у својим активностима на интернету, у трговини, школи, банци, на послу и који су доступни државама, компанијама или трећим лицима преко наших мобилних уређаја или када ступимо у контакт и користимо тзв. „бесплатне“ услуге разних веб сајтова. Најраспрострањенији лични подаци у дигиталном простору су: име и презиме, адреса, имејл адреса, бројеви телефона, подаци о здравственом стању, ЈМБГ, оцене у школи, подаци о образовању, подаци о чланствима у организацијама и удружењима, историја прегледа на интернету, биометријски подаци (скенирање зенице или отисак прста), број личне карте или број пасоша, фотографија лица, видео запис лица, тонски запис лица, ДНК, подаци о локацији и кретању, висина зараде, брачни статус, рачуни у банкама, пореске пријаве, кредитна задуженост“ итд.³⁴

Експанзијом интернета, друштвених мрежа и неограниченог протока информација, лични подаци и приватност појединаца су постали најугроженија права у дигиталном простору, с обзиром да се стално преплићу са технологијом. Највећи изазов по питању ових права је то што се приватност може угрозити, а да нисмо ни свесни да је дошло до повреде нашег права, што није случај са другим правима код којих се види ко је преступник и ко се уплиће у вршење тих права. Прикупљањем, обрадом и пренаменом велике количине података и слика уз помоћ алгоритама може доћи до озбиљних повреда права на

32 Lindsey Andersen, *Human Rights in the Age of Artificial Intelligence*, 2018, p. 20. Доступно на: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2018/11/AI-and-Human-Rights.pdf>, приступљено 20.12.2020.

33 Према дефиницији из Опште уредбе о заштити података о личности „лични подаци су сви подаци који се односе на поједница чији је идентитет утврђен или се може утврдити. Појединац чији се идентитет може утврдити је лице које се може идентификовати директно или индиректно, нарочито уз помоћ идентификатора као што су име, идентификациони број, подаци о локацији, мрежни идентификатор или уз помоћ једног или више фактора својствених за физички, физиолошки, генетски, ментални, економски, културни или социјални идентитет тог поједница“ (члан 4, став 1). Видети: 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).

34 Лични подаци у дигиталном добу, http://www.vuorskola.edu.rs/starnet/media/informat/8%20razred/lekcija_licni-podaci.pdf, приступљено 25.12.2020.

приватност и заштиту података.³⁵ Штавише, анализом података помоћу система вештачке интелигенције могу се открити приватне информације о појединцима, информације које се квалификују као заштићене и које треба третирати као осетљиве чак и када потичу из скупова великих података који се хране јавно доступним информацијама.³⁶ Најбољи пример за то су МЛ модели или математички алгоритми који могу тачно проценити старост, пол, занимање и брачни статус особе само на основу података о локацији мобилног телефона. Такође, ови модели могу предвидети будућу локацију лица на основу историје његовог кретања и података о локацији пријатеља. У циљу заштите људских права ови подаци се морају третирати на исти начин као и сви други лични подаци.³⁷

Алгоритми се често користе за праћење понашања на интернету и профилисање појединаца чији се обрасци претраге бележе „ХТТП колачићима“ или сличним технологијама које задиру у приватност појединаца без њиховог знања (нпр. дигитални отисци или сензори), а прикупљају упитима за претрагу (нпр. претраживачи, виртуелни асистенти). Прикупљени подаци о понашању појединаца даље се обрађују од стране паметних уређаја (преко разних апликација) који могу додатно угрозити приватност и заштиту података.³⁸ Употреба алгоритама за обраду података може угрозити и друга права ако се лични подаци користе за таргетирање појединаца (нпр. у области осигурања или на конкурисима за посао).³⁹ Постоји много примера непримерене обраде личних података, будући да су многе наше активности на интернету повезане са прикупљањем и обрадом личних података без нашег знања. На пример, када желимо да купимо неки производ *online* прво тражимо понуде на страницама понуђача на којима су инсталирани „ХТТП колачићи“ који прате наше понашање и стварају профил о нама, иако нисмо уписали ни један лични податак о нама. Понуђач прати шта ми претражујемо и када се одлучимо да затражимо *online* понуду алгоритам који је одредио наше понашање обавештава понуђача који нам може приказати већу цену за жељени производ.⁴⁰ Такође,

35 Council of Europe study DGI (2017)12, op.cit., p. 12.

36 Andersen, L., loc.cit

37 Ibid.

38 Council of Europe study DGI (2017)12, op.cit., p. 13.

39 Ibid.

40 Лични подаци у дигиталном добу, loc.cit.

„приликом куповине, продавци често од нас траже личне податке да би нас придобили картицама лојалности и да би сазнали наше навике и тако повећали своју зараду, али и да би продали те податке другим компанијама.“ Ту врсту комуникације често остварују слањем писама поштом, контактирањем путем телефона, али и путем електронске поште, СМС-ом или спонзорисаним објавама на интернету (нпр. често се догађа да купимо неки производ, а да нам продавац поново нуди исти производ путем електронске поште или СМС-а). За све ово мора да постоји законски основ и пристанак личности.⁴¹

Други изазов употребе алгоритама за обраду података је повећана употреба владиних програма за праћење друштвених медија, који могу довести до озбиљних повреда приватности појединаца, као последица неоправданог прикупљања мноштво информација (целокупног животног века) са друштвених налога и њиховог достављања програмима који се покрећу вштачком интелигенцијом ради откривања претњи. Иако неки сматрају да је то мудра полицијска стратегија, Булк (*Bulk*) сматра да такви програми могу довести до озбиљних повреда људских права, поготово ако су системи за обраду података недовољно транспарентни и ако се не поштују важећи прописи у области заштите података.⁴² Напретком технологије многе развијене земље, попут САД-а и Кине, иду корак даље тако што развијају централизоване владине системе за препознавање лица уз помоћ камера које се постављају у све већем броју на јавним местима. Употреба ових система за праћење опште популације не само што омета анонимности грађана и њиховом праву на приватност, већ утиче на остваривање и уживање свих осталих права, попут слободе удруживања.⁴³ Незаконито и произвољно мешање у право на приватност нарочито тешко пада маргинализованој популацији, попут ЛГБТ популације, која своју заступљеност на друштвеним мрежама или дигиталним платформама користи за интеракцију, организацију и обликовање свог дискурса. Повећана употреба њихових личних података, било од стране државе или пословних предузећа, не само што утиче на њихово право на приватност, већ и на остваривање циљева државних и недржавних актера (нпр. притварање, претње по њиховим животима итд).⁴⁴

Трећи и можда највећи изазов алгоритамске обраде података је

41 Ibid.

42 Andersen, L., op.cit., pp. 20-21.

43 Ibid.

44 Lorna McGregor et al., loc.cit.

стварање нових података на основу неколико сподељених података од стране субјекта података, који се комбинују и спајају, стварајући друге и треће генерације података. Ови подаци су непредвидиви за субјекта података јер доводе у питање три важна концепта: сагласност, транспарентност и аутономију личности.⁴⁵ Главни разлози за комбинацију и спајање скупова података, који садрже личне и неличне податке, су разноврсност извора података и хетерогеност великих количина података. Мешање и поновна употреба ових података у великом обиму и великом брзином отежава многе облике заштите података и доводи у питање спровођење прописа о заштити података.⁴⁶

Оно што посебно забрињава у том домену је чињеница да појединци немају потпуну контролу над својим дигиталним отисцима,⁴⁷ који се манифестују на интернету или рачунару (дигиталним уређајима) који, за разлику од људских бића, могу задржати и приступити великим количинама података и анализирати све податке путем алгоритама. Анализом великих количина података алгоритми могу доносити закључке о некој особи, који у многим случајевима могу бити тачнији од закључака људи који ту особу познају.⁴⁸ До овог открића су дошли истраживачи са Универзитета Станфорд и Универзитета у Кембриџу, 2013. и 2015. године, који су упоређивали способност рачунара и људи да тачно процене психолошке особине и стања људи на основу њихових дигиталних отисака или сигнала које памти рачунар – Фејсбук „допадања“ (*Facebook „likes“*). Рачунарско истраживање Фејсбук

45 Council of Europe study DGI (2017)12, loc.cit.

46 Tjerk Timan, Zoltan Mann, Data Protection in the Era of Artificial Intelligence: Trends, existing solutions and recommendations for privacy-preserving technologies, Big Data Value Association (BDV), October 2019, p. 4.

47 Дигитални отисак је скуп дигиталних активности, радњи, доприноса и комуникација који се манифестују на интернету или на дигиталним уређајима. Они могу бити пасивни и активни. Пасивни дигитални отисци састоје се од активности прегледавања веба и информација које се чувају као „колачићи“ у online бази података или у датотекама којима могу приступити администратори како би видели које су радње извршене на машини. Активни дигитални отисци подразумевају објављивање информација од стране корисника са намером да подели неку информацију на вебу или друштвеним мрежама. Иако се обично односи на појединца, дигитални отисак се може односити и на предузеће, организацију или корпорацију.

48 Употреба дигиталног отиска директно задире у приватност и може имати позитивне и негативне импликације на појединца. На пример, због мањих трошкова и приступачности, послодавци често користе дигитални отисак кандидата за online проверу и процену способности између два једнака кандидата, при чему кандидат са позитивним дигиталним отиском може имати предност на конкурс за посао.

„допадања“ заснивало се на чланке, видео снимке, уметнике и сл. који су се свидели испитанику на Фејсбуку. Анализом ових података, која не подразумева интеракцију лицем у лице, утврђено је да рачунар може прецизније проценити личност појединца од већине његових пријатеља и породице. Само супружник појединца је дао приближне резултате као и рачунар. Све ово говори да рачунари (вештачка интелигенција) имају потенцијал да нас боље познају од наших најближих и да смо суочени са емоционално интелигентним и социјално вештим машинама које осим користи доносе и забринутост због повреда приватности у вези са мрежним претраживањем података и праћењем активности корисника.⁴⁹ Захваљујући дигиталној трајности, која се бави развојем дигиталних техника складиштења и чувања великих количина података, повреда приватности може имати трајне последице за појединца и импликације на друга права. То значи да појединац коме је повређено право на приватност може и у будућности да се суочава са новим и сталним ризицима по своја права.⁵⁰

3. МЕЂУНАРОДНИ ПРАВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ОД ПОВРЕДА ЛЈУДСКИХ ПРАВА ПУТЕМ АЛГОРИТАМСКИХ СИСТЕМА

Први и једини постојећи правно обавезујући међународни уговор у последњих четири деценија, који штити појединца од повреде права у вези са прикупљањем и обрадом личних података, је Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду података (Конвенција 108), коју је Савет Европе усвојио 1980. године.⁵¹ Иако су основни принципи садржани у Конвенцији 108 издржали тест времена, Савет Европе је сматрао да је неопходно унапредити Конвенцију, која је након седам година интензивног рада и преговора коначно модернизована Протоколом којим се мења Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду података (Конвенција 108), који је Савет Европе усвојио 18. маја 2018. године (Протокол 223).⁵² Република Србија је

49 New Stanford research finds computers are better judges of personality than friends and family, Доступно на: <https://news.stanford.edu/2015/01/12/personality-computer-knows-011215/>, приступљено 20.01.2021.

50 Lorna McGregor et al., loc.cit.

51 Council of Europe, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, Treaty No. 108.

52 Council of Europe, Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals

једна од уговорних страна Конвенције која је брзо препознала значај и потребу ступања на снагу Протокола 223, којег је потписала 22. новембра 2019. године, а ратификовала 26. маја 2020. године.⁵³

Циљ овог Протокола је модернизација и унапређење Конвенције 108, узимајући у обзир нове изазове заштите појединаца у погледу обраде личних података, који произилазе из употребе нових информационих и комуникационих технологија и који се појављују након што је Конвенција усвојена 1980. године. Најважније новине садржане у Протоколу 223 се односе на: јаче захтеве у погледу начела пропорционалности и минимизирања података, те законитости и транспарентности обраде података; заштиту података у односу на све активности обраде, укључујући и у сврху националне безбедности, са могућим изузецима и ограничењима под условима утврђеним Конвенцијом; проширење врста осетљивих података, које сада укључују генетске и биометријске податке, чланство у синдикатима и етничко порекло; обавезу пријављивања повреде података; и нова права за лица у контексту употребе алгоритама у доношењу одлука, која су посебно значајна у вези са развојем вештачке интелигенције.⁵⁴ Члан 9 модернизоване Конвенције 108 изричито утврђује право сваког појединца: а) да се на њега не односи одлука која битно утиче на њега, а заснива се искључиво на аутоматској обради података без узимања у обзир његових ставова; б) да на захтев, у разумним временским интервалима и без прекомерног кашњења или трошкова, добије потврду о обради личних података који се односе на њега, обавештење у разумљивом облику о обрађеним подацима, све доступне информације које је руковалац дужан да пружи како би се осигурала транспарентност обраде у складу са чланом 8, став 1; в) да на захтев буде обавештен о разлозима обраде података ако се резултати такве обраде примењују на њега; г) да у сваком тренутку, из разлога који се тичу његове ситуације, уложи приговор на обраду личних података који се односе на њега, осим ако руковалац не докаже да постоје легитимни разлози за обраду који превазилазе његове интересе или права и основне слободе; д) да на захтев добије бесплатно и без сувишног одлагања, исправку или

with regard to Automatic Processing of Personal Data, CETS No. 223.

53 Протокол ступа на снагу ратификацијом од стране сваке државе потписнице Конвенције 108 или 11. октобра 2023. године, ако до тог датума Протокол има 38 уговорних страна.

54 Details of Treaty No. 223, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223>, приступљено 26.12.2020.

брисање таквих података, у зависности од случаја, ако се подаци обрађују или су обрађени у супротности са одредбама ове Конвенције; ђ) на правно средство према члану 12 ако су му повређена права из ове Конвенције; е) да користи, без обзира на своју националну припадност или место становања, помоћ надзорног органа у смислу члана 15 приликом остваривања својих права из ове Конвенције. Субјект података се не може позвати на наведена права ако је одлука донета у складу са законом који се примењује на руковооца и који такође утврђује одговарајуће мере за заштиту права, слобода и легитимних интереса субјекта података.⁵⁵

Општа уредба о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и о слободном кретању таквих података (Општа уредба о заштити података, ГДПР), која се од 25. маја 2018. године директно примењује у свим државама чланицама ЕУ, је нови генерални пропис ЕУ који има за циљ да врати грађанима надзор над њиховим личним подацима (уједначавањем прописа и успостављањем јединственог закона у целој Унији) и развије механизме међународне сарадње за олакшање делотворног извршавања законодавства о заштити личних података. Државе чланице ЕУ немају потребу да усвајају посебне законе о заштити података, јер ова Уредба након усвајања постаје закон у свакој држави чланици. Њена примена није ограничена само на грађане ЕУ и компаније које се налазе на територији ЕУ, већ и на оне које су основане ван њених граница, ако обрађују податке о личности лица из Уније.⁵⁶ Оно што је посебно важно за ову Уредбу је то што се примењује на обраду личних података која се у потпуности обавља аутоматизовано, те на неаутоматизовану обраду, ако се лични подаци чувају или је предвиђено њихово чување у систему за складиштење.⁵⁷ Уредба се издваја и по томе што уводи стандарде за употребу алгоритама у обради података и доношењу одлука, попут изричите сагласности субјекта података

55 Члан 11, Закон о потврђивању протокола о изменама и допунама Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података, „Сл. Гласник РС – Међународни уговори”, број 4/2020.

56 Видети: Члан 3, став 2, ГДПР, *op.cit.* Република Србија је у новембру 2018. године усвојила нови Закон о заштити података о личности, који је у потпуности хармонизован са Уредбом и треба да одговори на савремене изазове заштите података о личности. Иако нови закон значајно унапређује заштиту података о личности у домаћем правном систему и у односу на изношење података у треће земље, домаћи надлежни органи још увек нису одговорили на све изазове у вези са имплементацијом закона.

57 Видети: Члан 2, ГДПР, *Ibid.*

за обраду личних података који се на њега односе, као и неколико важних права, попут индивидуалног права на објашњење појединачне алгоритамске одлуке.⁵⁸ Аутоматизоване одлуке и израда профила на основу посебних категорија личних података према овој Уредби се могу допустити само под одређеним условима.⁵⁹ Израда профила подразумева сваки облик аутоматизоване обраде личних података који се састоји од употребе личних података за оцену одређених личних аспеката повезаних с појединцем, посебно за анализу или предвиђање аспеката у односу на радни учинак, економску ситуацију, здравље, личне преференције, интересе, поузданост, понашање, локација или кретање тог појединца.⁶⁰ Сваки појединац према овој Уредби има право да ужива неколико важних права, и то: општа права на заштиту података, попут права на обавештавање, права на приступ личним подацима и значајним информацијама, права на исправљање података и права на ограничење обраде података, као и права специфична за профилисање, попут права на приговор, која се такође примењују у погледу алгоритамског одлучивања.⁶¹ Уредбом је утврђено још једно право специфично за алгоритамско одлучивање, а то је право да се на појединца не односи одлука која се темељи искључиво на аутоматизовану обраду, укључујући израду профила, која производи правне последице које се односе на њега или на сличан начин битно утичу на њега.⁶² То значи да поменуто право постоји ако се одлука темељи искључиво на аутоматизовану обраду. Ако је одлука донета комбинацијом аутоматизоване и неаутоматизоване обраде личних података то право не постоји. Што се тиче последица аутоматизоване обраде података, оне морају бити правне – тј. да утичу на његова права (нпр. ако се на основу такве одлуке појединцу забрани прелазак границе) или морају на сличан начин битно да утичу на њега (нпр. аутоматско одбијање захетва за кредит путем интернета или пракса доношења одлука о запошљавању путем интернета без икакве људске интервенције.⁶³

58 Margot E. Kaminski, Gianclaudio Malgier, Algorithmic impact assessments under the GDPR: producing multi-layered explanations, International Data Privacy Law, Oxford University Press, 2020, p. 2.

59 Видети: Параграф 71, ГДПР, *op.cit.*

60 Видети: Члан 4, став 4, ГДПР, *Ibid.*

61 Kaminski, M. E., Malgier, G., *op.cit.*, p. 3.

62 Видети: Члан 22, став 1, ГДПР, *op.cit.*

63 Видети: Параграф 71, ГДПР, *Ibid.*

Препорука о утицају алгоритамских система на људска права, коју је Комитет министара Савета Европе усвојио 8. априла 2020. године,⁶⁴ потврђује огроман потенцијал алгоритамских процеса да подстакну иновације и економски раст у многим областима, укључујући и у време пандемије Ковид-19, али и упозорава државе чланице да буду свесне утицаја тих процеса на људска права, наглашавајући потребу да зауставе развој система чија примена доводи до високог ризика и непоправљиве штете.⁶⁵ У циљу успостављања ефикасне заштите Препорука предлаже хоризонтални сет смерница за државе и актере из јавног и приватног сектора у погледу свих активности који се везују за стварање, развој и примену алгоритамских система. Њен циљ је промовисање окружења правне сигурности у којем ће напредовати и људска права и иновације. Смернице покривају више аспеката примене алгоритамских система: управљање подацима, моделирање и анализа, транспарентност, одговорност и делотворни правни лекови, као и мере предострожности, истраживање, иновације и подизање јавне свести.⁶⁶ Препорука посебно наглашава потребу да државе чланице: осигурају да алгоритамски системи својом изградом обезбеђују сигурност, заштиту података и заштитне мере; пажљиво размотре квалитет и порекло скупова података, али и пропратне ризике, попут могуће деанонимизације података, непримерене или деконтекстуалне употребе података и генерисања нових, закључених, потенцијало осетљивих података аутоматизованим средствима; дају овлашћења и одговарајуће ресурсе националним институцијама одговорним за надзор, процену ризика и спровођење закона; да се укључе у редовне консултације и сарадњу са свим релевантним актерима, укључујући и са приватним сектором, и да подстичу општу свест јавности о капацитету и утицају алгоритамских система, укључујући и о њиховим ризицима.⁶⁷

Декларација о манипулативним способностима алгоритамских процеса, коју је Комитет министара Савета Европе усвојио 13.

64 Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, Adopted by the Committee of Ministers on 8 April 2020 at the 1373rd meeting of the Ministers' Deputies.

65 Council of Europe, Algorithms and automation: Council of Europe issues guidelines to prevent human rights breaches, <https://www.coe.int/en/web/freedom-expression/-/algorithms-and-automation-council-of-europe-issues-guidelines-to-prevent-human-rights-breaches>, приступљено 26.12.2020.

66 Council of Europe, Brief overview of the Council of Europe activities related to issues of algorithmic transparency and accountability from a human rights perspective, <https://rm.coe.int/leaflet-algorithms-and-human-rights-en/168079cc19>, приступљено 26.12.2020.

67 Видети: Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2020)1.

фебруара 2019. године, бави се питањем заштите података из нове перспективе. Декларација позива државе чланице да обратe пажњу на манипулативну способност алгоритамских система да користе личне и неличне податке за сортирање и микроциљање људи, којима се доводи у питање способност појединаца да сами формирају мишљење и доносе одлуке независно од аутоматизованих система. Савремене технологије прикупљају и генеришу огромне количине података који се користе за обучавање модела машинског учења, одређивање приоритета у резултатима претраге, предвиђање и обликовање личних преференција, профилисање и манипулисање политичким и социјалним понашањем појединаца (нпр. савремени алати за машинско учење могу да предвиде изборе, да утичу на емоције и мишљење појединаца и да промене предвиђени ток активности). Декларација такође позива државе чланице да обратe посебну пажњу на ризике и интересе појединаца који можда нису свесни опасности од експлоатације података, попут деце и припадника маргинализованих група, који се могу суочити са језичким баријерама или другим структурним недостацима, као и лица која су због свог великог дигиталног отиска посебно изложена новим облицима праћења података. Декларација позива државе чланице да обратe посебну пажњу и онима који могу користити алгоритамска средства без одговарајућег демократског надзора или контроле, било да су у питању јавни органи или приватни актери. Имајући све то у виду, Декларација охрабрује државе чланице да предузму одговорност за решавање наведених претњи: а) разматрањем потребе за додатним заштитним оквирима који се односе на податке које превазилазе тренутне појмове заштите личних података и приватности и који се баве утицајима циљане употребе података на друштво и остваривање људских права у ширем смислу; б) покретањем, у одговарајућим институционалним оквирима, отворених, информисаних и инклузивних јавних расправа које треба да дају смернице за повлачење црте између допуштеног убеђивања и неприхватљиве манипулације; в) предузимањем одговарајућих и сразмерних мера за обезбеђивање ефикасних законских гаранција против нелегитимног уплитања у људска права; г) подизањем свести јавности о повећаној експлоатацији података; д) наглашавањем друштвене улоге академске заједнице у стварању независних и интердисциплинарних истраживања и давању савета доносиоцима одлука о способностима алгоритамских система за унапређење или уплитање у когнитивни суверенитет појединаца; ђ) наглашавањем потребе за снажнијим регулаторним или другим

мерама како би се осигурао адекватан и легитиман надзор над изработом, развојем, применом и употребом алгоритамских алата; е) наглашавањем виталне улоге независних и плуралистичких медија; и ж) покретањем отвореног и свеобухватног дијалога са свим релевантним актерима на глобалном нивоу како би у потпуности размотриле све расположиве могућности за ефикасно решавање претњи које потичу од напредних дигиталних технологија.⁶⁸

ЗАКЉУЧАК

Иако највеће дебате о утицају алгоритамских система на људска права се односе на приватност и заштиту података, употреба алгоритама, како од јавних тако и од приватних актера, утиче на остваривање, уживање и заштиту свих људских права. Стандарди владавине права, попут законитости, транспарентности, предвидљивости, одговорности и надзора, и стандарди забране кршења људских права, укључујући путем алгоритамских система, намећу потребу да свака држава, која се ослања на употребу алгоритамских система у свакодневном животу, успостави ефикасне законске, регулаторне и надзорне оквире у циљу спречавања, откривања, забране и уклањања кршења људских права, било да потичу од јавних или приватних актера и било да утичу на односе између предузећа, предузећа и потрошаћа или између предузећа и других погођених појединаца и група. У том смислу, у складу са међународним стандардима, важно је да свака држава предузме иницијативу за развој етичких смерница и стандарда за дизајн, развој и спровођење алгоритамских система, али и препознавање ризика који ови системи доносе. Такође, важно је обезбедити поштовање и имплементацију свих постојећих законских и регулаторних оквира који морају бити усклађени са међународним стандардима како би гарантовали процедуралне, организационе и материјалне мере заштите и приступ ефикасним правним лековима у односу на све релевантне актере, као и промовисати окружење у којем технолошке иновације поштују и унапређују људска права, али и обавезу да су сва ограничења неопходна и сразмерна у демократском друштву и да се спроводе у складу са законом.

68 Council of Europe, Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes, adopted by the Committee of Ministers on 13 February 2019 at the 1337th meeting of the Ministers' Deputies, Decl(13/02/2019)1.

Roza Gurmešević, PhD
In Legal Sciences
rozagurmesevik@yahoo.com

THE IMPACT OF ALGORITHMIC SYSTEMS ON HUMAN RIGHTS IN THE DIGITAL AGE

***Abstract:** The growing use of algorithmic systems in the digital age is potentially affecting all human rights. The extent of their impact depends on the purpose for which they are used, the way they function, their accuracy, complexity and scope. These systems, even when they do not have a negative impact on an individual level, could have a negative impact on the collective level, on certain groups or on the whole population. Automated data processing techniques such as algorithms used by the public and private sectors, as well as Internet platforms, which allow Internet users to search, access information and economic development in many areas, are increasingly used in decision-making processes, that were previously exclusively in the the domain of human beings. Algorithms can be used to prepare human decisions or to accept them by automated means. The massive use of algorithms in the face of increasing progress and the rapid change of technology raises the issue of the protection of human rights and human dignity, and in particular the protection of digital human rights. The debate about the impact of algorithmic systems on human rights and the possible consequences for individuals, groups and society as a whole is still in its infancy and deserves exceptional attention in academic circles. Therefore, it is important for every country to take precautionary measures regarding the development and use of algorithmic systems and to adopt appropriate legislation, policies and practices to ensure full respect for human rights in both the public and private spheres of use of algorithmic systems.*

***Keywords:** human rights, algorithms, privacy, freedom of expression, data protection*

СУДСКА ЕТИКА

347.962:174]:341.24

347.962:174(497.7)

Review paper

Айспраќи: Судската етика, како збир на морални правила на однесување на судиите претставува основен принцип на независноста на судството и темел на кој почива секој ефикасен и доверлив судски систем. Нејзината практична цел е насочена кон дефинирање на формулата преку која може да се постигне еквивалент помеѓу високиот човечки и морален интелектуален на судијата, наспроти неговата индивидуална и системска независност и достапност. Анализирајќи ги судско-етичките принципи како една динамична категорија која се развива пропорционално со развојот на општеството во целина, авторот се осврнува на клучните атрибути на судската етика, како посебен вид на правно-професионална етика. Преку анализа на меѓународните стандарди на судска етика, во фокусот на трудот е македонската судска етика, нејзината актуелна систематизација и одделни практични аспекти кои извираат од Кодексот на етика на судиите и судиите-поротници. Посебно внимание е посветено на релацијата помеѓу судската етика и употребата на социјалните мрежи од страна на судиите, како и на ограничувањата на слободата на изразување на судиите низ практиката на Европскиот суд за човековите права.

* Авторот е судија на Основен суд Велес и докторант на Правниот факултет Јустинијан Први во Скопје. Редовен предавач е на Академијата за судии и јавни обвинители на Република Северна Македонија на различни теми од областа на трговското и странското право, слободата на изразување и судската управа. Повремено учествува со стручни излагања на конференции и семинари на Коморите на стечајни управници, нотари и извршители и други организации кои вршат обуки од областа на правото.

ВОВЕД

Етиката, како сет на практични општествени норми, наспроти нејзиниот апстрактен, филозофски и теоретски изглед, има за цел да наметне одредени морални правила во секој аспект на човековото живеење, без оглед дали се работи за приватниот или професионалниот живот на поединецот. Фактот што општествено-прифатливите правила на однесување кои се плод на развиените етички стандарди во секоја професија нужно се протегаат и врз приватниот живот на нејзините припадници, разумно ја оправдува и потребата од развивање на индивидуални професионални етички правила кои ќе бидат тесно применливи во рамки на секоја специфична професија и ќе имаат карактеристики кои ја одразуваат нејзината посебност. Поаѓајќи од тоа, морално-нормативната рамка на индивидуално развиени етички правила разбирливо ги опфаќа и прашањата поврзани со т.н. „правна етика“ која во себе инкорпорира модел-правила на однесување на правните професионалци, како што се судиите, јавните обвинители, адвокатите, нотарите, извршителите, државните правобранители, стручните службеници во правосудните институции и другите чинители кои го сочинуваат правосудниот систем на државата, во поширока смисла.

Ако правната етика генерално ја набљудуваме како збир на морални правила кои ги дефинираат прифатливите облици и стандарди на однесување на припадниците на правните професии, тогаш нужно треба да ги земеме во предвид и спецификите кои со себе ги носи секоја различна правна професија, а особено нејзината положба и улога во правосудниот систем. Ова ја објаснува и појавата на посебни правно-етички правила и индивидуални морални принципи кои се развиени како последица на потребата за дефинирање на засебни етички норми на однесување на припадниците на одделните правни професии. Секако, овде се вклучени и посебните етички принципи во кои соодветно се систематизирани моралните правила за лично и професионално однесување на судиите, како непосредни носители на судиската функција. Во оваа насока, како една од посебните категории на професионална правна етика се појавува и т.н. „судска етика“, која е во фокусот на овој труд.

СУДСКА ЕТИКА

Ефикасниот и доверлив судски систем претставува клучна претпоставка за конституирање на демократска правна држава,

а основната функција на судот за заштита на човековите права и слободи може да се постигне само преку афирмирање на принципот на висока етичност кај судијата, во кого е персонифицирана судската функција. Затоа, слободно може да се каже дека судската етика претставува основен принцип на независноста на судството и основа која претставува темел на начелото на владеење на правото и има, пред сè, практична цел - да ја дефинира формулата преку која може да се постигне еквивалент помеѓу високиот човечки и морален интегритет на судијата, наспроти неговата индивидуална и системска независност и неговото достоинство – суштински атрибути кои претставуваат највисоки достигнувања и лични и професионални вредности кои мора да ги поседува секој судија.

Кога се зборува за судската етика, несомнено мора да се земе во предвид и фактот дека судската функција е нераскинливо поврзана со судијата, како личност, бидејќи судијата не е носител на судската функција само во текот на неговото работното време и само во рамки на службата. Судијата како индивидуа со себе ја „носи“ судската функција 24 часа во денот, 365 дена во годината. Затоа, судската етика која во себе инкорпорира сет на морално-практични правила, подразбира постоење на исклучително важна систематизација на етичките норми и стандарди на прифатливо однесување како во рамки на професионалниот, така и во рамки на приватниот (личен, семеен и социјален) живот на судијата. Ова, особено заради фактот што не може да се очекува дека судијата ќе биде херметички затворен во својот дом по завршување на работното време. Напротив, судијата е изложен на влијанија кои го обликуваат неговото мислење, што е во ред, бидејќи одредени познавања на јавноста се од суштинско значење за добро спроведување на правдата. Судијата не треба само да биде збогатен со спознание за реалниот свет, туку природата на современиот закон бара од судијата да „живее, диши, мисли и да учествува во мислењата на светот“.¹ Денес функцијата на судијата се протега подалеку од само решавање на спорови. Сè повеќе и повеќе се бара судијата да се осврне на широк спектар на прашања од општествена вредност и човекови права, да одлучува за контроверзни морални прашања и да го прави тоа во многу плуралистички општества. Судското пронаоѓање на факти е важен дел од работата на судијата и бара оценка на доказите во светло на логика и животно искуство. Затоа судијата треба, до степен кој е во согласност со посебната улога на

¹ Соединети Американски Држави, Врховен суд на Висконсин, Советодавна комисија за судско поведение, Мислење 1998-10R.

судијата, да остане во близок контакт со заедницата².

Тоа ќе рече дека судската етика всушност претставува „жива“ материја која е подложна на континуирано решавање на нови судско-етички дилеми и предизвици кои се раѓаат пропорционално со политичкиот и социјалниот развој на општеството во целина. Затоа, судската етика е постојано изложена на потребата да се надградува и дополнува со нови етички принципи кои треба временски и просторно да се аплицираат во рамки на секојдневниот професионален и приватен живот на судиите.

МЕЃУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ ЗА СУДСКА ЕТИКА

Разбирањето на значењето и улогата на судството во демократските држави има суштинска улога за разбирањето на задачата на судијата – да го примени законот на непристрасен и правичен начин, ослободен од било какви социјални, политички или друг вид на влијанија. Гледано историски, но и објективно, ова варира од една земја до друга. Консеквентно на тоа, и нивото на доверба во судството низ светот не е насекаде исто. Од овие причини, препознавајќи ја потребата да се развијат и наметнат соодветни демократско-стандардизирани судско-етички правила и насоки и ограничувања за поведење кои судиите треба да ги практикуваат во и надвор од судот, претставниците на правничката и судската фела, но и бројни меѓународни организации во светот од поодамна се занимаваат со дефинирање на унифицирани правила на судската етика и морални стандарди на професионално однесување на судиите.

Во светски рамки постојат бројни документи кои посредно или директно поставуваат меѓународни стандарди за прифатливото судско однесување во светло на обезбедување на принципите на независност и непристрасност на судството, како основен темел на секое демократско општество кое се стреми доследно да обезбеди гаранции на човековите права и слободи. Така, Меѓународниот пакт за граѓански и политички права³ јасно имплицира дека еден од елементите на правото на правично судење е фер и јавно судење пред надлежен, независен и непристрасен

² Академија за судии и јавни обвинители на РМ, (2014), Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, Коментар на Бенгалорските начела за судско поведење -Канцеларија за дрога и криминал на Обединетите Нации

³ Меѓународен пакт за граѓански и политички права, усвоен од Генералното собрание на ООН, Резолуција 2200А(XXI) на 16 декември 1966

суд основан со закон. Европската конвенција за човекови права⁴ исто така наметнува обврска за државите членки да обезбедат заштита на граѓанските права и слободи во судење кое е правично и во разумен рок, пред независен и непристрасен суд. Според јуриспруденцијата на Европскиот суд за човековите права, особено независноста и непристрасноста на судот и судијата како поединец, се клучни во овој поглед, и треба да се обезбедат, одржуваат и да се заштитат.

Во истата оваа насока, во меѓународни рамки развиени се бројни документи и конвенции кои одблизу и доста конкретно ги уредуваат прашањата поврзани со стандардите за судската непристрасност, независност и интегритет. Како најзначајни од аспект на прашањето на правилата на судската етика, особено може да се издвојат: Основните начела на судската независност на ООН од 1985 година, Европската повелба за статусот на судиите од 1998 година, Магна карта за судиите – фундаментални принципи од 1998 година, Препораката бр.Р(94)12 на Комитетот на министрите на Совет на Европа за независноста, ефикасноста и улогата на судовите, Препораката бр.(2010)12 на Комитетот на министрите на Совет на Европа за судиите: независност, ефикасност и одговорност, Мислењето бр.3 на Советодавниот совет на европските судии од 2012 година и Експертскиот извештај на проектот за зајакнување на судската етика во земјите-членки на Советот на Европа од 2016 година.

Секако, оваа листа е далеку од исцрпена бидејќи постојат бројни други инструменти и формални извори на општо прифатени меѓународни стандарди на судско-етички правила на однесување. Заедничките фокус точки од повеќето меѓународни акти укажуваат дека од особена важност при дефинирањето на меѓународните стандарди на судска етика е прашањето поврзано со статутарните и дисциплинските правила за одговорност на судиите, наспроти стандардите на нивното професионално однесување. Во оваа насока треба да се стави акцент на Мислењето бр.3 на Консултативниот совет на Европските судии (КСЕС)⁵, кое упатува на тоа дека одговорноста на судиите треба да се разгледува во светло на три призми: кривична, граѓанска и дисциплинска, сето тоа строго поврзано со законски пропишани ситуации на повреда на судиската должност. Во таа смисла, должност

4 Достапно на http://biroescp.gov.mk/wp-content/uploads/2016/12/1.-Convention_MKD.pdf

5 Достапно на <https://www.coe.int/en/web/ccje/opinion-n-3-on-ethics-and-reponsability-of-judges>

на секоја држава е да обезбеди прецизни основи и јасни правила на дисциплинска одговорност и ефикасен и независен систем за нејзино спроведување (независен судски орган).

Од друга страна, етичката одговорност на судиите не треба да се поистоветува со деликтната (кривична или дисциплинска) или граѓанската (облигационо-правна) одговорност на судиите. Етичката одговорност мора да произлегува од изложеноста на судијата на различни етички дилеми од судски карактер и да произлегува од специфичниот уставен статус, имунитет и општествена улога на судиите наспроти очекувањата на јавноста за судството и судиите како носители на судската функција. Етичката одговорност треба да биде администрирана преку независно судско тело за етика, а обврска на државите да етаблираат вакви етички тела со советодавен карактер. Клучно и најважно, етичката одговорност треба да произлегува од системот на норми воспоставен по принципот „од судиите – за судиите“, бидејќи природата на судската етика претставува еден вид на „самоуправен институт“⁶.

МАКЕДОНСКАТА СУДСКА ЕТИКА

Според Уставот на Република Северна Македонија, судската власт ја вршат судовите, кои се самостојни и независни. Судијата се избира од Судскиот совет на РСМ како самостоен и независен орган на судството кој ја обезбедува и гарантира самостојноста и независноста на судската власт, без ограничување на траење на мандатот. Судијата ужива имунитет, не може да биде повикан на кривична одговорност за искажано мислење и одлучување при донесувањето на судските одлуки, не може да биде притворен без одобрување на Судскиот совет на РСМ, освен ако е затечен во вршење на кривично дело за кое е пропишана казна затвор во траење од најмалку пет години. Судската функција е неспојлива со членување во политичка партија или со вршење на друга јавна функција или професија утврдена со закон, а забрането е и политичко организирање и дејствување во судството. Во судењето учествуваат и судии-поротници кога тоа е утврдено со закон. Тие, исто така, не можат да бидат повикани на одговорност за мислење

⁶ Кодекс на однесување на судскиот персонал, Холандска фондација „од судии за судии“, достапно на <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Matters-of-principle.pdf>.

и одлучување при донесувањето на судските одлуки⁷.

Овие уставно-судски гаранции се понатаму развиени и конкретизирани во Законот за судовите, кој е системски закон и се донесува со двотретинско парламентарно мнозинство. Со него е поставена организацијата и надлежноста на судството, како и прашањата за правата, обврските, изборот и разрешувањето на судиите и судиите-поротници. Притоа, во своите основни начела законот јасно имплицира дека судијата одлучува непристрасно со примена на законот врз основа на слободна оценка на доказите и дека се забранува секој облик на влијание врз независноста, непристрасноста и самостојноста на судијата во вршењето на судиската функција по кој било основ и од кој било субјект. Во македонската судско-легислативна историја по осамостојувањето во 1991 година, донесени беа два основни текстови на Законот за судовите со кои се воспоставија основите на судската организација во државата. Актуелната, реформирана поставеност на судството извира од последното законско решение од 2006 година и неговите последователни измени и дополнувања⁸.

Кога зборуваме за македонската судска етика, треба да се напомене дека со основниот текст на Законот за судовите од 2006 година и неговите измени и дополнувања кои датираат од периодот пред 2018 година, воопшто не беше предвидено овластување на било кое официјално или неформално тело во рамки на македонското судство да донесува Кодекс на судска етика. Сепак, следејќи ги модерните европски судски системи и погоре споменатите меѓународни и европски стандарди за судска етика, конкретен чекор кон систематизирање на правилата и границите на прифатливо морално однесување на судиите направи македонското Здружение на судии.

Имено, во согласност со своите статутарни надлежности, Собранието на Здружението на судии на РМ во 2014 година го донесе Кодексот за судиска етика, кој во своите одредби ги утврди основните судско-етички принципи, сублимирани под следните категории: независност, непристрасност, интегритет, пристојност, еднаквост, стручност и совесност. Истовремено, кодексот воспостави и „саморегулаторно“ тело насловено како Советодавно тело за судиска етика основано во рамки на Здружението на судии, овластено да дава советодавни мислења за доследна примена на етичките принципи.

⁷ Устав на Република Северна Македонија, член 98 – член 105

⁸ Закон за судовите (Сл.Весник на РМ бр.58/06, 62/06, 35/08, 150/10, 83/18,198/18 и 96/19)

Со оглед дека членството на судиите во македонското Здружение на судии е на доброволна основа, а во функција да се овозможат дополнителни гаранции дека сите македонски судии доследно ќе се држат до кодифицираните етички принципи и правила, законодавецот во мај 2018 година донесе Закон за измена и дополнување на Законот за судовите во кој ги измени и дополни правилата за дисциплинска одговорност на судиите и утврди дека, помеѓу другото, како дисциплинска повреда за која се поведува постапка за утврдување на одговорност на судија за која ќе се изрече дисциплинска мерка се смета и повредување на правилата на кодексот на судска етика со кој се нарушува угледот на судиската функција⁹. На овој начин, за прв пат Кодексот на Здружението на судии беше и „озаконет“, со што доби „присилно“ законско дејство спрема сите судии во државата, а не само спрема членовите на Здружението на судии (каде, сепак, упатно е да се забележи дека членуваат најголем дел од судиите).

Меѓутоа, ваквата нормативна поставеност не траеше долго. Само една година подоцна, со Законот за изменување и дополнување на Законот за судовите од мај 2019 година, се направи суштинска измена на состојбата во поглед на прашањата поврзани со формалните судско-етички правила во македонското судство. Така, новата (и сè уште важечка) регулатива изненадувачки предвиде комплетно нова надлежност на Врховниот суд на РСМ - на општа седница да донесува Кодекс на судска етика за судиите и судии-поротници, на предлог на Здружението на судии¹⁰.

Може да се каже дека на овој начин законодавецот излезе од рамки на уставно-судската поставеност на Врховниот суд, за кој Уставот изречно предвидува дека е највисок суд во Републиката и го обезбедува единството во примената на законите од страна на судовите¹¹. Поаѓајќи од фактот дека етичкиот кодекс по својата правна природа не претставува судски акт, ниту значи унификација на судската практика, туку повеќе има елементи на инструмент од т.н. „меко право“ со „саморегулаторно“ својство, останува нејасно од каде Врховниот суд објективно би можел да ја црпи оваа своја нова надлежност, која не е комплементарна со неговата уставна положба во судскиот систем.

9 Закон за изменување и дополнување на Законот за судовите (Сл.Весник на РМ 83/2018), чл.19

10 Закон за изменување и дополнување на Законот за судовите (Сл.Весник на РМ 96/2019), чл.10

11 Устав на РСМ, член 110

Дотолку повеќе, ниту во образложението на конкретниот Предлог - Законот за измена и дополнување на Законот за судовите¹², не беше изнесено конкретно образложение за потребата од ваква драстична промена во определувањето на суд како нов законски овластен „доносител“ на македонскиот судско-етички кодекс, која според расположливите податоци од последното достапно истражување спроведено во 2019 година¹³, слободно би можеле да констатираме дека е уникатна во европски рамки. Но и покрај сите овие дилеми, во светло на европските стандарди за судска етика, сепак, можеме да се согласиме дека со ваквото ново законско решение во основа не е прекршен клучниот принцип за донесување на кодекс на судска етика - „од судиите – за судиите“.

Понатаму, важно е да се изнесе и дека со измената на Законот за судовите од мај 2019 година, повторно се напушти концептот според кој, прекршување на кодексот на судска етика со кој се нарушува угледот на судиската функција претставува дисциплинска повреда за која се поведува постапка за утврдување на одговорност на судија. За сметка на тоа, беше аплицирано законско решение (кое сè уште е во правна сила), дека за потешка дисциплинска повреда и основ за разрешување на судија ќе претставува: 1) потешка повреда на јавниот ред и мир и други посериозни форми на недолично однесување со која се нарушува угледот на судот и неговиот углед; 2) грубо влијание и мешање во вршењето на судиската функција на друг судија; 3) одбивање судијата да поднесе изјава за имотна состојба и интереси согласно со закон или ако податоците содржани во изјавата во голема мера се невестинити или 4) очигледно прекршување на правилата за изземање во ситуации во кои судијата знаел или требало да знае за постоење на некоја од основите за изземање предвидени со закон. Во секој случај, може да се согласиме дека овие основи за одговорност содржани во законот во основа се комплементарни со етичките правила содржани во сега важечкиот Кодекс за етика на судиите и судиите-поротници донесен од Врховниот суд на РСМ во септември 2019 година, на предлог на Здружението на судиите¹⁴, со што етичките принципи сепак се „оживотворени“ до степен што нивното грубо прекршување, покрај етичка, може да значи и дисциплинска одговорност на судијата и основ за негово разрешување.

12 Достапно на www.sobranie.mk

13 Доц. д-р Џемали Саити, м-р Андреј Божиновски, Ангела Каптеин, Градус Вриезе, Омер Хаџиомеровиќ, Јулијана Живковиќ Могош, (2019), *Op. cit.*

14 Достапно на веб страната на Врховен суд на РСМ, <http://www.vsrn.mk>

Што се однесува до содржината на актуелниот македонски Кодекс за етика на судиите и судиите-поротници, може да се констатира дека тој во основа ги содржи истите етички принципи востановени во претходниот Кодекс донесен од Здружението на судии од 2014 година, со што дел од нив се разработени и дополнети. Така, кодексот посебно ги обработува етичките прашања поврзани со следните принципи: независност, непристрасност, интегритет, пристојност, еднаквост, стручност и совесност. Понатаму, посебно утврдува дека секој судија и судија-поротник е должен да ги препознае и да се заштити од случаите што се подведуваат под судир на интереси и корупција. Кодексот упатува и на тоа дека, според природата на судиската функција, за своето однесување судиите и судиите-поротници се одговорни во согласност со законот, а советодавно мислење или совет по однос на спроведувањето на принципите и обезбедување на нивното почитување од страна на судиите и судиите поротници, дава Советодавното тело што се воспоставува за спроведувањето на Кодекс, каде се утврдува и легитимната потреба на судијата и судијата поротник, да му биде обезбедена заштита од вознемирувачки, односно непоткрепени обвинувања, како и да се даде совет за определено поведење во соодветна постапка.

Посебно треба да се поздрават фактот што македонскиот кодекс востановува Советодавно тело за судиска етика, кое се грижи за доследна примена на етичките принципи и е овластено по барање на судија, судија-поротник, претседател на суд, седница на суд и подружница на Здружението на судиите да искажува советодавни мислења и совети во однос на едно или повеќе прашања поврзани со етичкото однесување на судијата и судијата поротник, односно соодветното извршување на судиските должности и избегнување на судирот на интереси на судиите и судиите поротници во приватниот живот и вршењето на судиската функција. Неговите мислења и совети имаат превентивно и советодавно значење и укажуваат на поведенијата кои претставуваат повреда на принципите на судискиот Кодекс. Ова тело работи во рамките на Здружението на судии и се состои од претседател и 6 члена кои ги избира Управниот одбор на Здружението, со мандат од две години, од кои, еден судија на Врховен суд на РСМ, еден судија на Виш Управен суд или Управен суд, по еден судија од секое апелационо подрачје и еден судија од редовите на судиите поротници. Советодавното тело одлучува на доверливи седници, но јавно ги објавува своите советодавни мислења на веб-страницата на Здружението на судиите и Врховниот суд на

PCM, како и фактите и околностите врз кои истите се засновани, со соодветно анонимизирање на лицата, местата и други податоци што би можеле да доведат до идентификување. Објавата на редактираните (анонимизирани) мислења на советодавното тело се достапни до сите судии со цел да обезбедат насоки на другите судии што се соочуваат со слични прашања.

Анализата на етичките принципи, ограничувања и правила содржани во актуелниот македонскиот судско-етички кодекс упатува на заклучок дека во него доследно се содржани сите актуелни меѓународни и европски стандарди на судска етика за кои погоре стана збор. Во таа насока, можеме да констатираме дека кодексот го обезбедува потребното разграничување помеѓу дисциплинската (законска) одговорност на судиите, наспроти етичката одговорност за прекршување на принципите од кодексот и „саморегулаторната“ природа на нејзино утврдување преку одлуки на Советодавното тело за судиска етика во рамки на Здружението на судиите. Притоа, важно е да се напомене и дека повредата на кодексот, сепак, не е без никакви последици. Имено, покрај тоа што повреда на кодексот честопати тоа може да значи и потешка дисциплинска повреда според Законот за судовите (во делот каде постои преклопување со востановените етички принципи), повредата на кодексот за судијата кој е член на Здружението на судии може да предизвика и негово исклучување од членство во Здружението, врз основа на одлука на Управниот одбор на Здружението¹⁵.

Сепак, она што е ново и карактеристично за македонскиот кодекс е фактот што, сметано од 2019 година, покрај судиите и судиите-поротници се изедначени во поглед на нивните етичко-морални должности, ограничувања и одговорности. Во контекст на ова, интересен е фактот што судиите-поротници ниту се, ниту можат да бидат членови на Здружението на судии¹⁶. Според нивната уставна и законска позиција во рамки на судечките совети каде рамноправно партиципираат во донесување на одлуките заедно со судиите – професионалци, судиите-поротници се изложени на истите етички дилеми и предизвици за кои имаат идентични обврски и одговорности во време кога вршат судиска (судиско-поротничка) должност по одреден предмет, како и судиите. Тоа ја оправдува потребата да се кодифицираат етички правила кои ќе

15 Статут на Здружението на судии на PCM, член 11, достапно на <http://www.mja.org.mk>

16 *Ibid*, член 6

бидат соодветно аплицирани на судиите-поротници, што е уште еден чекор напред кон подобрување на состојбата во македонската судска етика, во поширока смисла.

Во контекст на етичката одговорност на судиите и нивната професионална и лична обврска строго да се придржуваат на етичките принципи, ограничувања и правила утврдени во кодексот, може да се каже дека како и секое друго, така и македонското правосудство не е апсолутно имуно на одделни случаи на прекршување на етичките норми на однесување. Сепак, споредбено со степенот на почитување на етиката кај останатите правни професии, веројатно нема да погрешиме ако кажеме дека судиите се можеби и најдисциплинираната категорија на правосудни професионалци кога е во прашање почитување на етичкиот кодекс, особено во делот на воспоставените морални правила и ограничувања на однесувањето во јавниот но и во приватниот живот, нивната ограничена слобода на изразување и здружување и другите етички принципи кои, покрај во работниот ангажман, конзистентно и без исклучок се протегаат и во текот на целиот приватен и професионален живот на судијата. Овие етички ограничувања (кои би можеле да се категоризираат како судско-етички правила со важност „24/7“) се најпредизвикувачки и веројатно најтешки за доследна и безусловна примена од страна на секој судија, со оглед дека честопати овој вид на етички ограничувања не се аплицирани само врз судијата, туку и врз неговото потесно семејство и останатото негово поблиско опкружување. Но, со прифаќањето на судиската функција, секој судија мора доброволно и доследно да го подведе своето поведење во склад со принципите кои ќе му овозможат зачувување на својата, но и на целокупната судска независност, непристрасност и интегритет. Вредности и атрибути без кои остварување на начелото на владеење на правото е незамисливо.

СУДСКАТА ЕТИКА И СОЦИЈАЛНИТЕ МРЕЖИ

Веќе е кажано дека судската етика претставува „жива“ материја која е континуирано подложна на нови судско-етички дилеми и предизвици кои се раѓаат непропорционално со политичкиот и социјалниот развој на општеството во целина. Судиите се постојано во фокусот на јавниот интерес и од тие причини, сите стандарди на добро судско однесување имплицираат должност своето однесување судиите секогаш да го усогласат со строгите етички принципи на независност, непристрасност, интегритет, пристојност и еднаквост, во

и надвор од работата. Учеството на судиите во јавниот и општествен живот може да се манифестира на најразличен начин, но без оглед на видот или начинот на кој судијата станува видлив за јавноста, секогаш постои неговата обврска за етички-доследно јавно однесување. Денес, ова неизбежно ги вклучува и интернет - социјалните мрежи, за кои во времето во кое живееме слободно може да кажеме дека претставуваат многу значајна, ако не и најзначајна платформа за социјална интеракција и комуникација помеѓу луѓето во светот.

Кај нас, нема изрични одредби за однесувањето на судиите на социјалните мрежи. Идентично како и оние во светот, и македонските закони не пропишуваат одредби за однесувањето на судиите во интернет-просторот. Дали поради релативно младата дисперзија на овие медиуми, или пак, намерно, оставено е тоа да биде регулирано со етичките правила за судиите. Во овој контекст, може да се констатира дека македонскиот Кодекс за етика на судиите и судиите-поротници од 2019 година нема експлицитна одредба која пропишува стандарди за однесување на судиите на социјалните мрежи. Сепак, Кодексот утврдува дека судиите и судиите-поротници треба да внимаваат на нивното однесување не само во судот, туку и надвор од судската зграда. Тоа несомнено ги опфаќа и нивните активности на социјалните мрежи, кои впрочем, имаат дури и подалекусежно дејство и можат да допрат до огромен број на граѓани, споредбено со однесувањето на судијата во било кое друго потесно или пошироко опкружување.

Според една неодамна објавена анализа, постојат голем број на македонски судии кои ги користат социјалните мрежи и споделуваат коментари, содржини и слично. Меѓу нив има и етички-негативни примери, кога судии споделувале разни квалификации на нивните профили на социјалните мрежи со имиња и презимиња на нивни колеги и новинари, како и објави со политичка содржина. Во друг случај, медиуми објавиле дека на судијка ѝ се допаднала објава за лишување од слобода на лице, за кое подоцна треба да оценува обвинение, како и дека судијка казнила адвокат зашто на „Фејсбук“ за неа изнел навредливи зборови, а за предметот била поведена и граѓанска постапка за клевета и навреда. Познат политичар, во друг случај, на „Фејсбук“ јавно побарал изземање на судија во конкретен предмет, а на истата мрежа била објавена фотографија од возило на судија, паркирано на пешачки премин кое блокира тротоар, додека на предното стакло од автомобилот била поставена судската легитимација, најверојатно како заштита од казнување. Од друга страна, нотирани се и примери кога судии се произнеле на нивните профили на „Фејсбук“, со согледувања за

подобрување на законските одредби во Законот за кривичната постапка. Медиумите тие согледувања ги цитирале во нивните извештаи, па оттука и впечатокот дека користењето на социјалните медиуми од судиите може да има позитивен ефект во јавниот дискурс¹⁷.

Во контекст на наведеното, сосема е оправдан фактот што употребата на социјалните мрежи од страна на судиите последниве години е предмет на опсежна анализа во светски рамки. Постојат примери, како што е Велика Британија, каде во 2014 г. дури беа усвоени и законски измени според кои, користењето на социјални мрежи од страна на судија и поротник во спротивност со правилата на судот, претставува кривично дело за кое е предвидена и затворска казна. Но, со оглед дека сепак, се работи за област која во најголем дел ги допира етичките принципи на судско однесување, прашањата поврзани со употребата на социјални мрежи од судиите во најголем број држави се адресирани од самата судска фела, на начин кој е соодветен пред сè, советодавно да се помогне на судиите во разрешување на нивните етички дилеми кои произлегуваат од употребата на социјалните мрежи.

Во оваа насока, може да се издвојат Бенгалорските принципи на судиска независност кои го дообработуваат принципот на коректност, стипулирајќи дека на судиите не им е забрането да ги користат социјалните мрежи, бидејќи е важно тие и како граѓани и во нивната судиска улога, да бидат активно вклучени во заедницата на која што ѝ служат. Но, тоа однесување, сепак не е неограничено, поради специфичноста на нивната функција. Во ера каде таквото вклучување се` повеќе ги опфаќа он-лајн активностите, судиите може да учествуваат во социјалните мрежи, но јавната корист од таквото судско учество сепак треба да биде избалансирана со потребата од одржување на довербата на јавноста во судството и интегритетот на судскиот систем како целина¹⁸

Во 2010 г. во САД е усвоен и формален документ за развивање на насоки за користење на социјалните мрежи од вработените во правосудството, кој ги уредува прашањата за: етичките нарушувања, несоодветното однесување, комуникација со адвокати и други, вонсудските активности, професионална употреба, угледот на судот, доверливоста, политичката активност. Исто така, бројни обуки на

17 Судско-медиумски совет при Здружение на судии на РСМ, (2020), Транспарентно судство: Прирачник за судии и новинари, Скопје

18 Академија за судии и јавни обвинители на РМ, (2014), Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, Коментар на Бенгалорските начела за судско поведение -Канцеларија за дрога и криминал на Обединетите Нации

респектабилни меѓународни правосудни организации во последно време ги имаат збогатено своите тренинг-курикулуми и ги имаат насочено своите активности и кон спроведување на обуки за употребата на социјалните мрежи од страна на судиите. Сите овие активности разумно ја оправдуваат и потребата од јасно согледување на состојбите и развивање на свеста и кај македонските судии, со цел правилно и доследно да ги насочат своите активности во склад со етичките принципи при употребата на социјалните мрежи.

Во оваа насока, треба да се издвои една публикација која неодамна беше преведена на македонски јазик и дисеминирана до секој судија во државата, во врска со предметната етичко-морална проблематика поврзана со употребата на социјалните мрежи. Станува збор за издание насловено како „Практични упатства за користење социјални медиуми од страна на судиите: централна и источна Европа“, развиено и објавено од *CEELI* институтот во Прага, во ноември 2019 година¹⁹. Овие упатства кои се однесуваат на користење на социјалните медиуми од страна на судиите како поединци (а не се однесуваат на спецификите за користење на социјалните медиуми од страна на судовите, министерствата или домашното правосудство), содржат образложени насоки кои во својата клучна форма, на судиите им даваат јасни препораки, насоки и упатства за етички-доследна употреба на социјалните медиуми од страна на судиите. Во ерата на дигитализација во која живееме, овој документ навистина претставува вредно четиво за секој македонски судија кој има намера да ги користи социјалните мрежи.

Кога се зборува на оваа тема, значаен би бил и податокот дека до македонското Советодавно тело за судиска етика при Здружението на судии неодамна било поставено прашањето „Дали судија може да ги користи социјалните медиуми и до која мера?“. По ова прашање е утврдено и на ден 25 јуни 2020 година јавно е објавено советодавно Мислење според кое, судијата како и секој граѓанин, го ужива правото на слобода на изразување, во границите на неговите законски права и обврски, начелата за судската власт, принципите за непристрасност, интегритет и пристојност, а во име на дигнитетот на судијата и судиската функција. Со оглед што вршењето на судиската функција е предмет на постојано набљудување, судијата како во својот професионален така и во својот приватен живот, со своите изјави и активности на социјалните мрежи, медиуми и платформи, е должен да внимава да не го наруши својот углед, како и да се грижи за сочувување на довербата на

19 Достапно на <http://www.maclc.mk>

јавноста во судскиот систем. Судијата треба да ги користи социјалните медиуми со цел за приближување до јавноста на работата на судовите и подобрување на перцепцијата за судиската функција²⁰.

СУДСКАТА ЕТИКА И СЛОБОДАТА НА (СУДСКО) ИЗРАЗУВАЊЕ

Како што веќе е изнесено, судијата како и сите други граѓани, ги ужива сите човекови и граѓански права и слободи, вклучувајќи го и правото на слобода на изразување кое е гарантирано со бројни меѓународни конвенции, но и со секој демократски Устав во било која европска држава. Сепак, заради специфичноста на судиската функција и доброволните ограничувања кои мора да ги прифати секој судија, и ова граѓанско право на судијата може (и мора) да биде ползувано со најголем степен на внимание, исклучиво во духот на етичките правила и во граници на утврдените принципи на дозволено судско однесување.

За подобро разбирање на овие ограничувања, но и за потребите на овој труд во целина, многу корисно би било да упатиме на една неодамнешна судска пресуда на Европскиот суд за човековите права во Стразбур, донесена на 8-ми декември 2020 година во предметот *Panioglu* против Романија²¹.

Во кратки црти, станува збор за предмет оформен по апликација на една романска судијка на Апелационен суд Букурешт, која во 2012 година напишала статија поврзана со актуелната претседателка на романскиот Касациски (Врховен) суд, со наслов: „Ништо околу тоа како 'Камарад' обвинител стана претседател на сите судии“ (“*Nothing about how a Comrade Prosecutor has become the president of all judges*“), а истата ја посветила на својот прадедо, убиен од комунистите. Во статијата, која била јавно објавена, судијката, меѓудругото, раскажала како на нејзина 12-годишна возраст присуствувала на традиционална парада на која од граѓаните се очекувало со овации да го поздравуваат тогашниот комунистички диктатор Николае Чаушеску, каде лично била сведок како некоја средовечна и видно изморена жена која немала сила да скандира во чест на Чаушеску, само поради тоа била уапсена од тогашните комунистички државни служби. Понатаму, судијката

20 Мислење на Советодавното тело за судиска етика, достапно на <http://www.mja.org.mk>

21 Case of *Panioglu v. Romania* (Application no.33794/14), достапно на <https://hudoc.echr.coe.int>

раскажала и дека подоцна кога била во 7-мо одделение, била сведок дека во тогашниот комунистички систем постојат жени-затвореници кои биле осудени на затворска казна само поради абортус, кој тогаш бил забранет. Но, во статијата судијката посочила и дека [сега] актуелната претседателка на Касацискиот суд во истиот тој комунистички период била јавен обвинител и со тоа била дел од комунистичкиот авторитарен систем и режим на недемократски прогон, во контекст на опишаните случаи. Во статијата авторката-судијка јасно изјавила разочараност од фактот што истата [комунистичка] јавна обвинителка од 80-те години, сега во 2010 година, во една Европска држава со реформиран судски систем, постигнала толку многу за лично да биде избрана за „претседател на сите судии“, нарекувајќи ја дека е „иста личност со нов лик“ и дека тоа е причината зошто резултатот [во Романското судство] е и ќе биде, „вечен неуспех“.

Од страна на официјалните судски тела во Романија, против судијката била покрената дисциплинска постапка заради тоа што со објава на статијата сторила повреда на етичкиот Кодекс на однесување на судиите и на една релевантна законска одредба која го регулира однесувањето на судиите и обвинителите на начин што ги засега нивната професионална чест и углед. По спроведување на законита постапка, било утврдено дека судијката е одговорна за повреда на етичките, но и законските правила кои имплицираат ограничување на слободата на изразување на „судските офицери“, во услови кога статијата била напишана само со цел да креира негативна слика за тоа како актуелната претседателка на Касацискиот суд ги извршувала своите должности како поранешен обвинител во време на комунизмот. На судијката ѝ била изречена соодветна дисциплинска санкција, но не била разрешена од функцијата. Оваа дисциплинска одлука опстоила по правни лекови во сите инстанци пред домашните романски органи, по што судијката поднела апликација до Европскиот суд за човекови права поради наводна повреда на член 10 од Европската конвенција за човекови права, сметајќи дека со тоа државата Романија извршила неоснована интервенција во нејзиното граѓанско право на слобода на изразување.

Во референтната пресуда, Судот во Стразбур нашол дека, сепак, не постои повреда на конвенциското право на слобода на изразување на судијката. Судот, меѓудругото, аргументирал дека судијката – апликантка ја објавила статијата потпишана со нејзиното име, но и судска титула, што е повеќе од доволно случајот да се анализира во

светло на нејзината позиција во правосудниот систем. Понатаму, нашол дека нејзина крајна цел не бил приватниот живот на претседателката на Касацискиот суд, туку нејзината улога и професионална активност како обвинител во време на поранешниот систем и развојот на нејзината кариера во избор на претседател на највисокиот суд. Во тој контекст, Судот прифатил дека статијата го засега јавниот интерес поврзан со функционирањето и реформите на судскиот систем. Судот, потпирајќи се на етичките правила на судско однесување, нагласил дека мора да се очекува од јавните функционери кои служат на правосудството сами да го ограничат своето право на слобода на изразување во сите случаи кога авторитетот и независноста на судството може да се доведе во прашање и да практикуваат максимална дискреција да користат јавен настап, дури и кога би биле провоцирани, потенцирајќи ја важноста судството да ужива најголема доверба во јавноста. Во светло на овие правни аргументи, а вклучувајќи го и фактот што во Романија несомнено постоел законски основ за конкретното дисциплинско санкционирање на поведението на судијката, Европскиот суд за човекови права ги прифатил сите аргументи на романските домашни органи, во насока на тоа дека во случајот е постигнат добар баланс помеѓу потребата да се заштити авторитетот на судството и репутацијата на другите, наспроти потребата да се заштити правото на слобода на изразување на судијката, на ниво кое е неопходно во едно демократско општество.

Со оваа пресуда, збогатувајќи ја постоечката јуриспруденција на Судот во Стразбур по слични предмети поврзани со слободата на судско изразување²², презентираниот случај ни дава јасна претстава за тоа која е важноста за зачувување на интегритетот на судството првенствено како обврска на самите судии, кои се границите во рамки на кои треба да се подведе секој јавен настап на судиите и која е потребата од (само) ограничување на нивната слобода на судското изразување, сето тоа во контекст на почитување на правилата од Кодексот на судска етика како сет на принципи и вредности кои го насочуваат однесувањето на судијата во согласност со моралните и етички правила.

ЗАКЛУЧНИ СОГЛЕДУВАЊА

Уставната и законска положба на судскиот систем и неговата огромна важност за остварување на начелото на владеењето на правото како највисок постулат на секое демократско општество, несомнено ја

²² Повеќе види *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, ECHR 2015, и *Baka v. Hungary* [GC], no. 20261/12, 23 June 2016

наметнува потребата од воспоставување и одржување на независност, непристрасност и интегритет на судството. Во таа насока, судската етика има за цел да ги постави стандардите на прифатливо однесување на судиите како носители на судската функција и да обезбеди морална рамка во граници на која судиите ќе го подведат своето поведење со цел преку воздржувања, но и со нивна проактивност во насока на афирмирање на принципите на независност, непристрасност и интегритет, да придонесат кон зголемување на довербата на јавноста во судската власт.

Според актуелната состојба, може да заклучиме дека македонската судско-етичка рамка е систематизирана на начин што верно ги следи меѓународните и европските стандарди на судска етика, притоа инкорпорирајќи ги и судиите-поротници во рамки на системот на етички правила кои важат за носителите на судската функција, воопшто. Актуелниот Кодекс на етика на судиите и судиите-поротници прецизно ги воспоставува морално-етичките правила на однесување на судиите категоризирани во неколку етички принципи: независност, непристрасност, интегритет, пристojност, еднаквост, стручност и совесност, а истовремено востановува и посебно Советодавно тело за судска етика во рамки на Здружението на судии, кое преку своите мислења превентивно и советодавно се грижи за прашањата поврзани со етичкото однесување на судиите и судиите-поротници, односно соодветното извршување на судиските должности и избегнување на судирот на интереси во нивниот приватен живот и вршењето на судиската функција.

Наспроти етичките правила инкорпорирани во македонскиот кодекс на судска етика, значајни гаранции за зачувување на независноста, непристрасноста и интегритетот на судството и судиите извираат и од актуелниот Законот за судовите, во чии одредби е пропишана дисциплинската одговорност на судиите, меѓудругото, и за однесување на судијата со кое се нарушува угледот на судот и неговиот углед, но и за неколку други прашања кои се комплементарни со етичките принципи воспоставени со Кодексот. На тој начин, може да заклучиме дека судско-етичките принципи сепак се „оживотворени“ до степен што нивното грубо прекршување, покрај етичка, може да значи и дисциплинска одговорност на судијата и основ за негово разрешување.

Специфичноста на судиската функција сама по себе наметнува низа ограничувања кои судијата самостојно треба и мора да ги аплицира врз себе и своето опкружување, особено при неговите јавни настапи, изнесени мислења и ставови на било кој начин и во било која форма,

вклучувајќи ги, но не ограничувајќи се и на дигиталните платформи и социјалните мрежи. Во тој контекст, судијата мора да го самоограничи своето право на слобода на изразување на начин преку кој ќе ја зачува и истовремено ќе ја афирмира независноста, непристрасноста и интегритетот на судството, но и својата независност, непристрасност и интегритет. Ултимативни атрибути и вредности без кои остварување на начелото на владеење на правото е неостварливо.

SUMMARY

Judicial ethics, as a set of moral rules of conduct for judges, is a basic principle of the independence of the judiciary and the foundation on which every efficient and reliable judicial system is based upon. Its practical purpose is to define the formula by which the equivalent of the high personal and moral integrity of a judge can be achieved, as opposed to his individual and systemic independence and dignity.

Analyzing judicial-ethical principles as a dynamic category that grows together with the development of society in general, the author addresses the key attributes of judicial ethics as a special type of legal ethics. Special attention is paid to the relationship between judicial ethics and the use of social media by judges, as well as restrictions on judges' freedom of expression through the case law of the European Court of Human Rights.

НОВИ ПРАВНИ ИЗАЗОВИ КОРЗ ПРИЗМУ САВРЕМЕНИХ БЕЗБЕДНОСНИХ ПРЕТЊИ

355.02:34
351.86:34
Review paper

***Апстракт:** Безбедно и сигурно друштво је идеал коме тежи свака савремена, правна и демократска држава. Међутим, сведоци смо да се свеи око нас непрестано мења и да се често уочавају нови безбедносни ризици и претње који изискују одређене измене и дојуне постојеће правне регулативе једне државе. Чињеница је да право на нормативној равни у великој мери заостаје за потребама правне праксе. У вези са тим, неопходно је да се право у ширем смислу перманентно усавршава и надограђује како би се на што бољој начин одговорило на безбедносне претње са којима се друштва заједно са човечанством суочавају. Такође, мора се имати у виду да правни амбијент једне државе у мноме говори о квалитету и стању правне сигурности посматраној друштву и могућности реаовања правним механизмима на друштвено нежељна онашања. Аутор у раду жели да укаже на недостјање правних правила која су од изузетне важности за регулацију одређених друштвених области која су битна за свакодневни живот грађана и да је правни експанзионизам нужности. Имајући у виду наведено, у раду се настоји дати одговор на неколико питања као што су: из којих разлога је неопходно унапређивати правну регулативу; на које начине и модальности савремено право може да одговори безбедносне изазове и претње као што су: заштитна животне средине, масовне нелегалне миграције, електронско пословање које за последицу има нове облике комјутерској криминала, биотероризам и сл; затим,*

* мајер криминалиста, студент докторских студија- Правни факултет, Универзитет у Новом Саду, nevena88jovanovic@yahoo.com

имајући у виду ситејен друштвене ојасности какве су моћности за остваривање генералне превенције изменама, дојунама или увођењем нових инкриминација у национална и међународна законодавства; и на крају, који проблеми би се моли јавити применом нових, односно измењених правних одредаби.

Кључне речи: право, правни изазови, правни експанзионизам, правна држава, безбедносне претње

Увод

Модерни глобализациони процеси двадесет и првог века обележени су бројним безбедносним изазовима, ризицима и претњама који, у одређеном смислу, представљају нове правне изазове за национално и међународно право. Актуелне безбедносне изазове, ризике и претње карактерише међународни карактер због чега се борба против истих мора успоставити како на националном тако и на интернационалном нивоу. Из овакве ситуације произилази потреба да борба против потенцијално угрожавајућих појава правно уреди не само унутрашњим, већ и међународним правним актима.

Државе свесне опасности нових безбедносних претњи успостављају различите облике регионалне и међународне сарадње изналазећи различите начине путем којих би адекватно одговориле на савремене безбедносне претње које угрожавају њихове опште државне и националне интересе и виталне вредности. Јединствени, обједињени и синхронизовани механизми репресије успостављени на нивоу заједничке међународне сарадње и њихова имплементација у оквирима националних законодавстава, може дати позитивне резултате. Посебно наглашен актуелни интерес држава, као чланица међународне заједнице, за савремене безбедносне претње са којима се суочавају олакшава иницирање и усвајања различитих међународних правних докумената.

Аутор овим скромним радом жели да укаже на недостајање правних правила која су од изузетне важности за регулисање одређених друштвених области. Основна претпоставке од које полази јесте да се савремено право суочава са трендом глобализационих промена које, у великој мери, захтевају прилагођавање савременим процесима. Сходно националним и међународним потребама и захтевима, право у одређеној мери доживљава измене и допуне. Са друге стране, појава одређених савремених безбедносних претњи захтева увођење нових

инкриминација у национална и међународна законодавства имајући у виду њихов степен друштвене опасности. Другим речима, савремене претње безбедности имају за последицу правни експанзионизам. У садашњем контексту, шта више, можемо закључити да је правни експанзионизам постао доминантна пракса у великом броју европских законодавстава.

Основни појмови

Имајући у виду предмет истраживања, неопходно је пре свега одредити појам, односно одговорити на питање шта су то безбедносне претње. Безбедносне претње¹ су „конкретне појаве чије је наступање најмање неизвесно, а штетни ефекти неспорни. Реч је широком спектру појава које су реалност савремене свакодневнице“...и “о угрожавајућим појавама најнижег степена општости и највеће дозе деструктивности.“² Бајагић додаје да „у односу на изазове и ризике, претња је по интензитету непосредна или посредна са јасним знацима веома скорог наношења штете у случају изостанка брзог реаговања на њу.“³ У том смислу, дефинишући безбедносне претње, Орлић истиче да су претње непосредан облик угрожавања државе и друштво и коначан, најдиректнији извод изазова и ризика.⁴

Узимајући као критеријум интензитет деструктивности и вероватноћу наступања, поред безбедносних претњи разликујемо безбедносне изазове и ризике. Безбедносни изазови су појаве чији је интензитет деструктивности и вероватноћа наступања реална али најмање вероватна за разлику од безбедносних ризика чија је реалност и извесност наступања већа. Безбедносни ризици представљају конкретнију опасност којом се изазови преобликују у безбедносне

1 У стручном и свакодневном говору често се употребљава синтагма безбедносни изазови, ризици и претње која је према мишљењу Илића постала саставни део српског научног и политичког језика у последњој деценији прошлог века и првој деценији овог века. Предраг Илић, „Безбедносни изазови, ризици и претње или чиниоци угрожавања безбедности“, *Правне теме*, 02/2013., стр. 49.

2 Саша Мијалковић, Марија Поповић, „Увод у студије безбедности“, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2015., стр. 226-227.

3 Младен Бајагић, „Основи безбедности“, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2007., стр. 52.

4 Дејан Орловић, „Појмовно одређење изазова, ризика и претњи у процесу преобликовања међународне безбедности“, *Војно дело*, бр. 03/2004., стр. 92-93.

претње.⁵ Безбедносни изазови, ризици и претње представљају чиниоце угрожавања под којима се подразумевају „друштвене појаве или понашања настала деловањем човека (појединачно или групно), природе или техничких система у дужем временском периоду, које су значајнијег обима, при чему настају или могу настати штетне последице по интегритет човека, његову слободу, имовину и здравље, као и по интегритет и субјективитет државе и њених институција, вредности које она штити, као и вредности међународне заједнице.“⁶ Према професору Стајићу, „све савремене безбедносне изазове ризике и претње можемо поделити на: 1. спољашње, унутрашње и комбиноване; 2. оружане и неоружане; 3. појединачне и удружене; 4. глобалне и локалне; 5. основне и потпомажуће (суплементарне); 6. актуелне и латентне; 7. сталне и повремене.“⁷ Овој класификацији важно је додати да се безбедносне претње могу јавити као последица намерних активности али исто тако могу бити изазване непредвидљивим појавама.

Очекивано, у научној теорији постоји велики број дефиниција а начелно можемо рећи да безбедносне претње представљају појаве које се одвијају унутар или изван државе, а које могу угрозити територијални интегритет, суверенитет и идентитет државе, опстанак нације, државни правни поредак и владавину права, стабилност, мир, благостање и безбедност државе и грађана.

Савремене безбедносне претње

Један од основних задатака државе је да својим грађанима гарантује безбедност у друштвеној заједници.⁸ Као „организација с монополом за физичку принуду“⁹ држава поседује одређен капацитет

5 Саша Мијалковић, Марија Поповић, *нав. дело*, стр. 224-226.

6 Љубомир Стајић, „*Основи безбедности*, Драганић“, Београд, 2006., стр. 43.

7 Љубомир Стајић, „Постмодерни тероризам, организовани криминал и корупција као савремени безбедносни изазови, ризици и претње“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2006., стр. 381.

8 У правној и политичкој теорији велики је број аутора који су указивали на важност безбедносне функције државе која настоји да својој друштвеној заједници осигура безбедан живот у миру и благостању. Слободан Јовановић у свом делу „Држава“ истиче да „све што се тиче војне одбране земље и одржавања њеног правног поретка, спада неоспорно у задатке државе.“ Слободан Јовановић, „*Држава, књига прва: Појам државе. Државне функције*“, Београд, 1936., стр. 146.

9 Радомир Лукић, „*Увод у право*“, Београд, Савез удружења правника Југославије, 1961., стр. 32.

и потенцијал да се супротстави носиоцима безбедносних претњи и заштити појединачне и колективне вредности и интересе. Почетак двадесет и првог века обележен је појавом великих илегалних миграција као последицом регионалних сукоба, националним и етничким екстремизмом и сепаратизмом, културолошким јазом и јазом између богатих и сиромашних, неравномерним демографским развојем, великим успоном информатичких и комуникационих технологија, климатским променама, појавом епидемија и пандемија. Убрзан развој човечанства битно је допринео да актуелне безбедносне претње „иако имају исти назив и исти циљ као раније са собом носе потпуно нову енергију угрожавања која својом снагом превазилази опасности које су до сада биле познате.“¹⁰

Настанак нових савремених безбедносних претњи на глобалном нивоу у великој мери је обликовао нове концепте безбедности као друштвене науке. Осим појединаца и државе, у центар безбедносне науке постављају се савремене безбедносне претње које најчешће потичу од недржавних субјеката. Другим речима, некадашње безбедносне претње, које су долазиле од стране држава које су настојале да успоставе доминацију у биполарном окружењу, данас су, у највећем броју, замењене унутрашњим и невојним опасностима изазваним од стране недржавних субјеката. Вероватноћа да ће у данашње време доћи до рата као спољашње, војне безбедносне претње је мала. Пад броја оружаних сукоба у свету је „резултат пораста броја демократских држава, повећане економске међузависности и негативаног утицаја рата на економски развој држава.“¹¹ Имајући у виду наведено можемо закључити да су данас безбедносне претње најчешће унутрашње и невојне природе изазване намерним деловањем човека или непредвидљивим догађајима.

Премда се појављују као унутрашњи облик угрожавања безбедности, савремене претње се брзо и лако шире и попримају међународни карактер. Као такве савремене претње су најчешће неочекиване и неконтролисане, што у многоструке отежава њихово сузбијање. Да би се на нове изворе опасности ефикасно одговорило неопходно их је најпре утврдити и дефинисати мере за њихово сузбијање. Љубомир Стајић истиче да се „у литератури као најважније транснационалне безбедносне претње наводе: 1. нови тероризам,

10 Љубомир Стајић, *нав. дело*, стр. 381.

11 Gershon Shafir, „Legal and institutional responses to contemporary global threats: An introduction to the U.N. secretary-general’s high-level panel report on threats, challenges and change”, *California Western International Law Journal*, 1/2007., pp. 2.

тзв. посмодерни тероризам 2. илегални трансфер оружја и дуалних технологија 3. пролиферација НХБ оружја и ракетних технологија 4. организовани криминал 5. илегалне међународне миграције 6. производња и трговина наркотицима 7. корупција и праће новца 8. криминал у сфери информатике 9. угрожавање животне средине.¹²

Савремена комуникациона и информациона достигнућа, допринела су да актуелне безбедносне претње буду флексибилне и прилагодљиве друштвеним процесима. Имајући у виду домете и последице савремених безбедносних претњи које очигледно надмашују могућности и безбедносне капацитете чак и најмоћнијих држава, јасно је да је реч о изворима угрожавања који не представљају опасност само за државе већ и за целокупну међународну заједницу. Данас доминирају политичке претње (унутрашња нестабилност, „неуспешне државе“, тероризам, кршење људских права итд.); економске претње (сиромаштво, растући јаз између сиромашних и богатих, међународне финансијске рецесије, утицај неформалних центара финансијске моћи итд.); еколошке претње (нуклеарне катастрофе, планетарни еколошки проблеми, деградација земљишта и воде, мањак хране и других природних ресурса итд.) и друштвене претње (сукоб мањине и већине, пренасељеност, организовани криминал, илегалне миграције, инфективне болести и заразе итд.).¹³ Списак није коначан, динамичан развој савремених безбедносних претњи онемогућава успостављање јединствене класификације што указује на променљивост карактеристика, усложњавање и експанзију савремених чиниоца угрожавања безбедности.

Глобализациони процеси допринели су томе да готово ниједна земља или регион не може да буде заштићен од савремених претњи, изазова и ризика које на директан или индиректан начин нарушавају безбедност државе и сигурност грађана. Актуелне безбедносне претње, изазови и ризици су комплексни, међусобно повезани, континуирано се прилагођавају новим глобализационим и иновационим трендовима, често су непредвидиви, не познају границе држава, а њихов међународни карактер захтева глобалну сарадњу и борбу против њих. Из тога произилази да је сарадња на свим нивоима, између осталог и у области права, неопходна, како би се обезбедио адекватан правни оквир за превенцију, сузбијање и санкционисање носиоца савремених безбедносних претњи.

12 Љубомир Стајић, *нав. дело*, стр. 381-382.

13 Саша Мијалковић, „*Национална безбедност*“, Криминалистичко полицијска академија, Београд, 2015., стр. 97.

Повећан обим разноврсних, деструктивних савремених безбедносних претњи битно је утицало на схватање држава да је неопходно постићи међународни консензус око питања која се односе на борбу против савремених облика и носиоца угрожавања како би се њихови штетни утицаји сузбили у што већем обиму. Сарадња на националном, регионалном и међународном нивоу чини се као најоптималнији и најделотворнији начин за проналажење адекватног одговора на актуелне и будуће савремене безбедносне претње. Заједничка сарадња која се заснива на пружању узајамне помоћи и подршке у борби против савремених безбедносних претњи, представља заједнички интерес и потенцијално најефикаснији начин да државе континуирано унапређују националну, регионалну и међународну безбедност. Наиме, од великог је значаја да се свака држава ангажује у складу са својим могућностима и да допринесе очувању и унапређивању безбедности на националном, регионалном и глобалном плану. Актуелне безбедносне претње захтевају, солидаран и оперативан приступ, сарадњу и договор уз уважавање националног суверенитета и интегритета и предузимања заједничких мера и акција према својим могућностима.

Односи држава у свету у којем се дешавају брзе и динамичне промене су међусобно испреплетени и међузависни. Увиђајући да је кооперативност између различитих субјеката безбедности једини успешан начин да се ефикасно одговори на савремене облике угрожавања велики број држава исказује спремност у успостављању међународне сарадње. Истицање националних интереса испред сарадње од стране одређених држава доприноси ширењу безбедносних изазова, ризика и претњи и нарушава безбедност на микро и макро нивоу и као такво представља неодговорно понашање. Стога су државе у одређеном смислу приморане да бар привидно учествују у борби против савремених безбедносних претњи. Уколико адекватна реакција држава изостане, у многим земљама наставиће се развој нових извора угрожавања. Проблем савремених безбедносних претњи представља међународни проблем који захтева укљученост свих држава и њихову правну реакцију.

Нови правни изазови кроз призму савремених безбедносних претњи

Правни систем, и поред тога што одређене правне установе и институти опстају није вечна категорија, шта више право као друштвена наука која се прилагођава друштвеним потребама и захтевима непрестално

се мења. У вези са тим намеће се питање да ли право успева да се адекватно прилагоди социолошким, политичким, економским и другим променама које се одвијају брзо у периоду глобализационих процеса. Друштвене промене битно утичу и на промене у правном систему, сходно њима одређена нормативна решења се „гасе“ или преображавају, односно, доживљавају своје измене и допуне, док истовремено друге настају.¹⁴ Дакле, „будући да се друштво у целости изражава правом, у праву се огледају сви процеси који се јављају у друштву.“¹⁵

Савремено доба одликује велики број безбедносних претњи попут: тероризма, масовних илегалних миграција, организованог криминала, хибридних претње, компјутерског криминала, пролиферације савременог наоружања, проблеми демографског и економског развоја, климатске промене, епидемије и пандемије заразних болести и друго. Државе се суочавају са бројним изазовима на које је неопходно ефикасно одговорити. Међутим њихова потенцијална деструктивност широких размера превазилази националне правне оквире, односно захтева правну сарадњу на међународном нивоу. Питање актуелних безбедносних претњи је, истовремено, значајан и сложен унутрашњи и глобални проблем који као такав представља изазов за национално и међународно савремено право. Нови правни изазови у контексту актуелних безбедносних претњи се односе како на процес стварања права тако и на процес примене правних норми.

Сузбијање савремених безбедносних претњи је уско повезано са законском регулативом од које се очекује да на адекватан и потпун начин уреди ову област, односно да предвиди инструменте и облике правне реакције на понашања и догађаје који представљају потенцијалну опасност за националну и глобалну безбедност. Интернационализација актуелних безбедносних изазова, ризика и претњи изискује да регионална и међународна сарадња у овој области такође буде правно регулисана у смислу дефинисања контролних механизма, надлежности и овлашћења и система компетенција посебно из разлога што субјекти безбедности имају надлежност у оквиру граница своје државе и морају у свом раду поштовати суверенитет и територијални интегритет других држава. У вези са тим, неопходно је успоставити међународне правне стандарде у борби против савремених безбедносних претњи.

14 Опширније: Драгутин Аврамовић, Гордана Вукадиновић, „*Увод у право*“, Нови сад, 2014., стр. 324.

15 Драгутин Аврамовић, Гордана Вукадиновић, *нав. дело*, стр. 326.

Највећи правни изазов представља усложњавање и експанзија нових безбедносних претњи глобалног карактера које захтевају правно дефинисање и регулисање у оквиру међународног и националног правног система. Непрекидни људски и цивилизацијски напредак погодује стварању нових облика безбедносних претњи које се са националног нивоа олако уздижу на међународни ниво претећи да угрозе стабилност и безбедност, па чак и опстанак глобалне заједнице. Безбедносни изазови, ризици и претње данашњице јављају се у великом обиму и у разноврсним облицима што за сваку државу представља опасност на коју се мора правно одговорити. Да би њихови утицаји били онемогућени, или бар сведени на најнижи ниво, државе и међународна заједница усвајају правне акте који имају за циљ елиминацију или редукцију појава које на посредан или непосредан начин угрожавају безбедност на националном, регионалном и глобалном нивоу. Савремени односи изискују унапређивање правне регулативе како би се правни поретак прилагодио захтевима државе која се суочава са бројним савременим безбедносним претњама.

Недостајање правних правила којима би се регулисали одређени сегменти друштва указују на потребу унапређивања правног система, јер у супротном, постојање правне несигурности ствара простор за бројне злоупотребе чиме се негативно утиче на адекватну примену правних одредби и функционисање правне државе. Актуелне безбедносне претње захтевају измене, допуне, па чак и доношење нових и свеобухватних законских прописа којима се настоји отклонити свако понашање којима се нарушава безбедност, односно којима се настоји умањити последице ненамерних безбедносних претњи, као што су природне катастрофе, ширење заразних болести и слично.

Следећи правни изазов односи се на проблем недовољног познавања одређених савремених безбедносних појава што отежава њихово правно дефинисање, затим регулисање, а на крају и њихово доказивање и сузбијање. Експанзија актуелних опасности по националну, регионалну и међународну безбедност значајно утиче на то да тренутна правна решења, ма колико да су благовремено ажурирана, не успевају на потпун начин да обухвате нове носиоце и облике угрожавања безбедности држава и појединца. Упркос легислативним активностима одређене актуелне безбедносне претње нису обухваћене правном регулативом или нису у потпуној мери регулисане одредбама позитивног права.¹⁶

16 Ово је посебно карактеристично за савремене безбедносне претње које се

Супротстављање савременим безбедносним претњама захтева успостављање правних оквира који ће омогућити поштовање људских права и слобода и владавину права, с једне стране и солидаран и оперативан заједнички приступ супростављању новим безбедносним претњама, с друге стране стране. Када је реч о борби против савремених изазова, ризика и претњи не постоје коначна решења што имплицира да се правни систем мора континуирано прилагођавати, надограђивати и унапређивати како би адекватно одговорио на све актуелне опасности. Услед комплексности и озбиљности савремених безбедносних претњи међународни и национални правни акти сагласни су у ставу да се њима треба приступити озбиљно и да је неопходно предузимање свих мера којима ће државе настојати да што ефикасније одговоре на актуелне безбедносне претње.

Државе кроз међународну сарадњу улажу велики напор како би успоставиле правни оквир за борбу против савремених претњи. Последњих година државе и међународна заједница су путем законодавних активности на унутрашњем и међународном нивоу усвојиле велики број правних докумената којима се настоји унапредити борба против актуелних безбедносних претњи. Међутим, честе и брзе промене (посебно када је реч о претњама које су својом природом повезане са техничко-технолошким прогресом) савремених претњи имају за последицу честе измене и допуне међународних и националних правних докумената. Са друге стране, на нивоу унутрашњег права то значи да државе морају у континуитету да унапређују свој правни систем, да имплементирају међународне правне акте у своја национална законодавства, да формирају одговарајућа радна тела и едукују њихове чланове за спровођење правних одредби. Наведени правни процеси који подразумевају усклађивање националног законодавства са међународним правним прописима захтевају време, значајна финансијска средства и међународну сарадњу са заинтересованим држава. Многе државе, посебно оне слабије финансијске моћи, „каскају“ за развијеним државама настојећи да осим имплементације међународних прописа, исте и примени у стварности.

развијају упоредом са напредком информационих технологија. Тако на пример питање дигиталног новца (попут биткоина) којим се могу финансирати бројне активности носиоца безбедносних претњи у великом броју држава је нерегулисана, док у другим државама ово питање је регулисано у мери која је значајно мања од потреба стварности. Са друге стране примена постојећих позитивноправних решења није идеална што указује на велики раскорак између друштвених потреба и правних норми.

Постизање и одржавање сагласности између међународних и националних правних докумената један је од предуслова за успешно супротстављање савременим безбедносним претњама. Унификација права у овој области може представљати олакшавајућу околност, при чему је свеједно на који начин се једнообразност правних норми остварује – путем извора међународног права или сагласношћу националних држава.¹⁷ Један од проблема и правних изазова који настаје када је реч међународним актима односи се на следеће. Међународни правни документи који су настали као резултат сарадње на међународном нивоу засигурно ће бити од стране већег број држава усвојена и ратификована, односно имплементирана у домаћа законодавства, док с друге стране увек ће постојати један мањи број држава које међународне правне акте неће ратификовати или у потпуности имплементирати. Дакле, када је реч о заједничкој сарадњи и борби против савремених безбедносних претњи много је лакше успоставити договоре о сарадњи него исте у реалности остварити. Такође, учешће јаких, политичких моћних држава са међународним кредибилитетом нужно доводи до мешање политике и права и до неравнотеже у преговорима, што може битно утицати на усвајање и примену међународних правних аката у пракси држава. Иако супростављање безбедносним претњама представља општи интерес свих држава, присутност политичких сукоба између држава успорава и отежава заједничку сарадњу и борбу. Таква ситуација не би требала да умањи значај заједничке воље која је на међународном нивоу исказана и потврђена међународним правним документима. Свесни опасности савремених безбедносних претњи свака држава мора дати свој допринос – да ли ће то бити на начин који је на међународном нивоу постигнут или на националном нивоу мање је битно. Другим речима, чињеница да неколико држава одлучи да не примени или да се не придржава одредби међународних правних аката не умањује његову намеру, природу и ефикасност све док већина држава међународне заједнице поступа у циљу постигнутог споразума. Такође, важно је имати у виду да се међународна сарадња не одвија само на међународном већ и на регионалном нивоу. Сузбијање савремених безбедносних претњи подразумева доношење правних прописа и мера на свим нивоима – на унутрашњем (националном), регионалном и глобалном (међународном), на којима се спроводи борба против савремених извора угрожавања.

17 Опширније, Радимир В. Лукић, „Национално право и глобализација“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 76/2017., стр. 61.

У том смислу на међународном и регионалном нивоу путем заједничке сарадње доносе се међународни правни документи којима се настоји регулисати питање сарадње и борбе против савремених безбедносних претњи. То за државе значи да се постојеће национално законодавство мења, односно трпи одређене измене и допуне, а по потреби се усвајају нови закони или се уводе нова кривична дела. Са друге стране, појава одређених савремених безбедносних претњи захтева увођење нових инкриминација у национална законодавства имајући у виду њихов степен друштвене опасности. Међутим, „увек се приликом измена и допуна појављује дилема где наћи границу између претераног ширења криминалне зоне, односно повећања броја инкриминација и потребе државе да на ефикасан начин реагује на нове облике криминалитета.“¹⁸ Јасно је да одређене безбедносне појаве захтевају правни експанзионизам. У садашњем контексту можемо закључити да је правни експанзионизам постао доминантна пракса у великом броју европских законодавстава, међутим увођење нових инкриминација у законодавства захтева крајње озбиљан приступ. Доношење великог броја општеобавезујућих прописа може за резултат имати претерани нормативизам који право може учинити недовољно ефикасним а државу бирократском. Шта више, неопходно је имати у виду да се у одређеним ситуацијама правни експанзионизам унутрашњег законодавства јавља као резултат испуњавања захтева и препорука међународне заједнице и одређености за политику сарадње, посебно ако је реч о државама који се налазе у процесу придруживања Европској унији или су чланице ЕУ. Усклађивање домаћих прописа и праксе са европским и међународним стандардима, односно хармонизација представља савремени процес глобализације права у европским и светским размерама.¹⁹ Међутим и у таквим ситуацијама, приликом усвајања нових инкриминација законодавац мора узети у обзир мишљења и ставове академске јавности и науке. Наиме, одређене правне политичке тендеције које су резултат европских интеграција можемо лако да препознамо, а то су пре свега хипертрофија инкриминација и постепено заостравање казнене политике којој законодавци у новије време прибегавају, а која по правилу не погађа свој прави циљ.²⁰ Деловање држава и читаве

18 Зоран Стојановић, Драгана Коларић, „Савремене тенденције у науци кривичног права и кривично законодавство Србије“, *Српска политичка мисао*, 3/ 2015., стр. 113.

19 Драган Васиљевић, „Правна држава и савремена управа“, *Наука, безбедност, полиција*, бр. 2/2008., стр. 31.

20 Драгана Коларић, „Реформски процеси и кривично материјално законодавство

међународне заједнице у борби против савремених безбедносних претњи мора бити пре свега превентивно. Постојање оштрих правних санкција може бити снажно одвраћајуће средство, али и поред тога што су санкције од виталног значаја оне нису савршено средство које ће у потпуности елиминисати актуелне безбедносне претње.

Имајући у виду карактеристике савремених безбедносних претњи, а посебно њихов интернационални карактер који захтева заједничку борбу, од велике је важности да се што већи број држава међународне заједнице укључи у правне иницијативе које су усмерене на унапређење глобалне безбедности. Донекле је и обавеза свих држава као међународних субјеката да допринесу у борби против савремених безбедносних претњи, како би између осталог, осигурали мир, стабилност и безбедност за своје грађане. Сарадња држава на међународном нивоу указује на спремност држава да се заједно суоче и боре против савремених безбедносних изазова ризика и претњи које одликује велика деструктивна моћ.

Закључак

Државе самостално, али и у оквиру међународних и регионалних иницијатива се суочавају са бројним претњама по националну и међународну безбедности. Најважније безбедносне претње које се истичу у стручној литератури и радовима су: међународни тероризам, неконтролисана пролиферација оружја за масовно уништење, организовани криминал, масовне илегалне миграције, компјутерски криминал, енергетска безбедност, климатске промене и еколошке катастрофе изазвани глобалним загревањем и загађењем животне средине, недостатак природних ресурса (нафте, воде и сл.), хибридне претње, ширење заразних болести и друго. Појава нових безбедносних претњи захтева перманентну борбу и сарадњу на регионалном и међународном нивоу. Имајући у виду њихову опасност за државе па чак и за читаву међународну заједницу њихова манифестација захтева одређене правне промене које се огледају у изменама, допунама, а у крајњем случају и увођењу нових инкриминација у национална законодавства. Дакле, интензитет, деструктивности актуелних безбедносних претњи и извесност њиховог наступања су основни разлози због којих је неопходно унапређивати правни систем државе.

Право се попут осталих друштвених наука налази пред новим изазовима савременог доба на које, наизглед, не може у потпуности и адекватно да одговори, пре свега због експанзије нових облика угрожавања које захтевају правовремену правну реакцију. Законодавне промене, које представљају правни одговор на савремене безбедносне претње, у оквиру постојећег националног и међународног правног система резултат су општег интереса и тежње да се унапреди опште безбедносно стање националне, регионалне и међународне безбедности.

Савремене безбедносне претње захтевају преважилажење себичних националних интереса и успостављање међународне сарадње. Увиђајући опасност актуелних безбедносних изазова ризика и претњи, борба против савремених облика угрожавања постала је заједничка брига, обавеза и одговорност читаве међународне заједнице. Заједничка сарадња и кооперативност између више држава у правном и безбедносном контексту представља потенцијално најефикаснији и најделотворнији начин на који би се могло одговорити на савремене безбедносне изазове, ризике и претње.

Nevena Jovanović
MA in criminology,
PhD candidate – Faculty of Law, University of Novi Sad

NEW LAW CHALLENGES THROUGH THE PRISM OF CONTEMPORARY SECURITY THREATS

Abstract: *Safe and secure society is an ideal towards which every modern legal democratic state strives to. However, we witness the everchanging world that often faces us against new security risks and threats, which demand certain alterations and supplementations of a state's legal regulation. It is a fact that normative law greatly lags behind the demands of legal practice. Therefore, law in its wider sense must permanently be improved and upgraded in order to meet the challenges that security threats pose to society and humanity, as completely as possible. Also, it must be kept in mind that the legal milieu of a state speaks volumes about the quality and level of legal security of the said society and the possibility of legal mechanisms to react to socially undesirable behaviors.*

This paper aims to indicate the lack of legal rules of extraordinary importance for regulation of certain social areas which are essential for citizens' everyday life, and to assert the necessity of law expansionism. Having in mind the abovementioned, this paper also aims to answer several questions, such are: why is it necessary to improve legal regulation; in what ways and modalities can a modern society meet security challenges and threats such are: environmental protection, mass illegal migrations, e-business affected by computer criminal, bio terrorism etc. Additionally, having in mind the level of social peril, what are the possibilities of realization of general prevention through changes, amendments or implementations of new incriminations in national and international legislation. Finally, what problems may occur in application of new, i.e. altered legal norms.

Key words: *law, law challenges, law expansionism, legal state, security threats*

EVROPSKI STANDARDI PRAVNOG STATUSA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

35.08(4-672EY)

35.08(497.7)

Review paper

Apstrakt: *Razvoj službeničkog zakonodavstva, kojim se regulišu pitanja pravnog statusa državnih službenika u skladu sa evropskim standardima, jedan je od važnih zadataka država kandidata za članstvo u Evropskoj uniji. Republika Srbija učinila je veliki napor u tom pravcu, ali su i dalje pristutni propusti u regulaciji, ali i u sprovođenju onih pravila koja su usklađena sa evropskim standardima. Cilj rada je da ukaže na najvažnije principe statusa državnih službenika u evropskom pravnom prostoru, te da istakne važnost razvoja kompetencija državnih službenika za njihov efikasan rad. Posebno se ukazuje na faktore koji utiču na poverenje građana u rad državnih službenika, te naglašava važnost etike za izgradnju sveukupne kulture integriteta u državnoj upravi.*

Ključne reči: *Poverenje, kompetencije, ljudski resursi, etika, odgovornost*

Uvod

Državni službenici su kategorija zaposlenih koji obavljaju poslove važne za funkcionisanje države. Stoga je neophodno da se analiza i reforma postojećih pravnih rešenja u oblasti delanja državnih, ali i lokalnih službenika, počevši od načela, preko prava i obaveza, napredovanja, usavršavanja, kodeksa ponašanja, odgovornosti, shvate kao jedan kontinuiran proces usklađivanja sa evropskim i međunarodnim standardima, a u cilju postizanja

* doktorand Pravnog fakulteta, Univerziteta u Nišu, joka2912@gmail.com

visokog nivoa kvaliteta rada službenika, te jačanja integriteta institucija, a time i poverenja građana u njihov rad. Važna karika u implementaciji evropskih standarda je održavanje konzistentnosti između politike država kandidata za članstvo i javnih politika Evropske Unije, koje su u konstantnom procesu razvoja. Naravno, za reforme, kako za njihovo pokretanje, tako i za sprovođenje, neophodna je politička volja, tačnije politički konsenzus. (Wiberg, 1986:143) predlaže trodimenzionalnu tipologiju ocene vlade i njenih političkih performansi, koja sadrži ocene o a) kvalitetu ljudi u vladi, b) kvalitetu vladinih odluka i v) osetljivosti političara. Ovaj autor ističe da je malo razloga za zabrinutost zbog smanjenja poverenja u političare generalno, jer bi „to onda bio znak upozorenja samo ako bi ga pratilo sveukupno nezadovoljstvo sadržajem stvarne politike političara“. Drugim rečima, politički sistem može imati manje dobre rezultate u verodostojnosti svojih aktera ili neće uspeti da reaguje na sistem sve dok ljudi prihvataju stvarne političke rezultate. Za Viberga je kvalitet vladinih odluka dovoljan i neophodan uslov za funkcionisanje političkog sistema.

U Republici Srbiji je primetan napredak u pogledu orijentacije na ljudske resurse, kako u državnoj, tako i u lokalnim samoupravama, a to pokazuju i praktični rezultati. Ukoliko se osvrnemo 20 godina unazad, kadrovske politike bile su birokratske, dok je fokus sada više na pojedincima.

Građani žele administraciju kojoj veruju, koja ih shvata ozbiljno, odgovorna je i transparentna u svom radu. Razvoj usluga mora se kretati u pravcu razumevanja korisničkog iskustva, naročito u vremenu kada inovativne digitalizovane usluge zauzimaju svoje mesto, a digitalno okruženje i veštačka inteligencija postaju realnost, koja sa sobom nosi nove izazove.

1. Poverenje građana u državnu upravu

Zajednički imenitelj svih načela postupanja državnih službenika je zakonitost u rada, na način kojim se građanima stavlja do znanja, da je službeniku važno da oni ostvare svoja prava, u skladu sa zakonom, te da je javni interes imperativ od koga neće odstupiti. Načela ne postoje samo da bi bila deklarirana kao takva, te ispunila određenu formu kreatorima zakona, već da služe kao postulati od kojih se polazi.

EUPAN (European public administration network) mreža koja okuplja države članice EU u nastojanju da poboljšaju svoju državnu upravu, navodi nekoliko indikatora, koje bi države trebalo da urade u nastojanju da ojačaju poverenje građana u javnu upravu. Javne uprave bi, najpre trebalo:

- da bolje komuniciraju (npr. upotrebom adekvatnog tona u obraćanju sa strankama),
- da se bolje konsultuju međusobno,
- da bude bolje kontrolisane, odnosno da se ustanovi efikasan mehanizam nadzora nad radom državnih službenika. Takođe, ovde treba imati u vidu i nove rizike, koje donosi tehnološki napredak, npr. rizici digitalizacije).¹

Postoje istraživanja koja ukazuju da poverenje javnosti u državne službenike leži u ishodima i rezultatima postupanja, međutim da ima više dokaza koji ukazuju na to da poverenje u institucije ipak više zavisi od procesa, odnosno postupanja, poput pravičnosti u postupanju, nego od konačnih rezultata, odnosno ishoda. Drugim rečima, to znači da je samo postupanje državnih i lokalnih službenika, temelj na kojem se gradi poverenje građana, poštujući pritom načela utvrđena, kako normativnim, tako i pravilima soft law karaktera, raznim kodeksima ponašanja. (Ryzin, 2011:750) Izdvajaju se i stavovi autora koji smatraju da „profesionalno obavljanje javnih poslova predstavlja specifičan položaj „iznad” običnih građana, te da „javni službenik mora da se prosocijalno ponaša motivisan jasnom svešću o sudbinskoj povezanosti sa sugrađanima udruženim u zajedničkom poduhvatu ostvarenja društvene pravde. Činovnik nije samosvojna i samodovoljna jedinka čija prava kao pojedinca prethode društvu kao celini i postoje odvojeno i samostalno u odnosu na kolektivitet”. (Korać, 2017:281)

OECD je pronašao moguća objašnjenja za vraćanje poverenje građana u vladu u dokumentu „Government at a Glance 2019“. Razlozi se mogu naći, na primer, u integritetu javnog sektora, u jačanju sposobnosti državnih službenika, u stvaranju prilika za značajno angažovanje građana. Vlade su poboljšale pristup i kvalitet javnih usluga, u oblasti socijalne zaštite i zdravlja, postepeno su poboljšavale kvalitet usluga, imajući u vidu rodno ravnopravnost, omogućavaju veće učešće različitih grupa u društvu, otvorenije su i bolje u konsultacijama sa građanima i svesnije su mogućih političkih alata koji su im na raspolaganju (npr. procesi u budžetu, zeleno budžetiranje, rodno budžetiranje). Zadovoljstvo građana u isporuci i kvalitet javnih usluga je osnova za poverenje. OECD ističe pokretače poverenja povezane sa kompetencijama i vrednostima. Kompetencije se odnosi na sposobnost vlada da građanima pružaju usluge na nivou kvaliteta koji očekuju, čineći to na odgovoran i pouzdan način. Vrednosti su pokretači i

¹ Dostupno na: <https://www.eupan.eu/wp-content/uploads/2020/01/EUPAN-Presidency-Report-Finland.pdf>, pristup: 25.11.2020.

principi koji mogu da vode i treba da oblikuju akcije vlada. Te vrednosti su otvorenost, integritet i pravičnost.²

Paul Maassen (Open Government Partnership), objasnio je da Partnerstvo za otvorenu vladu (OGP) ima tri osnovne vrednosti: otvorenost, učešće i odgovornost. On je primetio da ako se vlade usredsrede samo na otvorenost, oni mogu biti predmet sumnje i nepoverenja, posebno na početku, kada se mogu pojaviti sve vrste „prljavštine”. Međutim, ukoliko vlade „pametno kombinuju otvorenost sa mogućnosti za učešće i sa odgovornošću, dinamika se menja: ona postaje razgovor gde građani shvataju da vlada zaista sluša”³

2. Kompetencije državnih službenika

S obzirom na pomenutu činjenicu da se u savremenoj državnoj upravi, sve više pažnje posvećuje ljudskim resursima, tačnije kvalitetu ljudskog supstrata državne uprave, neophodno je govoriti o poželjnim kompetencijama državnih službenika. Moglo bi se reći da ovo pitanje predstavlja izazov za pravnu teoriju, a naročito pronalaženje adekvatnog metoda, koje su kompetencije zaposlenih u privatnom poželjne u javnom sektoru

Jedno od istraživanja koje je sprovedeno 2017. godine u holandskom javnom sektoru, (Kruyen, Genugten, 2020:133) među visokoobrazovanim zaposlenim državnim službenicima, izdvojilo je stav autora da je važno praviti razliku između kompetencija koje su značajne za tradicionalnu javnu upravu (Traditional Public Administration), od onih karakterističnih za novi javni menadžment (New Public Management) i novu javnu upravu (New Public Governance). Shodno ovom istraživanju, tradicionalnu javnu upravu karakterisale su: stručnost, kompetentnost, poznavanje prava i veština, administrativne veštine, proceduralizam, preciznost, obraćanje pažnje na detalje, savesnost, administracija i birokratija, disciplina, lojalnost, poslušnost, izbegavanje rizika. Za novi javni menadžment poželjne karakteristike državnih službenika su pak: orjentisanost na rezultat, transparentnost, efikasnost, upravljanje vremenom, veštine upravljanja projektima, rizicima i programima za rad na projektima, te taktičke, strateške, pregovaračke veštine, nadzor nad radom i odgovornost, komunikativne veštine, orjentisanost na građane, fleksibilnost u radu. Za novu javnu upravu

2 Dostupno na: <https://www.oecd.org/gov/pem/recommendation-on-public-service-leadership-and-capability.htm>, pristup: 27.11.2020.

3 Dostupno na: <https://www.opengovpartnership.org/documents/regulatory-governance-in-the-open-government-partnership/>, pristup: 27.11.2020.

pored osobina koje su karakteristične za novi javni menadžment, poput komunikativnosti, orijentisanosti na klijente i rezultat, rad na projektima i slično, karakteristične su i: saradnja, umrežavanje, timski duh i rad, veštine pregovaranja, sposobnosti improvizacije, olakšati korisniku, taktičnost, lobiranje, baviti se različitostima, konsultovati se, imati viziju, uveriti građane da su njihovi interesi važni, posvećenost, empatija, uključenost, razumevanje okoline, zainteresovanost, pristupačnost, strpljivost, poštovanje drugih, kreativnost, energičnost, snalažljivost, pragmatičnost.

Činjenica je da se osobine državnih službenika koje su karakteristične za određenu razvojnu fazu javne uprave, ne mogu tako striktno odvajati, tačnije ne bi bilo ispravno reći da one osobine, koje su karakteristale tradicionalnu javnu upravu, poput stručnosti, poznavanja prava, veština, savesnosti, nisu poželjne u sadašnjem vremenu. Naime, neke osobine, koje su karakteristične za tradicionalnu javnu upravu, poput stroge lojalnosti, osetljivosti na politiku, birokratije, oprečne su osobinama koje se povezuju sa novim javnim menadžmentom, kao npr. fleksibilnost, kreativnost, orijentacija na klijente i na rezultat, ali bi trebalo naći meru i kombinovati ono što se najbolje pokazaju u praksi, a s obzirom na korisničko iskustvo.

Tako se u vrstama kompetencija, u novoj javnoj upravi državnih službenik razlikuje od onoga što zahtevaju i tradicionalna javna uprava i novi javni menadžment. Unutar nove javne uprave ne radi se o tome da „jednostavno“ sledite pravila i propise i sprovedite politike koje donosi politika kao u tradicionalnoj javnoj upravi niti delujete isključivo na temelju poslovnih principa, već mnogo više o kontinuiranom pronalaženju vlastitih uloga državnih službenika u radnom procesu. Posebnu pažnju treba usmeriti na samorazvoj državnih službenika, omogućavajući im obuke i usavršavanja u onom pravcu, koje oni sami smatraju važnim za svoj rad, jer se na ovaj način povećava zainteresovanost za neku oblast ili predmet interesovanja i pospešuje mogućnost učenja. (Cheetham, Chivers 1998:301).

Republika Srbija je 2019. podzakonskim aktom, uredbom,⁴ uredila kompetencije potrebne za rad državnih službenika. Ovim aktom kompetencije su podeljene na ponašajne i funkcionalne, Uredbom su posebno precizirane i kompetencije za rad na položajima, imajući u vidu i rukovodioce užih unutrašnjih jedinica i kompetencije za izvršilačka radna mesta.

Tako su kao ponašajne kompetencije za sva radna mesta predviđene:

1) Upravljanje informacijama; 2) Upravljanje zadacima i ostvarivanje rezultata; 3) Orijehtacija ka učenju i promenama; 4) Izgradnja i održavanje

⁴ Uredba za određivanje kompetencija za rad državnih službenika („Službeni glasnik“ RS 4/2019)

profesionalnih odnosa; 5) Savesnost, posvećenost i integritet.

Dodatno su kao ponašajne kompetencije predviđene i:

- 1) Upravljanje ljudskim resurima – za radna mesta rukovodilaca užih unutrašnjih jedinica i položaje;
- 2) Strateško upravljanje – za položaje.

Funkcionalne kompetencije predstavljaju skup znanja i veština potrebnih za delotvorno obavljanje poslova u državnom organu i dele se na opšte funkcionalne kompetencije koje su potrebne za delotvorno obavljanje poslova na svim radnim mestima državnih službenika i posebne funkcionalne kompetencije koje su potrebne za delotvorno obavljanje poslova u određenoj oblasti rada i na određenom radnom mestu.

Opšte funkcionalne kompetencije su:

- 1) organizacija i rad državnih organa Republike Srbije;
- 2) digitalna pismenost i
- 3) poslovna komunikacija.

Posebne funkcionalne kompetencije u određenoj oblasti rada odnose se na potrebna opšta i metodološka znanja i veštine u okviru određene oblasti rada koje državni službenik treba da primenjuje u radu da bi delotvorno obavio posao.

3. Načela delovanja državnih službenika u kontekstu evropskih standarda

SIGMA (Support for Improvement and Management in Central and Eastern European Countries) program koji predstavlja podršku za poboljšanje rada državnih uprava, nastao kao zajednička inicijativa Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) i Evropske unije, 1992. godine koju je tada podržalo pet zemalja Srednje i Istočne Evrope. U svojim naporima u reformi državne uprave Sigma je proširila svoju podršku na druge države, paralelno sa proširenjem EU, kroz proces proširenja i proces stabilizacije i pridruživanja. SIGMA je svojim radom dala veliki doprinos reformi državnih uprava, naročito zemalja u razvoju, poput Srbije. Pokazatelj za to je i što su dokumenti, analize, stavovi, sugestije, predlozi SIGMA programa korišćeni prilikom izrade više Strategija reformi državne uprave u Republici Srbiji.

U skladu sa stavovima iznetim u dokumentima SIGMA⁵, definisani su osnovni uslovi koje državna uprava treba da ispunjava: 1. odvajanje javne

5 OECD (1999), European Principles for Public Administration [Evropski principi za javnu upravu], SIGMA Papers, br. 27, OECD Publishing, <https://doi.org/10.1787/5kml60zwd7h-en>

i privatne sfere od presudne je važnosti te zbog toga javni interes mora imati prioritet i biti zaštićen od upliva privatnih interesa; 2. depolitizacija i profesionalizacija državne uprave - odvajanje politike i uprave je nužno jer unutar javnog domena postoje dva odvojena, iako međusobno povezana ipak odvojena dela koja imaju različit izvor legitimiteta; 3. odgovornost državnih službenika - zahtev za razvojem individualne odgovornosti i napuštanje ranije prakse kolektivnog odlučivanja, što uključuje jasno definisanje odgovornosti za odluke i postupke, te regulaciju odgovarajućih mehanizama i njihovo sprovođenje u praksi; 4. jasno definisana prava i obveze državnih službenika te odgovarajući stepen zaštite službe i visine njihovih zarada; 5. merit-nacelo - zapošljavanje i napredovanje u službi moraju biti utemeljeni na sposobnostima, uz isključivanje mogućnosti patronaže, diskriminacije i proizvoljnosti. Konkretizacija tih ciljeva putem pravne regulative obuhvata sledeća rešenja koja su predmet evaluacije inicijative SIGMA i Evropske komisije:⁶ 1) jasno razgraničenje između političkih i službeničkih položaja u upravi kako bi se osigurala depolitizirana javna uprava, nezavisna od svakodnevnih političkih intervencija, 2) zapošljavanje i napredovanje u službi mora biti utemeljeno na sposobnosti i kompeticiji kako bi se unapredio profesionalni nivo javne uprave, 3) kvalitetna regulacija dužnosti i prava službenika, posebno dužnosti političke neutralnosti, poslova i angažmana nespojivih sa svojstvom državnog službenika, 4) delotvorna regulacija procesuiranja pritužbi službenika i zaštite njihovih službeničkih prava, 5) pravedna regulacija ocenjivanja rada službenika s dovoljnim garancijama kako bi se službenici mogli zaštititi od nepravednih ocena 6) platni sistem treba da bude utvrđen zakonom, transparentan te s malim stupnjem slobode rukovodilaca u određivanju plate pojedinog službenika, 7) upravljački mehanizmi moraju biti takvi da osiguraju primenu jedinstvenih standarda u čitavoj javnoj upravi bez obzira na to postoji li neki upravni organ koji je za to izričito i posebno nadležan.

U jednom od novijih dokumenata SIGMA/ OECD-a⁷ sadržano je 14 принципа (OECD, 2020:130) na kojima bi trebalo da funkcioniše javna uprava, podeljenih u tri celine:

I Kultura i liderstvo vođeni vrednostima:

1. Definirati vrednosti javne uprave i promovirati donošenje odluka zasnovanih na vrednostima, 2. Izgraditi lidersku sposobnost u javnoj upravi.

6 Dostupno na: <http://www.sigmaweb.org/publications/principles-public-administration.htm> pristup 25.11.2020.

7 Dostupno na: <http://sigmaweb.org/publications/Principles-of-Public-Administration-2017-edition-MNE.pdf>, pristup 25.11.2020.

3. Osigurati inkluzivnu i sigurnu javnu uslugu koja odražava raznolikost društva koje predstavlja., 4. Izgraditi proaktivnu i inovativnu javnu uslugu koja zauzima dugoročnu perspektivu u dizajniranju i primeni politike i usluga.

II Kvalifikovani i efikasni javni službenici

5. Kontinuirano identifikovati veštine i kompetencije potrebne za transformisanje političke vizije u usluge koje donose vrednost društvu., 6. Privući i zadržati zaposlene veštinama i kompetencijama potrebnim na tržištu rada., 7. Rekrutovati, birati i unapređivati kandidate kroz transparentne, otvorene i zasnovane na zakonu postupke, kako bi se garantovao pošten i jednak tretman., 8. Razviti potrebne veštine i kompetencije stvaranjem kulture učenja u javnoj službi. 9. Proceniti, nagraditi i prepoznati učinak, talenat i inicijativu.

III Efikasan i prilagodljiv javni sistemi zapošljavanja

10. Precizirati institucionalne odgovornosti. 11. Razviti dugoročni, strateški i sistematski pristup upravljanju ljudskim resursima 12. Postavite neophodne uslove za unutrašnju i spoljnu mobilnost i prilagodljivost radne snage kako bi se veštine uskladile sa potražnjom. 13. Utvrdite i ponudite transparentne uslove i odredbe o zapošljavanju koji odgovaraju funkcijama radnog mesta 14. Osigurati da zaposleni imaju mogućnosti da doprinesu poboljšanju pružanja javnih usluga i budu angažovani kao partneri u pitanjima upravljanja javnim uslugama.

Jasno je da se zemlje kandidati za članstvo u EU, među kojima je i Srbija, često susreću sa raznim preprekama u realizaciji navedenih proklamovanih ciljeva. Jedna od takvih situacija za koju još uvek nije nađeno adekvatno rešenje, uprkos tome što je na to u dokumentima SIGMA godinama ukazivano su slučajevi gde je sam zaposleni u državnoj upravi jedan od uzroka zloupotrebe ili nesavesnog rada u službi, a sistem omogućava nadoknadu štete kroz odgovornost institucije uz oslobađanje državnih službenika odgovornosti. Takođe, dugo najavljivano uvođenje platnih razreda, odlaže se iz godine u godinu, očigledno usled nepostojanja adekvatnih rešenja, ali i odsustvo političke volje.

U tom kontekstu, u literaturi službeničkog prava akcentira se Preporuka br. (2000)6 o statusu državnih službenika u Evropi.⁸ Sledeći standardi iz ove preporuke smatraju se najvažnijim smernicama, odnosno standardima evropskog službeničkog prava: 1. Status državnih službenika mora biti reguliran zakonom ili na zakonu temeljenim podzakonskim aktima

8 Recommendation No. R (2000) 6 of the Committee of Ministers to member states on the status of public officials in Europe

ili kolektivnim ugovorima; 2. Vlada treba da ima generalnu odgovornost za stanje i upravljanje u upravi; 3. Kategorije državnih službenika moraju biti definisane u vezi s poslom koji obavljaju, a nivo odgovornosti mora biti povezan s time; 4. Uslovi i zahtevi za zapošljavanje u državnoj službi moraju omogućavati jednaku mogućnost prijavljivanja na upražnjena radna mesta u državnoj službi, a izbor kandidata mora biti baziran na merit sistemu. 5. Procedure prilikom zapošljavanja moraju biti jasne, otvorene i transparentne, tako da osiguravaju izbor najboljeg kandidata. Nezadovoljni kandidati moraju imati pravo prigovora na odluku o izboru; 6. Koliko je to moguće, državni službenici neće biti premeštani bez njihove saglasnosti, osim ako se ne radi o javnom interesu ili interesu službe. Državnom službeniku svakako se mora omogućiti pravo prigovora u odgovarajućem postupku na ovakve odluke; 7. Napredovanje na više radno mesto ili položaj mora biti bazirano isključivo na merit sistemu; 8. Državni službenici, u pravilu, imaju ista prava kao i ostali građani. Pojedina njihova prava, pravo na sindikalno organiziranje ili političko delovanje, mogu biti ograničena jedino zakonom, ako je to nužno za izvršavanje javnih funkcija; 9. Ne sme postojati diskriminacija u pogledu dobi, boje kože, pola, seksualne orijentacije, bračnog statusa, rase, etničke i rasne pripadnosti, socijalnog porekla, političkih ili filozofskih opredeljenja ili vere, ako se to odnosi na njihovu mogućnost pristupa u državnu službu ili na napredovanje u državnoj službi; 10. Državnim službenicima treba omogućiti sudelovanje ili konsultacije prilikom donošenja važnih odluka koje se tiču organizacije uprave i rukovodećih principa u izvršavanju javnih funkcija; 11. Državnim službenicima treba osigurati socijalnu zaštitu, uključujući penzijsko osiguranje; 12. Za svoj rad državnim službenicima treba osigurati platu koja odgovara njihovim zadacima i odgovornostima. Plata mora biti dostojna za stimulaciju državnog službenika u izvršavanju njegovih zadataka i dovoljna za izbegavanje rizika korupcije ili aktivnosti koje su nespojive s obavljanjem službene dužnosti; 13. U izvršavanju svojih javnih dužnosti državni službenici su dužni voditi računa o zaštiti interesa građana na način da su dužni poštivati načelo zakonitosti, diskrecije, neutralnosti, nezavisnosti, hijerarhijske potčinjenosti, javnog interesa i lojalnosti prema demokratskim institucijama; 14. Državni službenici su odgovorni disciplinski za kršenje službene dužnosti. U postupcima kojima se izriču disciplinske kazne službeniku treba omogućiti pravo prigovora protiv tih odluka; 15. Postojanje sistema edukacije državnih službenika je nužni preduslov efikasnog sistema državne uprave. Dužnost je vlade da osigura odgovarajući sistem edukacije baziran na odgovarajućoj strategiji. Državni službenici imaju pravo i obavezu edukovati se za vreme državne službe bez diskriminacije; 16. Državna služba

može prestati samo u zakonom određenim slučajevima. Pravo na prigovor protiv odluka o prestanku državne službe mora biti zajamčeno; 17. Protiv svih odluka kojima se regulišu obaveze i prava iz državne službe mora biti osigurana odgovarajuća sudska zaštita ili zaštita pred drugim nezavisnim organom. Pored ove preporuke neophodno je pomenuti i Preporuku Parlamentarne skupštine 1617(2003) o reformi državne službe u Evropi.

4. Etika državnih službenika

Etika u radu državnih službenika važna je za jačanje integriteta institucija i celokupne državne uprave.

Države su u cilju jačanja etike državnih uprava usvajale kodekse ponašanja državnih službenika, koji sadrži moralne i profesionalne standarde donete u cilju jačanja dostojanstva profesije i etike rada. Kodeksi predstavljaju svojevrsne vodiče, smernice za donošenje ispravnih profesionalnih odluka i jačanje profesionalnog morala, za koji se može reći da predstavlja ispravno postupanje u okviru jedne profesije. (Sremčev Ilić, 2015:9) U Nemačkoj teoriji radnog prava, pravo na rad inkorporiše se u okviru šireg prava na blagostanje, koje nije samo ekonomsko-socijalno pravo, već sadrži i određeni etički postulat u radnim, odnosno u društvenim odnosima uopšte, a bez morala u radnim odnosima ne mogu se postići trajnija ravnoteža i stabilnost. (Weiss, 1986:46)

Jedan od važnih dokumenata usvojen 2001. godine od strane Evropskog parlamenta, koji utvrđuje standarde ponašanja državnih službenika, a time služi i kao koristan vodič za unapređenje delovanja i rada državnih službenika, a u cilju efikasnijeg pružanja usluga građanima je Evropski kodeks dobrog administrativnog ponašanja.⁹ Pravo na dobru upravu od strane institucija i organa Evropske Unije je fundamentalno pravo u skladu sa članom 41. Povelje o osnovnim pravima Evropske unije. S obzirom na to da je Povelja o osnovnim pravima Evropske unije sastavni deo II Ugovora o utemeljenju Evropskog ustava, status i značaj Kodeksa je jasan. Iako vrlo načelno uvrđuje principe delovanja zaposlenih u javnoj upravi, predstavlja važan temelj, koji treba da služi kako institucijama same Evropske unije, tako i državama članicama i kandidatima da utvrde određene standarde i unaprede rad javnih uprava.

Zajednička polazna osnova na kojoj počiva rad državnih službenika u većini zemalja članica obuhvata efikasnost i objektivnost. Efikasnost

⁹ Dostupno na: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/publication/sr/3510>, pristup: 30.11.2020.

koja zavisi od tehničkih veština, odgovarajućih sredstava za rad i iskustva zaposlenih, ali i od dobre organizacije, odnosno kvalitetne alokacije ljudskih resursa u skladu sa njihovim profesionalnim kompetencijama. Objektivnost državnih službenika u državama članicama EU za većinu država predstavlja postupanje u skladu sa pravnim aktima u nastojanju da se upravni postupci u potpunosti usklade sa zakonom i da budu u direktnom odnosu sa javnim interesom. Ovo dalje implicira sankcionisanje svih oblika koruptivnih ponašanja, kod kojih bi pojava bilo kakvog privatnog interesa javnog službenika bila u situaciji da naruši njegovu objektivnost u vršenju javnih funkcija. S tim u vezi objektivnost je važno načelo, proklamovano i u Evropskom kodeksu dobrog administrativnog ponašanja, gde se predviđa da bi službenici trebalo da budu nepristrasni, otvorenog uma, te da se rukovode dokazima i da budu spremni da saslušaju drugačije stavove. Oni bi trebalo da spremno priznaju i ispravljaju načinjene greške. U onim postupcima koji podrazumevaju uporedno ocenjivanje, službenici bi trebalo da zasnivaju preporuke i odluke isključivo prema zaslugama kao i drugim činionicima koji su izričito predviđeni zakonom. Službenici su dužni da ne pribegavaju diskriminaciji niti dozvole da činjenica da im se neka osoba dopada ili ne dopada, utiče na njihovo profesionalno ponašanje.

Naročito važno načelo predviđeno odredbama Evropskog kodeksa je načelo legitimnih očekivanja i doslednosti. Njima je predviđenom da državni službenik mora biti dosledan u svom upravnom postupanju, kao i u upravnim radnjama svoje institucije, te mora slediti uobičajenu upravnu praksu institucije, osim ukoliko postoji legitimni osnov za odstupanje od takve prakse u pojedinom slučaju, s tim da takva odstupanja moraju biti pismeno predviđena. Državni službenik mora poštovati legitimna i razumna očekivanja koja građani imaju s obzirom na postupanje određene institucije u prošlosti. U Republici Srbiji načelo legitimnih očekivanja sastavni je deo Zakona o opštem upravnom postupku. Evropski kodeks afirmiše i korektnost i uslužnost, kao posebna načela u delovanju javnih službenika, što recimo, Zakon o državnim službenicima Republike Srbije ne predviđa u načelima. U skladu sa Evropskim kodeksom službena osoba mora da se ponaša nepristrasno, korektno i razumno. Pored toga službena osoba mora biti okrenuta svojoj službi, korektna, uslužna i pristupačna u odnosima s građanima. Kada odgovara na poštu, telefonske pozive ili elektronsku poštu, mora nastojati da pomogne koliko god može i na postavljena pitanja mora odgovoriti što je moguće potpunije i tačnije.

Zaključak

Zakonit i savestan rad državnih službenika, predstavlja preduslov za efikasno funkcionisanje državne uprave, a time i poverenja građana u njihov rad. Države u tranziciji, koje teže članstvu u Evropskoj uniji, kakva je i Republika Srbija, moraju učiniti ogromne napore da reformišu svoje državne uprave, tačnije da raščiste sa starim, jer se sa novim izazovima koje donosi tehnološki napredak teško mogu nositi, ako su i dalje prisutni nagomilani problemi iz prošlosti. U vremenu smo kada inovativne digitalizovane usluge zauzimaju svoje mesto, a digitalno okruženje i veštačka inteligencija postaju realnost, koja sa sobom nosi nove rizike.

Građani žele administraciju kojoj veruju, koja ih sluša, shvata ozbiljno, odgovorna je i transparentna u svom radu. Poverenje građana zavisi kako od samog procesa postupanja u odnosu prema građanima, ali i od ishoda, odnosno rezultata postupanja. Zbog toga je korisničko iskustvo od presudne važnosti za poboljšanje kvaliteta usluga državne uprave.

U Republici Srbiji primetan je ozbiljan rad na ljudskim resursima, kako u državnoj upravi, tako i u lokalnim samoupravama, ali je i dalje nedovoljno naglašena važnost usavršavanja i samorazvoja zaposlenih. Posao u državnoj upravi se više ne može shvatati kao u tradicionalnoj javnoj upravi, poput „sigurne luke”, koja od državnih službenika ne iziskuje nikakvo usavršavanje, niti dalja učenja, bez ikakvih rizika, ni posledica i odgovornosti za loš i nesavestan rad. Zbog toga je neophodno razviti adekvatan sistem odgovornosti državnih službenika za propuste i nezakonitosti u radu i ne dozvoliti da se odgovornošću institucije, oni eskulpiraju odgovornosti za propuste za koje su odgovorni. Takođe, važno je predvideti obavezna stručna usavršavanja zaposlenih, te mogućnost da ocenjivanje za njihov rad ne bude samo proceduralna stvar sa subjektivnim ocenama rukovodilaca, već da ocenjivanje bude zasnovano na realnim pokazateljima, a da jedan od kriterijuma budu i kontinuirana stručna usavršavanja. Na taj način bi se i sami državni službenici motivisali za učenje, jer bi im od toga zavisilo napredovanje, a što bi doprinelo kvalitetu pružanja javnih usluga.

*Jovana Andjelkovic LL.M.
PhD student, Faculty of Law
University of Niš*

EUROPEAN STANDARDS OF LEGAL STATUS OF CIVIL SERVANTS

Abstract: *The development of civil service legislation, which regulates the legal status of civil servants in accordance with European standards, is one of the important tasks of candidate countries for membership in the European Union. The Republic of Serbia has made a great effort in that direction, but there are still shortcomings in the regulation, but also in the implementation of those rules that are harmonized with European standards. The aim of this paper is to point out the most important principles of the status of civil servants in the European legal space, and to emphasize the importance of developing the competencies of civil servants for their efficient work. Special emphasis is placed on the factors that affect the trust of citizens in the work of civil servants, and emphasizes the importance of ethics for building an overall culture of integrity in public administration.*

Keywords: *Trust, competencies, human resources, ethics, responsibility, civil servants*

ИСТРАЖУВАЊЕ НА СЛУЧАИ ОД ПРАКСА ЗА ТРГОВИЈА СО ЛУЃЕ

343.431:347.95(497.7)
Review paper

Апстракт: Трговијата со луѓе како комплексен и опасен вид на транснационален криминалитет, бележи се постојано пораст на национално и на меѓународно ниво, паралелно со порастот на организираност на криминал со неговите софистицирани методи на делување, е сериозен меѓународен проблем, отиштук и потреба од нејзино научно истражување заради превентивно делување, казнување, спречување и сузбивање, а за итаа цел е неопходно да се истражат случаи од судската пракса. Република Северна Македонија, во воените случувања остана релативно мирно подрачје, поволно за егзодуси и за бејство од оружи земји, како босанскиот егзодус, косовскиот, белалциите при расфатането на Р.Албанија, приливо на толем број странци преку стационирање на војските, хуманитарните и невладини организации итн., за реперкусија имаше развој на криминалитетот, шверцот, проституцијата и трговијата со луѓе. Криминалистичките државни системи не даваат релевантни податоци за оценка на појавата на трговија со луѓе во целост, бидејќи посебната методологија на евиденција и следење не е доволно разработена и кривичниот процес за проституција оствува и презентираниите бројки во статистичките публикации не ја одредуваат реалната состојба за појавата. Меѓутоа, во дневниот печат во последната деценија, се објавуваат написи за трговија со луѓе, со податоци кои се главно од полициски извори и податоци за пројектирање на странски државјанки од земјата заради занимавање со проституција но, не постои систематска обработка врз основа на одредена методологија со што би се овозможило да се запознае појавата на трговија со луѓе во

целост. Ова укажува дека трговијата со луѓе зазема големи размери, па значајно е научно да бидат истражени и случаи од праксата за овој вид на криминалитет.

Клучни зборови: *криминалитет, трговија со луѓе, транснационален криминалитет, судска пракса за трговија со луѓе, организиран криминалитет.*

ВОВЕД

Во современото општество, под влијание на глобалните трендови и регионална нестабилност, трговијата со луѓе денес зазема се поголеми размери, менувајќи ја својата структура и карактеристики но, според актуелноста и последиците зазема загрижувачки размери и привлекува се поголемо внимание како на национално, така и на меѓународно ниво. При ова научно истражување, ќе биде даден соодветен апликативен приод кон овој вид на криминалитет, истражувајќи случаи од праксата во Република Северна Македонија во поглед на откривање, гонење и казнување на сторителите на кривичното дело Трговија со луѓе.

Кога е во прашање трговијата со луѓе што се одвива во Р.С. Македонија, најчесто и по правило се работи за женски лица, странски државјани, и тоа од Бугарија, Србија, Босна и Херцеговина, Романија, Молдавија, Украина, Русија, Албанија. Начинот на доведувањето, по правило е илегален, односно Р.С. Македонија ја користат како транзитно подрачје на патот за Грција и Италија каде бараат работа, спроведувани од страна на шверцерски групи кои богато профитираат од услугите, без да гарантираат некаква сигурност. Дел од овие женски лица остануваат привремено во Р.С.М. за да заработат пари но, по правило водичите ги продаваат за проституирање. Најчесто тие немаат патни исправи или имаат фалсификувани и преку недоволно заштитената македонска граница ги доведуваат присилно или доброволно во Р.С.М. значи, станува збор за организирани криминални групи од Р.С. Македонија, од соседните земји или од земјите од кои жените доаѓаат, кои што групи се поврзани меѓусебе, соработуваат и повеќе пати ги префрлуваат жените од една во друга земја: од Р.С.Македонија во Бугарија, во Албанија и сл.¹

Трговците често ги купуваат жените заради проституција, и истите се главно од две категории: оние што ги наоѓаат жените, ги превезуваат

1 Арнаудовски Љ. и Стојановски Т. Трговја со луѓе - Криминалитет, стр.98

и продаваат и сопствениците на бордели, ресторани, туристички и угостителски објекти, кои за свои потреби ги купуваат и доведуваат во своите објекти, за понатаму да ги експлоатираат. Откако жените ќе бидат доведени кај купецот, им се одземаат личните документите, им се ограничува слободата, а по нивно искористување, се продаваат на друг купец, во Р.С.Македонија или пак во друга држава. Жената која е всушност објектот на трговијата, може да знае дека е предмет на трговија со луѓе, дека се купува или продава заради проституција, може да се согласи со тоа но, најчесто се работи за доведување во заблуда преку лажно ветување на поволни услови за живот, работа во ексклузивни објекти и сл. По измамата и доведувањето во објектот кај купецот, се применуваат методи на присила, уцена, физичко малтретирање, до примена на најтешки средства и методи на малтретирање и искористување.

Кај трговијата со луѓе во принцип, се работи за криминална организација. Конкретно во Р.С.Македонија може да не се работи за чист организационен облик, туку и за други видови, при што повеќе носители на организиран криминалитет се поврзуваат само за реализација на одредени трансакции и завршува делувањето, а повторно се организираат за делување во нова трансакција. Самата хиерархиска структура на сложена криминална организација и суштинските карактеристики на организираниот криминалитет, посебно во неговите развиени форми, подразбира дека во пракса повеќето кривични дела од овој вид на криминалитет, се вршат во соучесништво. Еден од најопасните, а од друга страна и најмалку познатите видови на криминалитет е оној кој го означуваме како „организиран“ криминалитет, недоволно научно истражен, опкружен е со тајна, богатство и моќ, ама и со мистика која се потпира на средствата за масовна комуникација. Транснационалниот криминалитет со луѓе ги носи сите карактеристики на организираност: строга, хиерархиска внатрешна организација и структура, одговорност, дискреција, постојано следење на пазарот на жени и слично.²

Трговијата со луѓе подразбира и ангажирање на групи кои вршат рекет, ги следат, заштитуваат или спроведуваат присила над жените, наплатуваат профит но, за овие групи карактеристично е и вршењето корупција на службени лица во полициските и царинските органи, судовите и обвинителствата, финансиските инспекции и други органи, како начини на делување во рамки на организираната група.

² Милан Шкулик, (2012), Однос организираног криминалитета у кривичноправном смислу и саучесништва, оригинални научни рад, Белград, стр.81,

Како и целокупниот транснационален организиран криминалитет и трговијата со луѓе, по правило е стопанска дејност. Тоа значи, постојана организација што се занимава со легална стопанска дејност во себе да инкорпорира и криминална дејност од овој вид и така, во легалната дејност, да се прикрива и заштитува, па во тој контекст развива сопствен систем на заштита и безбедност од откривање на активноста (развива систем на легални и илегални комуникации, на собирање и продавање на информации и нивна заштита).³ Значи, во општиот пристап кон откривање, спречување и сузбивање на трговијата со луѓе е неопходно да се пристапи како кон облик на организиран криминалитет, се повеќе присутен и Р.С.М., па во тој контекст, од особено значење е да се спроведе научна анализа и на праксата во нашата држава низ одредени случаи за трговија со луѓе.

1. Практиката во Република Северна Македонија за кривичното дело трговија со луѓе

1.1. Анализа на пооделни случаи од судската пракса

Во Р. Македонија во најголем број случаи, обвиненија се поднесувани по чл.418-а ст. 1, односно ст.2 в.в. со ст.1 од КЗ.

Основниот суд Скопје 1 Скопје, со пресудата 8 К.бр.582/03 од 07.10 2003 година, обвинетите М.С., Г.Г., Ј.М., З.Р. и О.Н. ги огласил за виновни затоа што, на точно неутврден датум, кон крајот на 2002 год. и почетокот на 2003 год., користејќи организирани канали од Р. Бугарија, Р. Србија и Р. Црна Гора, со давање пари поради добивање согласност на лица кои имале контрола врз оштетените девојки државјанки на Р. Молдавија и Р. Бугарија ги купувале, и тоа: 1.Петтообвинетиот О.Н., ги купил оштетените девојки Н.Н. и М.П., државјанки на Р. Молдавија, сместувајќи ги во својата кафеана лоцирана во с.Равен, Гостиварско, по што ги експлоатирал по пат на проституција се до месец Април, 2003 година кога ги продал на обвинетите М.Б., Г.Г. и Ј.М. за сума од околу 3.600 евра.

2.Првообвинетиот Б. во почетокот на 2003 година за сума од околу 1.200 евра ја купил Ј.Н., државјанка на Р. Молдавија на возраст од 22-23 години; во почетокот на истата година ја купил М.Н., државјанка на Р. Бугарија на возраст од околу 20 години за 800 евра; првообвинетиот Б., второобвинетиот Г., третообвинетиот М. и четвртообвинетиот Р., на почетокот на месец Март, 2003 година, во Куманово од НН

3 Арнаудовски Љ. и Стојановски Т. (2002), Трговија со луѓе - Криминалитет, Скопје, стр.103,

лице ги купиле А.С., родена 1975 год. и В.О., родена на 17.03 1975 година, државјанки на Р. Молдавија, за сума од околу 1.750 евра; првообвинетиот Б., третообвинетиот М. и четвртообвинетиот Р. во средината на месец Март, 2003 година ја купиле А.Ј., државјанка на Р. Бугарија за сума од 800 евра и првообвинетиот Б. и третообвинетиот М, на почетокот на месец Мај, 2003 година ја купиле Б. К. С., државјанка на Р. Бугарија, сместувајќи ги потоа во специјално за тоа закупени станови, и тоа во Скопје на ул. Васил Жоргов, изнајмен од страна на првообвинетиот Б., во станот во Скопје на ул. Бојмија, изнајмен од страна на третообвинетиот М. и во Скопје, на ул. Драгиша Мишовиќ, изнајмен од страна на второобвинетиот Г., при тоа одземајќи им ги патните исправи ги експлоатирале по пат на проституција на начин што првообвинетиот Г. имал улога на главен финансиер и набавувач на девојки, второобвинетиот Г. и третообвинетиот М. имале задача да обезбедуваат клиенти, да вршат транспорт на девојките до клиентите, да се грижат за тие да не побегнат и да вршат наплата на сексуалните услуги кои девојките ги давале, додека четвртообвинетиот Р. со своето патничко моторно возило „Нисан Микра“, ги превезувал девојките по нивната купопродажба до станот изнајмен од првообвинетиот Б., а по потреба вршел и превоз на девојките до клиентите, со кои дејствија обвинетите М.Б., Г.Г., Ј.М. и З.Р. сториле едно кривично дело Трговија со луѓе од чл. 418-а ст.1 во врска со чл. 22 во врска со чл. 45 од Кривичниот Законик, а обвинетиот Н.О. сторил кривично дело Трговија со луѓе по чл. 418-а во врска со чл. 22 од Кривичниот Законик. За сторените кривични дела, судот согласно цитираниот член, како и членовите 32, 33, 35 и 39 од КЗ, како и чл. 88 и идните од Законот за кривичната постапка, им ја изрекува следната осуда:

-На обвинетиот М.Б. му се изрекува казна затвор во траење од 8-осум години во која да му се пресмета и времето поминато во притвор сметано од денот кога ќе биде лишен од слобода до правосилноста на пресудата, доколку биде лишен од слобода пред правосилноста на пресудата, на обвинетиот Г.Г. му се изрекува казна затвор во траење од 7-седум, на обвинетиот Ј.М. му се изрекува казна затвор во траење од 7-седум години, на обвинетиот З.Р. му се изрекува казна затвор во траење од 6-шест години, на обвинетиот О.Н. му се изрекува казна затвор во траење од 5-пет години, на секој од обвинетите во изречената казна да му се пресмета и времето поминато во притвор, сметано од лишување од слобода до правосилноста на пресудата. Се задолжуваат обвинетите да ги надоместат трошоците на кривичната постапка, и тоа сите обвинети солидарно, како и да платат секој од нив кривичен

судски паушал. За предјавените оштетни побарувања, сите оштетени се упатуваат на граѓанска парница, во која по пат на граѓанска тужба остварат право на парично обесштетување.

Во образложението на пресудата, се наведува дека за судот е неприфатлив делот од одбраната на обвинетите според кој, ако воопшто постои кривично дело кај нив според дејствијата кои им се ставаат на товар, тогаш може да стане збор само за кривично дело Посредување во вршење проституција од чл.191 од Кривичниот Законик, а никако не и за кривично дело Трговија со луѓе од чл.418-а од Кривичниот Законик, бидејќи постои голема разлика помеѓу овие две кривични дела иако имаат и сличности како што е тоа проституирањето односно, воопшто пружањето сексуални услуги - тоа го има кај обете кривични дела како нивен составен елемент, па лесно може да дојде до забуна при утврдување на одговорност кај овие кривични дела. Се наведува дека постои разлика помеѓу кривичното дело Посредување во вршење проституција од чл.191 од Кривичниот Законик и кривичното дело Трговија со луѓе од чл.418-а од Кривичниот Законик и токму поради таа разлика судот ги огласил обвинетите за виновни за кривично дело Трговија со луѓе, а не за кривично дело Посредување во вршење проституција. Така, чл. 191 од КЗ инкриминира врбување, наведување, поттикнување или измамување лица на проституција или учествува на кој и да е начин во предавање на лице на друг заради вршење проституција со тоа што, во став 3 од тој член тој што заради заработувачка со сила или сериозна закана за употреба на сила ќе присили или со измама ќе наведе друго лице на давање сексуални услуги. За разлика од него, чл.418-а од КЗ инкриминира употреба на сила, сериозни закани или други форми на присилба, грабнување, измама, злоупотреба на својата положба и состојба на некој на друг, или пак со давање или примање пари или друга корист поради добивање согласност на лице кое има контрола на друго лице врбува, превезува, пренесува, купува, продава, засолнува или прифаќа лица заради нивна експлоатација по пат на проституција или пак на други форми на сексуална експлоатација.

Оттука, произлегуваат и разликите во инкриминацијата и во извршувањето на овие кривични дела. Кај кривичното дело Посредување во вршење проституција, оштетените во ова кривично дело се слободни лица кои што доброволно, односно по свој сопствен слободен избор се бават со проституирање и за таквото нешто добиваат и одреден-адекватен надомест. Дури и во случаите од став 3 од истиот член т.е., и кога оштетените се присилени или пак со измама наведени да се бават со ваква дејност, тие и понатаму се уште имаат право на сопствен

избор. Наспроти правото на сопствен избор кај ова кривично дело, кај кривичното дело Трговија со луѓе тоа право на сопствен слободен избор оштетените го немаат: меѓу нив оштетените и купувачот или купувачите се засновува вид на ропски однос со цел давање на сексуални услуги и кај ова кривично дело оштетените за својата дејност-проституирањето или пружањето на сексуални услуги, не добиваат никаква награда, туку напротив им се одзема дури и „бакшишот“ што тие евентуално би го добиле од клиентите. Оштетените преку организиран ланец се купуваат и при тоа се чуваат заклучени без можност слободно да излегуваат, а кога излегуваат секогаш се во придружба на купувачот или од него определено лице или лица, немаат можност ниту за телефонски контакт со други лица, освен со купувачот, односно купувачите или од него назначено лице или лица. Притоа, по правило редовно и често биваат тепани, застрашувани и малтретирани. По таквото интензивно и релативно краткотрајно искористување, оштетените биваат препродавани понатаму во тој ланец кај следен купувач.

При одлучување за видот и висината на казната, судот ги ценел сите правно - релевантни околности за нивното одредување, па како отежнувачки околности ги нашол: тежината на кривичното дело, начинот на неговото сторување, а посебно врз која човекова добродетел се врши атак, се врши атак на човекот и од аспект на морал но, и од аспект на човековото достоинство, при тоа се кршат сите човекови права и слободи, кои се загарантирани со Уставот и Законите на Р. Македонија но, и Меѓународните конвенции и протоколи, зачестеноста на ова кривично дело во Р. М., па и во поширокиот регион, фактот да обвинетите се дел од еден организиран ланец на трговија со луѓе, кој се протега од земјите од кои потекнуваат оштетените и кој води преку Р. Србија, Р. Црна Гора и Р. Бугарија во Р. Македонија, па и до Р. Албанија. Понатаму, фактот да во конкретниот случај се јавуваат поголем број на оштетени, а самото кривичното дело е извршено заради лесна заработувачка по пат на стекнување на противправна имотна корист, фактот да сите обвинети досега се веќе осудувани, што укажува дека во конкретниот случај се работи за сторители на кривично дело, кои се повеќекратни повторници, и тоа во областа на различни кривични дела. Како олеснувачки околности, судот ги нашол: фактот да обвинетите Б. и Р. се во брак и имаат по две малолетни деца, возраста на обвинетите, како и нивната социјална и економска положба, па врз основа на вака утврдените околности, судот сметал дека изречените казни затвор, и тоа на обвинетиот Б. во траење од 8-осум години, на обвинетиот Г. и на обвинетиот М. во траење од по 7-седум години, на обвинетиот Р. во

траење од 6-шест години и на обвинетиот Н. во траење од 5-пет години како најадекватни да бидат постигнати целите на казнувањето како во поглед на генералната, така и во поглед на специјалната превенција, во кои казни да им се засмета и времето поминато во притвор, сметано од нивното лишување од слобода до правосилноста на пресудата.

Судот ги упатил оштетените за предјавените оштетни побарувања на граѓанска парница, да во неа по пат на граѓанска тужба ги остварат своите права на парично обесштетување, со оглед да тие во текот на истражната постапка предјавиле оштетно побарување но, на главниот претрес не биле присутни, така што не можеле да го прецизираат оштетното побарување во поглед на неговата висина, ниту пак на главниот претрес се јавиле нивните полномошници, за да евентуално тие го прецизираат оштетното побарување во поглед на неговата висина, при тоа правната основа на оштетното побарување не е спорна, со оглед да се работи за надомест на штета причинета со кривично дело на обвинетите за кое судот ги огласил за виновни.

Исто така, интересно е да се проследи и судскиот случај, во кој Основниот суд Скопје 1 Скопје, со пресудата КОК-35/15 од 20.03 2019 година, по одржан главен, јавен и усмен претрес во отсуство на обвинетиот кој бил недостапен на органите на прогон, обвинетиот Р.С. од Прилеп го огласил за виновен, затоа што обвинетиот за да ја присили на брак оштетената С.Р., на возраст од 13 години, на 10.04 2013 година преку граничниот премин Долно Блаце со ПМВ кое тој го управувал ја превезувал оштетената, детето С. заедно со родителите Ф. и Е.А. во Будимпешта, Р. Унгарија во хотел Ориентал, потоа со такси возило се упатиле кон Штутгарт, С.Р. Германија, а на 15.04 2013 година, ги превезол до градот Антверпен во Белгија, каде што во кучата на неговите роднини со употреба на сериозна закана по животот на родителите Ф. и Е. ја зел оштетената-детето С. и ја предал на НН машко лице, на начин што откако обвинетиот на 08.04 2013 година, од Т.А. Лион Олимпик обезбедил договор за парување, резервација за хотел Ориентал во Будимпешта, на 10.04 2013 година оштетеното дете С. и нејзините родители Ф. и Е. со пмв кое го управувал обвинетиот преку ГП Долно Блаце заминале за Р.Унгарија, каде што престојувале во претходно обезбедениот хотел, по што со такси возило обезбедено од страна на обвинетиот се упатиле во С.Р. Германија и во Штутгарт оштетеното дете и нејзините родители биле сместени кај роднини на обвинетиот, за да на 15.04 2013 година, обвинетиот доведувајќи ги во заблуда родителите на оштетеното дете С. дека во Белгија ќе имаат можност да добијат повисок паричен износ како азиланти, ги

превезол до градот Атверпен, ги сместил повторно кај свои роднини, ги однел нејзините родители на НН локација, каде истите требало да бараат азил, но откако истите одбиле да се пријават како баратели на азил, се вратиле во куќата каде биле сместени и притоа обвинетиот во присуство на повеќе НН лица им упатил сериозни закани дека мора веднаш да му платат 5000 евра за направените трошоци за нивниот превоз или тој ќе ја присили оштетената-детето С. на брак, па откако родителите Ф. и Е. одбиле, истиот со употреба на сериозна закана по нивниот живот ја зел оштетената и ја предал на НН машко лице, кое било присутно во куќата, со кое детето С. заминала во непознат правец, по што обвинетиот им организирал превоз на родителите Ф. и Е. до С.Р. Германија, каде истите останале само до 03.08 2013 година, бидејќи од германските власти им било наредено да ја напуштат Германија, со кои дејствија обвинетиот Р.С. од Прилеп сторил кривично дело Трговија со малолетно лице по член 418-г став 2 в.в. став 1 од КЗ, па согласно овој член и членовите, 3, 4, 7, 29, 30, 31, 32, 33, 35 и 39 од КЗ, судот го осудува на казна затвор во траење од 11-единаесет години.

Согласно на член 47 од КЗ, во казната затвор н обвинетиот му се засметува и времето поминато во притвор, а согласно на член 418-д ст.5 и член 418-г ст.7 од Кривичниот Законик, предметите што се употребени или биле наменети за извршување на кривичното дело, како пмв, сообраќајна дозвола, мобилни телефони, мемориски картички, тевтерчиња со впишани телефонски броеви, полнач за лап-топ, визит-карти, карта од хотел Ориентал со број на соба 119, се одземаат. Согласно на член 89 и 92 од ЗКП, се задолжува обвинетиот да плати кривичен судски паушал во износ од 3.000,00 денари, да ги надомести трошоците на кривичната постапка во износ од 5.000,00 денари за поставениот бранител по службена должност.⁴

Судот ги извел сите вербални и материјални докази, имајќи ја превид и одбраната на обвинетиот и неговиот бранител, која не ја прифатил од причина што истата е дадена со цел да се избегне, односно намали кривичната одговорност на обвинетиот, дотолку повеќе што истата не кореспондира со претходно изведените и прифатени вербални и материјални докази на кои судот им подарил верба во целост и од кои утврдил дека обвинетиот со своите дејствија ги исполнил сите битни елементи на кривичното дело кое му се става на товар, односно јасно произлегува од исказите на сведоците и од изведените материјални

4 Пресуда 8КОК-35/15 од 20.03 2019 година на Основен суд Скопје 1 Скопје, стр.1 и 2,

докази, особено договорот за патување и престој во хотел во Будимпешта, кој самиот го склучил и потпишал, околноста дека тој се погрижил да бидат извадени патните исправи, кое нешто произлегува и од увидот во копиите од патните исправи на оштетените, каде истите се издадени во ист ден, околноста дека обвинетиот смислено и своеволно користејќи ја лошата финансиска состојба на оштетените, притоа за себе остварувајќи си имотна корист и при сериозна закана и сила ги презел дејствијата со кои во целост го исполнил битието на кривичното дело од член 418-г став 2 од КЗ, односно извршил трговија со малолетно лице, во конкретниот случај малолетната С., кое судот недвосмислено го утврдил од исказите на оштетените и нивното соочување со обвинетиот во претходната постапка, каде децидно останале на своите искази во однос на тоа дека обвинетиот со сила и закана ја одзел нивната малолетна ќерка С. и истата ја предал на машко лице по име Ц., кое нешто кореспондира и со ценетите материјални докази, особено од известувањата од Интерпол Белгија, од каде судот недвосмислено утврди дека обвинетиот Р. користејќи ја состојбата на мајката на малолетната С, оштетената Ф. и дал да потпише бланко лист, кој потоа тој заедно со семејството на машкото лице Ц. составил изјава за наводна согласност на мајката да нејзината ќерка живее со семејството на лицето Ц. и тие да се грижат се додека се создадат услови за законски брак.⁵

Ромската заедница во континуитет се движи во круг на постојано запаѓање во ризик и сиромаштија, која се пренесува од генерација на генерација. За надминување на оваа состојба преземени се низа мерки, спроведени се безброј проекти, со цел да се минимизираат негативните фактори и влијанија и да обезбедат целосна интеграција во општеството. Меѓутоа, процесот е бавен, дел од проблемите остануваат недоволно актуелизирани или се третираат само како последици, а резултатите се невидливи. Се смета дека, проблемот се надминува преку подобрување на образовниот процес и мерките за вработување на жената со цел да се спречат последиците од родовата нееднаквост, изразена преку финансиската зависност на жената од семејството и сопругот.

При одлучувањето за видот и висината на кривичната санкција, судот ги имал предвид околностите од член 39 од КЗ, па како отежителни околности ги зел предвид зачестеното извршување на кривичните дела, начинот на извршување на делото, побудите од кои е сторено делото, општествената опасност, како и околноста дека со извршување на

⁵ Ibid, стр.7-12

кривичното дело од член 418-г став 2 од КЗ бил доведен во опасност животот и здравјето на малолетната С., која во понатамошниот тек на животот ќе има реперкусии како жртва од вакво дело, како и фактот дека истиот останал недостапен на органите на прогон, а како олеснителни околности ги зел предвид возраста на обвинетиот, фактот дека е женет, татко на пет деца, како и околноста дека е невработен и со нарушена здравствена состојба, па имајќи ги сите тие околности судот нашол дека во конкретниот случај ќе бидат исполнети целите на казнувањето по член 32 од КЗ.⁶

Исто така, интересно е да се проследи и случајот од судска пракса при Основен суд Скопје 1 Скопје, кој суд со пресуда КОК.бр. 18/15 од 28.05 2015 година, обвинетите А. Р. од Скопје и А. Р. од Скопје, ги огласил за виновни затоа што во периодот од месец Август до 10.10 2014 година обвинетите заедно со доведување во заблуда и грабнување оштетените деца Е.У. и В.Т. ги нуделе за продавање заради експлоатација во пат на нивно користење во сексуални активности за паричен надомест на начин што оштетеното дете Е.У. ја довеле во заблуда дека обвинетиот А.Р. и е дечко, па потоа почнале да ја присилуваат да има сексуални односи со повеќе лица во куќата на нивниот вујко во Скопје, за што корисниците на сексуални услуги им плаќале на обвинетите од 2000,00 до 5.000,00 денари, а оштетеното дете В.Т. на почетокот на месец Октомври била грабната од обвинетиот А.Р. кој заедно со неговиот брат ја однеле во нивната куќа каде останала 7-8 дена и во текот на овој временски период обвинетите ја носеле во куќата на нивниот вујко каде ја присилувале да дава сексуални услуги на повеќе лица, оштетените деца не можеле слободно да се движат и биле затворени, а ако одбивале да даваат сексуални услуги биле физички малтретирани се до 10.10 2014 година кога оштетените деца успеале да побегнат и да го пријават случајот во полиција. Со наведените дејствија обвинетите А.Р. и А.Р. сториле кривично дело Трговија со дете по член 418-г став 2 во врска со став 1 од КЗ и врз основа на цитираните членови и член 4, 32, 33, 34, 35, 39 и 47 од КЗ, одредбите од член 105 став 1 во врска со член 102, т. 3,4, и 6 од ЗКП, ги осудува, и тоа двајцата обвинети на казна затвор во траење од по 11-единаесет години и шест месеци, во која им се засметува и времето поминато и што ќе го поминат во притвор, сметано од 10.10 2014 година до правосилноста на пресудата.

Согласно член 105 став 1 и член 102 т. 3, 4 и 6 од ЗКП обвинетите се задолжени да платат судски паушал во износ од по 5.000,00

⁶ Ibid, стр. 16 и 17

денари, како и солидарно да ги надоместат трошоците на кривичната постапка во вкупен износ од 14.280,00 денари, се во рок од 15 дена по правосилноста на пресудата. Судот го прифатил во целост имотно-правното побарување на малолетната оштетена В.Т. преку нејзиниот полномошник, па согласно на член 114 став 2 од ЗКП обвинетите А.Р. и А.Р. ги задолжил солидарно да исплатат на име нематеријална штета за претрпен страв од физичките и психичките болки износ од 200.000,00 денари и на име претрпено душевно страдање износ од 200.000,00 денари, во рок од 15 дена од правосилност на пресудата, а под страв од присилно извршување.⁷

По изведување на сите вербални и писмнеи докази, вклучувајќи и сослушување на малолетната оштетена, сослушување на сведоци предложени од страна на одбраната, сведоци предложени од страна на полномошникот на малолетната оштетена-дете Е.У. и В.Т., наод и мислење на Универзитет „Свети Кирил и Методиј“, медицински факултет, Институт за судска медицина, криминалистика и медицинска деотологија Скопје и наод и мислење на Психијатриска ординација Евромедика од психијатар д-р Александар Марцекиќ, како и земајќи ја предвид и одбраната на обвинетите, која судот не ја прифатил, ја утврдил фактичката состојба и нашол дека во дејствијата на обвинетите А.Р. и А.Р., двајцата од Скопје, опишани во диспозитивот на пресудата, се содржани битните елементи на кривичното дело Трговија со дете по член 418-г став 2 во врска со став 1 од КЗ.⁸ Судот како отежителни околности ги ценел општествената опасност од ваков вид кривични дела, степенот на кривична одговорност на обвинетите, загрозеното добро, последиците од истото, зачестеноста на извршување на ваков вид кривични дела, како и околноста дека против обвинетиот А.Р. се водат постапки и за други кривични дела, додека пак обвинетиот А.Р. е веќе осудуван за други кривични дела и против него се водат кривични постапки за други кривични дела, потоа и околноста дека и двајцата обвинети во текот на кривичната постапка пред судот покажале непристојно, дури агресивно однесување, по завршување на некое од рочиштата грубо го нарушиле редот во судницата, така што полицијата била принудена да интервенира, а од друга страна пак, и на другите рочишта, двајцата обвинети за време на сведочење на малолетните оштетени-деца и на дел од другите сведоци, дофрлале недолични изрази

7 Пресуда КОК-18/15 Од 28.05 2015 година на Основен суд Скопје 1 Скопје, стр. 1-3,

8 Ibid, , 14-16,

на закани, кое нешто судот го нотирал на записник за главна расправа. Како олеснителни околности, судот ја ценел возраста на обвинетите, фактот што обвинетиот А.Р. е неженет, невработен, неосудуван, а обвинетиот А.Р. е женет, татко на едно малолетно дете, нивните лични, семејни и имотни прилики, па ценејќи ги отежителните и олеснителните околности поодделно и во рамките на една целина, судот ги осудил обвинетите на казна затвор во траење од по 11-единаесет години и 6-шест месеци, во која казна ќе им се засмета и времето поминато во притвор, сметајќи дека со изречените казни затвор на обвинетите, ќе се исполнат целите на казнувањето, во иднина да не вршат кривични дела и дека воспитно ќе влијаат и на планот на генералната превенција.⁹

ЗАКЛУЧОК

Можеме да заклучиме дека судската пракса очигледно покажува тренд на многу зачестен рецидивизам во извршување на овој вид на криминалитет, како и корелација извршителите на кривичните дела Трговија со луѓе и Посредување во вршење проституција, голем број на случаи, каде се изрекува алтернативна мерка Условна осуда но, и релативно поблаги казни, така што сметаме дека е потребно да се редуцира изрекување на ваквите казни и алтернативни мерки и построго казнување на рецидивизмот. Исто така, од големо значење е и воедначување на судската пракса во изрекување на одлуките и одмерување на казните, од причина што општо познато е дека во нашата судска пракса не постои воедначеност и се среќаваат дијаметрално спротивни одлуки и изрекување на казни по однос на извршителите на исто кривично дело.

Сепак, се забележува и еден тренд на изрекување сериозно повисоки казни спрема сторителите на кривичното дело Трговија со дете по член 418-г од КЗ, судот имајќи ја предвид возраста на жртвата-дете, загрозеното добро и последиците од кривичното дело врз самата жртва, што претставува многу сериозно кривично дело, за кое и казнената политика оправдано е строга, но и кај кривичното дело Трговија со луѓе е потребно исто така да се изрекуваат многу повисоки казни, со максимално редуцирање на изрекување алтернативна мерка Условна осуда, со што навистина ќе се влијае на планот како на генералната, така и на специјалната превенција, но и на планот на превоспитување и ресоцијализација на сторителите на овој вид на кривични дела. Од друга страна, потребно е да се обесштетуваат жртвите на кривичното

⁹ Ibid, . 17-20

дело, со обезбедување механизми за функционирање на државен фонд за обесштетување на жртвата.

Во Република Северна Македонија, жртвата на трговија со луѓе има право на компензација, не функционира државен фонд за обезбедување на жртвата, а компензацијата се реализира со поднесување на имотно - правно барање, кое најчесто се однесува на надомест на материјална штета во случај на телесна повреда или нарушување на здравјето на жртвата и надомест на нематеријална штета за претрпени физички болки, за претрпен страв и за претрпени душевни болки поради намалување на животната активност, нарушување на честа и угледот, слободата или правата на личноста, како и за нагрденост. Во судската пракса донесени се безброј правосилни судски пресуди, според кои трговците со луѓе се задолжени да ги обесштетат жртвите но, речиси ниту една од нив не добила надомест на штета, како материјална, така и нематеријална, бидејќи трговците по правило, навреме се заштитуваат од вакви обврски, со тоа што истите немаат имот на свое име, а државен фонд за оштета иако се придвидува, во пракса не функционира Малолетните жртви на ова кривично дело може да добијат компензација од буџетот на министерството за правда на Р.С. Македонија, а полнолетните жртви може да бараат оштета од сторителите, односно од трговците или од државата односно, од Фондот за обесштетување.

Согласно на Законот за кривична постапка, чл. 53 ст. 3 т.2, жртвите на кривичните дела имаат право на надоместок на материјална и нематеријална штета од државен фонд под услови и на начин пропишан со посебен закон, доколку надоместокот на штета не може да се обезбеди од осудениот,¹⁰ а со одредбите од чл.55 се регулирани посебните права на жртвите на кривични дела против половата слобода и половиот морал, човечноста и меѓународното право, покрај правата од чл.53, и тоа: ст. 1, т.1 пред испитување да разговара со бесплатен советник или со полномошник, доколку во постапката учествува како оштетен, т.2 да биде испитувана од лице од ист пол во полицијата и во јавното обвинителство, т.3 да не одговори на прашања што се однесуваат на личниот живот на жртвата, а не се поврзани со кривичното дело, т. 4 да бара испитување со помош на визуелно - тонски средства на начин определен со овој закон и т.5 да бара исклучување на јавноста на главната расправа. и ст. 2 судот, јавното обвинителство и полицијата се должни да ја поучат жртвата за нејзините права од ставот 1 на овој член, најдоцна пред нејзиното прво испитување за што се составуваат

10 Закон за кривична постапка, Службен весник на Р.М. бр.150/2010, стр.10

службена белешка и записник.¹¹

Програмата за обесштетување на жртвата е многу важен инструмент во делот на закрепнување на жртвите, од една страна ќе добијат справедлив надомест за траумата што ја преживеале, со што ќе се задоволи правдата на некој начин, а од друга страна, жртвите со дибениите парични средства ќе имаат поголема можност за надминување на траумите, што ги преживеале како резултат на кривичното дело, на начин што ќе може да си дозволат користење на психолошки советувања и терапии по вој избор, подобар медицински третман, потоа да завршат различни курсеви, со кои полесно ќе се вклучат на пазарот на трудот, во целина ќе им помогне полесно да интегрираат во животот во општеството и да продолжат со животот. Исто така, обесштетувањето на жртвата ќе придонесе кон материјалното закрепнување на идентификуваната жртва по напуштање на процесот на реинтеграцијата, овозможен и помогнат и од страна на здруженијата на граѓани, кои се занимаваат со оваа материја (во Р.М., такви здруженија на граѓани се Отворена порта, За среќно детство, Еднаков пристап).¹² Во согласност со профилот на жртвата и нејзиното образование и вештини кои ги поседувала пред да стане жртва на трговија со луѓе, како и поминатиот процес на давање на психо-социјална поддршка и насочување кон стекнување на одредени вештини (дооформување на образование, изучување на јазици и слично), компензацијата преку оштетено побарување ќе овозможи започнување на самостојни активности во животот на секое лице кое било жртва и враќање на вообичаениот начин на живот. Многу од жртвите, токму поради ризик факторите (дисфункционални семејства, непосетување на образовниот процес итн.) биле доведени во ситуација да станат жртви, па затоа се смета дека компензацијата ќе претставува еден вид нов почеток на креирање, работење и живеење, без истиот да биде предмет на експлоатација од страна на лицата кои го искористиле за криминална заработка. Затоа, неопходно е потребно нашата држава да преземе потребни мерки да воспостави државен фонд за обесштетување на жртвите на трговијата со луѓе но, потребно е и организирање на поекономично спроведување и завршување на судската постапка за утврдување на имотно-правното побарување на жртвите.

Во судската пракса може да се издвојат и случаи каде што се врши преквалификација на кривичното дело од Трговија со луѓе по член 418-

11 Ibid., стр.11

12 factor.mk/ima-li-pravda-za-zhrtvite-na-trgovija-so-luge-fondot-za-otshteta-postoi-samo-na-hartija/

а од КЗ во кривичното дело Посредување при вршење проституција по член 191 од КЗ, со што се оди во правец на олеснување, односно намалување на степенот на кривичната одговорност кај сторителот, со обвинување за полесен вид на кривично дело, односно со изрекување на поблага казна, а многу често и со изрекување на алтернативна мерка Условна осуда. Очигледно, ваквиот тренд на постапување во судската пракса на нашата држава треба да престане, а сторителите на овој опасен и сложен вид на криминалитет да одговараат согласно со законот. Но, за примена на законодавството одговорни се токму судовите, обвинителствата и полицијата, кои потребно е безрезервно да работат на примената на законот. Во однос на откривање, спречување и сузбивање на овој вид на криминалитет, во текот на предистражната и истражната постапка, во пракса може да се забележат бројни пропусти, недоволна стручност на кадарот во полицијата и обвинителството, како и вмешаност и поврзаност на службени лица вработени во министерството за внатрешни работи со криминални групи. Ваква инволвираност во криминалот, може да имаат посебно вработените на граничните премини, со цел олеснување на преминот со „трговската стока“ преку државната граница, кога трговијата се врши со легално поминување на границите, како и вработени во граничната полиција, кога се врши илегален премин на државната граница, за одредена економска корист што би ја добиле за возврат, а со што би се извршило уште едно кривично дело (корупција). Во оваа смисла, потребно е да се работи на зголемување на степенот на стручност кај службените лица, вработени во клучните државни органи и институции, кои имаат тангентата со трговијата со луѓе и се одговорни за откривање, спречување и нејзино сузбивање, како и организирање на обуки, семинари, адекватна контрола над овие органи и институции, во рамките на државниот апарат но, и стимулирање на истите преку регулирање на висината на платите, со цел да се намали склоноста кон корупција. Препорачливо е и вршење почеста промена на работното место, односно трансфер од еден на друг граничен премин каде работат, со цел разбивање на веќе создадените ланци на соработка со криминалците и спречување на создавање нови.

Во судската пракса, потребно и препорачливо е се почесто да се практикува заштитата на сведоците, заштита на загрозен сведок во претходна постапка, заштита на загрозен сведок на главна расправа, испитување под псевдоним, испитување со помош на технички уреди за пренос на слика и тон, како и испитување на посебно ранливи жртви и сведоци, што ќе придонесе за поефикасно спроведување на

кривичната постапка против сторителите на кривичните дела, посебно на кривичното дело Трговија со луѓе, како и за негово откривање, спречување и сузбивање.

РЕЗИМЕ

Потребно е државата да преземе мерки за подобрување и зацврстување на правниот систем на државата, со воедначување на судската практика во поглед на казнувањето за сторување на овој вид на кривични дела и се разбира, изрекување на доволно строги казни за сторителите, обезбедување на стабилен правен систем, кој ќе создаде услови за остварување на правата и слободите на граѓаните.

Во поглед на поставеноста на казнената легислатива во Република Македонија во однос на казненото дело Трговија со луѓе, на мислење сме дека законодавецот при одредување на казните, доволно водел сметка за целите на казнувањето, а како значајна придобивка е и синхронизацијата на нашето законодавство со меѓународното. Меѓутоа, по однос на спроведувањето на казненото законодавство од страна на судската власт во нашата држава, генерално сметаме дека се уште се изрекуваат релативно благи казни, неоправдано се изрекува алтернативната мерка Условна осуда во многу голем број судски процеси, така што со ваквата казнена политика, не може доволно да се влијае и да се исполнат целите на казнувањето, на планот на генералната и специјалната превенција, ниту да се исполни превоспитната улога врз сторителите на овој вид казнени дела, како и воспитната улога врз околината. При одмерување на видот и висината на казната од страна на судот, потребно е посебно и со особено внимание да се имаат предвид сите олеснувачки и отежнувачки околности, и тоа, од олеснувачките околности, личниот, семејниот и материјален статус на сторителот, казнената евиденција, а од отежнувачките околности, посебно планирањето и упорноста при извршувањето на конкретното дело, повредата на заштитното добро и јачината на загрозувањето, како и зачестеноста во извршувањето на овој вид на кривични дела.

Неопходно потребна е и меѓународната соработка на државите на планот на превенцијата, казнувањето, спречувањето и сузбивањето на трговијата со луѓе со примена на сите потребни мерки, исполнување на правата и обврските од меѓународните конвенции што ја регулираат оваа правна проблематика, преку мултилатерална соработка и координирана активност на национално и меѓународно ниво. Потребно е да се

потенцира дека не постои воедначена судска практика при одлучувањето и изрекувањето на судските одлуки од страна на судството, така што е неопходно постоење на соодветна контрола и преиспитување на судските одлуки во повисоките судски инстанци, со настојување на што поголемо усогласување на нашата судска практика во примена на националното казнено законодавство, унифицирано со меѓународното.

Summary

It is necessary that the state takes measures to improve and solidify the legal system by equalizing the court practice regarding the punishments for this type of criminal acts and, of course, imposition of proportional sentences for the violators, provision of a stabile legal system which will create conditions for the citizens to exercise their rights and freedoms.

Regarding the setting of the sentences of the penalty legislation in the Republic of Macedonia, in terms of the punishable criminal act of “Human Trafficking”, we see that the legislator, when netting the sentences, has taken sufficient consideration for the purposes of the punishment itself, and the harmonization of our legislation with the international one is a significant benefit. However, in terms of the implementation of the penalty legislation by the court authorities in our country, we generally think that relatively lenient sentences are still being pronounced, the alternative sentence of Parole is still being unjustifiably pronounced in a number of court processes, making this penal policy ineffective in terms of punishment impact and goals regarding the general and social prevention and the re- educational role of the punishment regarding the violators cannot be fulfilled, as well as the educational role the punishment has regarding the social environment. When the court determines the type and duration of the sentence, it is necessary to pay special attention to all alleviating and aggravating circumstances, such as the personal, family and material status of the violator and the penalty records as alleviating, and the planning and perseverance in the committing of the crime in question, as well as the violation of the protective good and the degree of the violation and also the frequency of such crimes, as aggravating circumstances.

It is also very necessary to have international cooperation between the countries regarding the prevention, punishment, hindering and elimination of the human trafficking by application of all necessary measures, fulfillment of the rights and obligations from the international conventions regulating this legal issue, through multilateral cooperation and coordinated activity at national and international level. It is necessary to stress that there is no

equalized court practice in the determination and imposition of the court decisions by the judiciary, making it necessary to create a proper control and reexamination of the court decisions in the higher court instances by insisting to harmonization of our court practice in the application of the national penal legislation, unified with the international one.

ABSTRACT

Human trafficking, as a complex and dangerous type of transnational criminal activity marks an ever bigger increase, nationally and internationally, along with the organized crime with its sophisticated methods of action and it has imposed is serious international problem, creating the need for its scientific research in order to act with the aim of its prevention, punishment, hindering and elimination, for which it is necessary to investigate cases from the practice in the Republic of North Macedonia.

The Republic of North Macedonia, in the military events, became a relatively peaceful area, favorable for exoduses and refuge from other countries, such as the Bosnia exodus, Kosovo, the refugees in the Republic of North Macedonia during the collapse of the Republic of Albania, the inflow of a large number of foreign citizens in the Republic of North Macedonia through stationing of the militaries, charity and non- government organizations etc., meaning that crime, smuggling, prostitution and human trafficking developed as a result therefrom.

The criminal state statistics cannot provide data that would be relevant for the estimate of the occurrence of the human trafficking entirely, because the special methodology of record keeping and tracking has not been sufficiently developed and the criminal prosecution for prostitution is omitted and the presented numbers in the statistical publications do not determine the actual condition for this occurrence. However, in the daily newspapers, there are published articles for human trafficking, with data gathered mainly from police sources, as well as data on the exile of foreign female citizens from the country due to prostitution, but there is no system processing based on a certain methodology that would provide insight into the human trafficking as a whole. This indicates that the human trafficking is widely spread, which makes the scientific research of cases from the practice of this type of crime even more significant.

*- **Keywords** crime, human trafficking, transnational crime, judicial practice for human trafficking, organized crime.*

ВЛИЈАНИЕТО НА КОВИД 19 ВРЗ БРАЧНИТЕ И СЕМЕЈНИТЕ ОДНОСИ

347.61/.62:[616.98:578.834
Professional paper

Айстїрактї: Појавата на вирусот КОВИД 19 и глобалната пандемija, несомнено предизвика нарушување на нормалниот живот во сите свери на неговото постоење, незобиколувајќи ги ниту брачните и семејните односи. Нарушувањето на менталното здравје, изолацијата, ограничувањето на слободата на движење и дружење, стравот од неизвесна иднина и финансиска стабилност, предизвикаа непријатност, вознемиреност и нарушување на партнерскиот и семејните односи. Како последица на тоа, бројот на склучени бракови и вонбрачни заедници значително се намали, во толем број на бракови семејната хармонија е нарушена а семејното насилство пак бележи пораст како никога до сега. Голем број на родители и деца се оневозможени во остварувањето на непосредните и личните контакти. Во трудот авторите ги анализира последиците од појавата на вирусот врз бракот и семејните односи, со цел разрешување на постоејќите проблеми и надминување на „кризата“ во семејните односи.

Клучни зборови: брак, развод, вонбрачна заедница, деца, КОВИД 19

1. Вовед

Светската фактичката состојба настаната како последица на појавата на вирусот Ковид 19, несомнено предизвика нарушување на нормалниот

* Докторанд на Правниот факултет Јустинијан Први Универзитет Св. Кирил и Методиј Скопје

животен тек во сите сфери на неговото постоење, незаобикокувајќи ги и брачните и семејните односи. Соочени сме со бројни зачетоци на нарушување и на менталното здравје, емоционалната интелигенција, страв од неизвесна иднина, и од аспект на нарушување на брачните односи и од аспект на финасиската стабилност. Постојаните прашања кои го создаваат менталниот товар-страв, грижа, постојани сомнежи, гнев, притисоци, психичка растроеност, се само дел од чувствата кои ја напаѓаат човековата психа. А сето тоа сублимат за нетрпеливост, вознемиреност, непостојаност и поле за бројни несогласувања, расправии и нарушување на благосостојбата во семејните односи. Сакале или не, колку и да сме силни, стабилни и свесни, воспоставените нови текови на живот во време на пандемија, создадоа само неред и хаос и предизвикаа движење во насока за нас неприфатлива, пред се со ставање блокада на општествено-социјалниот живот на граѓаните. Новиот вирус постави нови правила за однесување како внатре така и надвор од домовите. Затварањето во домовите, одвојувањето од социјалните контакти, кои до неодамна ни беа секојдневие, предизвика многу повеќе негативни отколку позитивни последици. Се соочивме со моменти на нарушување на семејните односи не само помеѓу брачните партнери, туку и помеѓу членовите на поширокото семејство. Сето тоа на некој начин предизвика хаос во домовите со менување на секојдневните воспоставени рутини. Брачните партнери се соочени да се изборат со истовремено зададените предизвици, да се грижат да се заштитат од страшниот вирус себеси и семејството а во исто време да не предизвикаат дисбаланс и нарушување на семејната хармонија. Во оние проблематични бракови каде веќе постојат нарушени семејни односи, ова беше една од најстрашните ситуации кои можат да им се случат-24 часовно затварање во семејните домови. Но не се изоставува и фактот што овие наметнати ситуации се покажаа како тешки дури и за оние бракови кои важеа за среќни и стабилни. Новонаметнатите правила на живот, не изоставија речиси ниту една единка и ниту еден сегмент од животот на луѓето.

Особен акцент се става на последиците кои произлегуваат од настанатата фактичка состојба со вирусот Ковид 19. Неспорно е да се каже дека од другата страна на приказната поврзана со браковите и Ковид 19 ситуацијата, од појавата на вирусот до денес, бројот на склучени бракови бележи значителен пад, што докажува дека сомнежот, стравот и неизвесноста кои ги предизвика оваа глобална криза, влијаат пред се врз емоционалната состојба и врз круцијалните животни одлуки, не изоставувајќи го и фактот за зголемениот број на разводи како и онаа не

помалку болна приказна – невини деца родени надвор од брак.

2. Актуелните современи проблеми -причина за развод на брак

И без да ја имаме оваа пандемија, не можеме да се пофалиме со раст на бројката на склучени бракови последните децении. Ова беше само уште еден фактор кој придонесе за дополнителен пад на бројот на склучени бракови. Статистиките покажуваат загрижувачки бројки. Несомнено може да се каже дека пандемијата е само фактор плус да младите се одлучат да не го прифатат бракот-како животен предизвик. Можеби пандемијата го донесе моментот кога партнерите ќе се охрабрат и ќе се одлучат да го живеат новиот модерен цивилизациски тренд а тоа е брак без „институција брак” односно живеење во заедница без брак. Сето тоа поведува со себе и зголемување на бројот на деца родени во такви заедници. Можеби стравот од иднината или економската неизвесност кои ги наметна фактичката состојба се исто така клучен фактор во не-склучувањето на бракови. Новонаметната состојба е всушност само еден вид оправдување за ставот кон брачната заедница и одлуките на партнерите во врска со истото. Но и сите поставени рестриктивни мерки за спречување од ширење на овој вирус, се причина плус која има влијание врз бројката на склучени бракови. Се поставува прашањето дали забраните за масовни собирања, орагнизирање венчавки и прослави, се причина плус која предизвика нарушување на желбата да партнерите се одлучат да стапат во брак, односно предизвика одбивност кон преземање на ваков чекор- младите оневозможени најубавиот ден од својот живот да го прослават на начин каков што сакаат. И од тука се отвараат бројни други прашања и теми. Дали пандемијата всушност ја извади на површина реалната состојба со партнерските односи, независно дали се законски официјализирани во брачна заедница или не.

Во време кога целиот свет мора да се прилагоди на новонастанатата ситуација со корона вирусот, кога зборуваме за стабилноста на партнерските и семејните односи, може да се каже дека во овој период наметнатата фактичка состојба претставува еден вид предизвик но истовремено и тест не само за брачните партнери туку и за членовите на поширокото семејство. Луѓето се принудени да живеат по поставени правила кои мора да ги почитуваат, независно дали тоа им одговара или не во нивниот веќе поставен начин на живот. Сето тоа доведува до дисбаланс во секојдневниот живот, кој отвара нови предизвици,

моменти и промена на дотогашните навики. Воедно, доведува и до принудно спротивставување на вообичаените тензии и зголемување на интензитетот на страв од иднината. Оваа пандемија не доведе до ситуација да принудно ги увидиме сите недостатоци со кои сме биле соочени. Ни дозволи и ни предочи дека можеби свесно или не свесно сме ги занемарувале не давајќи им голема важност или можеби страв од несакани последици.

Оваа криза предизвика силни негативни импликации врз браковите. Брачните партнери ставени на тест за кој ни најмалку не беа подготвени. Соочени со ново-наметнатиот начин на живот, соочени со неизвесноста и стравот од иднината, нарушувањето на менталното здравје е неизбежно. Прашања безброј, дилеми, сомнежи. Паниката станува дел од секојдневието, што предизвикува менување на веќе поставените животни рутини. Дилемата пред нас стои, дали постои начин со кој безболно би се изменацирало сето ова во една брачна заедница, или ќе дојде до трајно нарушување на хармонијата во истата. И сето тоа поаѓа од иста појдовна точка, колку биле или се стабилни брачните односи во една брачна заедница. Сеуште е рано да донесеме било каков точен заклучок од новонастанатата глобална ситуација, потребни ќе ни се долги години на разгледување и истражување. Зажалостатистикитегопотврдувааттоаи покажуваат дека промената која не надвладае предизвика и промени во моделите на брачните заедници. Најголемите промени за жал се негативни, затоа што **се наруши стабилниот брак** и блиските емотивни односи пред се. Предизвика намалување на значењето на моралот и значењето на вредностите што треба да се промовираат од семејното право, а со тоа доведоа и до дестабилизација на брачните и семејните односи.

Неофицијални интервјуа спроведени со луѓе од различни статусни нивоа, дадоа резултат дека, кај речиси сите недостасува поранешниот начин на живот, независно дали во целост им одговарал или не.

Мора да напоменеме дека браковите не се распаѓаат сами по себе одеднаш. Разводот не е резултат на само еден негативен момент. Станува збор за еден емоционален процес и бројни најразлични дисфункции во партнерските односи коисе провлекуваат извесен период. Токму ова излезе на површина во периодот на пандемијата. Недостигот на слободата и социјализацијата пред се, затоа што веќе ваквиот начин на живот и се што повлекува со него, станува една од причините за распаѓање на една брачна заедница. Експертите за семејно право констатираат дека голем број од партнерите кои функционираше нормално пред појавата на кризата, со појавата и карантинот скоро

и да не можеле повеќе да функционираат. Партнерите кои ја уживаа слободата пред пандемијата се соочија со приморан т. н. „затвор“ со своите партнери од кој ни малку не излегоа позитивни резултати. Секојдневните ритуали нарушени, „зафатениот“ живот одеднаш не постои, релаксираноста во друштвото надвор од домот се заменува со тензична вознемиреност покрај својот партнер.

3. Пандемијата – отвори ново поглавје во животот на секој поединец

Пандемијата и почетокот на вирусот, всушност беа почеток на едно ново поглавје во животот на секој еден човек. Можност, односно прилика секој да се соочи и избори со нешто за кое најмалку очекувал. Можност да се утврди и да секој увиди дека модерното семејство всушност нема семеен дом, туку само физички стан или можеби куќа, каде ја обавува функцијата семејство. Непобитен е фактот дека од домот произлегуваат здравите семејни односи, вредности. Несомнено е дека социјализаторска функција која ја има едно семејство, придонесува кон раст и развој на една држава. Но дали со оваа фактичка состојба, токму во овој момент, можеме да се соочиме токму со ова. Дискутабилно е а во исто време и болно ова прашање.

Во дисфункционалните бракови, децата се тие кои се најзагрозени и во најголема загуба, пред се поради тоа што обременетоста со трката за подобар живот на партнерите, доаѓа до уништување на социјалната компонента на семејството. Една од најчестите причини поради која луѓето не се решаваат да ставаат крај на својот брак и остануваат несреќни во нефункционален брак, пред се се грижата за децата и стабилноста од финансиски аспект. Од друга страна постои момент кој укажува на тоа дека голем број од луѓето посебно од почетокот на пандемијата, остануваат во дисфункционални бракови плашејќи се од тоа како би се справиле со социјалните предрасуди со кои ќе се соочат после разводот.

4. Децата соочени со болната вистина

И уште еден клучен момент е значаен, најтешкото е како да се справиме со моментот на соочување со нашите деца на кои им должиме одговор на бројните прашања и дилеми кои произлегуваат од оваа криза. Како да им помогнеме да ја пребродат тие а како да си помогнеме самите себе. Како да успееме да го задржиме „домот“ кој можеби и никогаш сме го немале. Можеби дојде моментот кога се соочуваме со нашите

погрешно поставените идеали, затоа што во вакви кризни моменти се извлекуваат најзначајните заклучоци. Можеби сега ќе сватиме дека создавањето на една семејна заедница не претставува само создавање деца, туку има многу посуштинско значење.

И повторно отвараме загатливи прашања кога се споменуваат децата. Последните кризни месеци во борбата со Ковид 19, може да се каже дека на некој начин значително го промени и животот на децата. Поставените мерки од типот на затворањето на училиштата и ограничувањето на движењето, во целост ги променија и во исто време ги нарушија веќе поставените навики на децата. Сето тоа создаде дополнителен стрес како за децата така и за родителите и старателите на деца. И во континуитет се прашуваме што се случува со децата во нестабилните бракови во оваа криза. Што се случува со децата на разведените бракови во оваа криза во моменти на ограничено движење од една страна а нестабилни родители од друга страна? Дали децата се соочуваат со поголема закана по нивното ментално здравје пред се, чувство на безбедност, чувство на сигурност? Децата, тие невини суштества кои не се емоционално созреани за да можат да разберат во што всушност ги вовлече оваа пандемија. Пред прагот на фрустрации и стрес кои предизвикуваат негативни промени во нивното расположение и однесување, кое за жал може да биде со трајни последици. Приморани сме да најдеме можност да им обезбедиме на децата атмосфера во која најмалку ќе ја осетат болната вистина со која се соочуваме. Да им создадеме чувство на сигурност и безбедност во овие неизвесни времиња.

Но не секаде е возможно, затоа што во голем број на брачни заедници отсуствува емоционалната основа и во оваа фактичка состојба со Ковид 19 пандемијата наместо да владее емоцијата за задржување на стабилноста и една од најважните темели за зачувување на бракот, таа отсуствува и настапува разводот како најдобро решение.

Од другата страна на приказната уште позасегнати и децата на разведените родители. Затварањето во домовите уште една пречка плус, родителите кои немаат старателство врз децата-секундарните родители, да не можат да ги остваруваат своите меѓусебни контакти, кои им се доделено право после разводот. Најчесто тие деца живеат со мајките, и за поранешните сопруги вонредната состојба поради пандемијата особено воведените строги полициски часови, е прав момент кој го користат како изговор за да не им дозволуваат на татковците остварување контакти со децата.

„Секундарните” родители скоро и да не можат да го остварат и тоа најмало право кое им е дозволено, затоа што „примарните“

родители не им дозволуваат, односно истапуваат со изговор дека заради заштита на децата самоволно постапуваат спротивно на решенијата од Центарот за социјална работа. И сето ова паѓа на штета на децата. Нив им е нарушено едно од основните нивни права, а тоа е правото да си остваруваат контакт со двата родитела. Во овие моменти кога на децата најпотребни им се двата родители, тие се обезправени и се соочуваат со за нив необјаслива состојба. Психолозите истакнуваат дека таа конфликтно-меѓусебна комуникација која ја имаат разведените партнери-родители, дополнително ја отежнува детската психа која во оваа пандемија е најконфузна. Во ваквата ситуација кога сме приморани на домашна изолација, очекувано е истата да резултира со отуѓување на децата од родителот со кого нема контакт, а сето тоа може да предизвика и психолошки појави како гнев, лутина, депресија и сл. Всушност предизвикува дополнителен хаотичен момент во детската психа кој може да резултира со долготрајни последици врз детето.

5. Новонастанатата социо-економска криза фактор плус за разводи

Да не го изоставиме и моментот на влијанието на економската моќ во едно семејство. Со намалувањето на економската моќ во семејствата како причина на Ковид 19 пандемијата, се предизвикаа проблеми кои резултираат со разводи токму поради нарушување на економската стабилност. Дури и економски стабилните бракови, се наоѓаат пред критичен момент. Нарушена е нивната слобода пред се во т.н „уживање“ кои им го пружаше нивната економска стабилност. Бројките покажуваат голем пораст на сиромашни семејства од почетокот на пандемијата, затоа што оваа т.н социо-економска криза речиси ги потроши сите ресурси во економски нестабилните семејства. Брачните партнери соочени со финансиски проблеми се наоѓаат пред безизлезни ситуации. Малите можности да си ги дозволат основните потреби, предизвикува семејни кризи, нарушени односи, кавги и се повеќе храброст кај нив да се решат да излезат од таа брачна криза, сметајќи дека може да најдат полесен начин да ја пребродат истата.

6. Пораст на семејното насилство

Значителен акцент во овој за сите неповолен период, се стави и на семејното насилство како врз жените така и врз децата. Овој момент несомнено бележи пораст овој актуелен период. Се зголеми психо-

социјалниот притисок кај луѓето кој предизвика момент да лицата со карактеристики на насилство се охрабрат да преземат чекори со цел да повторно ја воспостават сопствената контрола врз животите на жртвите, што предизвика зголемување на бројот на случаите на семејно или т.н интимно партнерско насилство. Продолжувањето во оваа насока несомнено ќе има круцијални промени во нормалниот животен пат и токму поради тоа е една од основните причини поради кои овој т.н „светски настан“ привлекува секојдневно се поголемо внимание кај секој поединец.

Затварањето во домовите како една од мерките за спречување и ширење на вирусот можеби помогнаа да се забави ширењето на Ковид-19, но и придонесоа за влошување на положбата на многу жени, девојки, особено оние семејства каде семејната хармонија е нарушена или не постои. Токму таму пандемијата доведе до актуелизирање на насилството. Иако можеби до тогаш го немало, овој момент беше клучен да насилните партнери се покажат во вистинско светло. Официјалните статистики не се реални, особено што бројките на почетокот на пандемијата не го покажуваа тоа, пред се поради тоа што жртвите на семејно насилство беа затворени со сторителите и кај нив преовладуваше стравот дека можеби ќе бидат слушнати од нивните насилни партнерии ситуацијата ќе стане уште полоша, или пак воопшто немаа можност да го пријават истото. Кај голем број на жени стравот од понатамошни слични, исти или полоши ситуации преовладуваше. Не се исклучи и фактот дека голем број на жени не го пријавуваа насилството и не ги напуштаа домовите, пред се поради неизвесност и страв од иднината, економската независност, губење на работното место и сл.

Голем број на жени токму во овој момент се охрабрија и најдоа реална причина да ги напуштат своите т.н домови и да почнат да живеат нов живот. Но не само жените, туку и се повеќе деца станаа жртви на семејно насилство во овој период. Последните месеци од пандемијата, животот на децата во семејства каде има насилни родители, стана страшен. Тие станаа се повеќе ранливи и под голем психо-социјален притисок.

7. Ковид 19 ќе го зголеми бројот на вонбрачни заедници „да“ или „не“

Од другата страна на приказната, додека голем број на партнери не успеаја да се изборат со новите навики кои ги наметна пандемијата, и се одлучија за разделба, голем број на партнери кои сеуште не беа

решени за заеднички т.н „официјален” живот во институција брак, во овој период се одлучија на т.н заеднички „неофицијален “живот. Постапувањето на карантините на некој начин ги одвои таквите партнерите со оневозможување на средби и ги доведе пред момент на решавање за предбрачен заеднички живот. Соочени со малку можности за меѓусебно дружење, заедничкиот живот беше единствениот начин да се обидат непречено да го продолжат нивното заедничко дружење. Останува неодговорено прашањето дали на крај ваквите чекори би резултирале со официјален брак, дали партнерите би останале во вонбрачна заедница или пак на крај сето тоа би резултирало со конечна разделба.

8. Заклучок

Новонаметната состојба која е раздразлива за секој поединец, несомнено влијае врз начинот на изразување на луѓето. Речиси кај секој еден се забележува напнатост и агресивност во изразувањето и зборување на повисок тон. Доволни причини да се предизвика конфликтна ситуација па дури и кај партнери кај кои таквиот начин на комуникација до тогаш отсутувал. Значително важно е внимавање во односот со партнерите, особено во овој кризен период, со цел избегнување на конфликтните ситуации и непотребно нарушување на семејната хармонија. Во овој период повеќе од потребни се толеранцијата, смиреноста и трпението.

Од особена важност е изнаоѓање начини со кои би се олеснувал текот на животот, односно вложување напори за избегнување на било какви ситуации кои би предизвикале дисхармонија во семејството или конфликтни ситуации. Стабилноста и смиреноста во однесувањето се клучен момент за избегнување на неповолни моменти а значајно е партнерите меѓусебно да се нежни и внимателни не само еден спрема друг, туку и према членовите на целото семејство особено према децата.

Но неизвесност постои дали после оваа пандемија ќе може повторно нормално да опстојува брачната заедница. Дали оние партнери кои со големи напори успеале да опстанат во заедница ќе продолжат да го живеат животот како порано? Дали семејната хармонија ќе остане, или пак ќе се врати онаму каде што се изгубила?

Психолозите како едни од засегнатите медицински лица, упатуваат на фактот дека применувањето на најразлични активности во текот на денот, исто така применувањето на психолошки техники, може да даде позитивни резултати кај секој поединец. Мошне значајно

е секој да проба да најде начини за растеретување од секојдневните стресови кои пандемијата ни ги нанесе. Со оглед на тоа што е нарушен текот на животот на секој еден човек, понатамошната борба за враќање во нормален начин на живот мора да продолжи. Свесно, присебно и стабилно мораме да продолжиме да чекориме напред, адаптирајќи се на новопоставените животни рутини.

Редовниот сон како една од здравите навики која мора да се применува, вклучувајќи го и здравиотначина на исхрана се многу значајни во одржување на здрава психолошка состојба. Меѓусебната поддршка во секојдневните активности е значително битен фактор за одржување на семејната хармонија. И физичката активност не смее да се изостави во овие моменти. Партнерите треба да одвојуваат повеќе заедничко време поминувајќи го низ физички активности со цел психичко растеретување од секојдневните обврски и притисоците на пандемијата. Отргнување од опседнатоста со социјалните мрежи е исто така значајно за полесно справување со фактичката пандемиска состојба. Секој еден мора да најде начин со кој ќе дејствува во вид на одбрана од понатамошни последици.

Соочувајќи се со кризата, и согледувајќи ги реалните проблеми, партнерите го подигаат нивното ниво на меѓусебни односи и од таму произлегуваат нови начини кои им овозможуваат да продолжат заедно среќно. Одржувањето на стабилноста во бракот, како една од основите е тежок процес, но истиот не евозможен ако само едната страна се грижи за тоа. Взаемното дејствување, заедничкото решавање на проблеми, поддршката, отворените разговори со својот партнер и одржувањето на емоционалниот момент, се клучни фактори во надминување на оваа криза во браковите.

Љубовта кон својот партнер и децата, почитта кој членовите на поширокото семејство и желбата да се зачува семејството и семејната хармонија, треба да се поважни од стравот од иднината со која само не заплашува оваа пандемија.

**ОСТВАРУВАЊЕ НА ПРАВОТО НА СЛОБОДА НА
ИЗРАЗУВАЊЕ КАЈ ДИГИТАЛНИТЕ МЕДИУМИ ПРЕКУ
ФИНАНСИРАЊЕ ОД СТРАНА НА ДОНАТОРИ ВО РАМКИТЕ
НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА**

364.63-027.553:[616.98:578.834(100)

364.63-027.553:[616.98:578.834(497.7)

Review paper

Апстракт: *Дигиталната ера чиј капитализатор е глобалниот човек се соочува со тежаж од медиуми и средствата за комуникации кој бележи брза и длабока трансформација. Сукцесивните комуникации и медиумски технологии, зайочнувајќи од телефонот, радиото и телевизията добиваат своја развојна форма уште во текот на дваесеттиот век. Интернетот е најновиот вид на комуникациската технологија која има моќ да го трансформира начинот на кој ќе се остварува правото на слобода на изразување. Правото на слобода на изразување секогаш почивало на јавни платформи на комуникација со цел да им даде поголем акцент на ефективност. Емисионите медиуми како масовни медиуми доведоа до формирање на „масовни отпесива“ за прв пат во човековата историја - каде милиони луѓе би можеле да создадат искуства и настани заедно и истовремено, создавајќи нови идентитети. Ерата на доаѓањето на Интернетот донесе нови предизвици и можности со свои специфичности. Експлозијата која ја носат дигиталните комуникации им овозможува на граѓаните да се вклучат во јавната дебата на ниво кое е несспорливо со било кое друго ниво во историјата на човештвото. Предмет на овој труд е остварувањето на слободата на изразување кај медиумите и дигиталните комуникации преку финансирање од страна на донатори во рамките на Европската Унија. Иницијативите за комуникација поврзани со специфичните развојни исходи се движат заедно со програмите за поддршка на медиумите и јавноста во рамките на ЕУ дипломатијата.¹*

¹ Види Livingstone S, Papaioannou T, M Mar Grandío Pérez and C Wijnen, Critical in-

Клучни зборови: право на слобода на изразување, Европска Унија, финасирање, онлајн медиуми, програми за развој на медиумска независност.

1. Право на слобода на изразување

Демократијата подразбира можност за обликување на општеството во зависност од преференциите и потребите на луѓето и можност за изразување на истите. Оттука, право на слобода на изразување во најширока смисла на зборот, се смета за поддршка на човековите права и демократски слободи на начин на којшто гарантира размена на мислења потребни за да се информира јавната расправа, исто така како и поддршка на слободата на здружување, право на формирање политичките партии итн.² Уште одамна, ова право беше ценето како едно од основните права во сите демократски општества.

Минимум услов за остварување на правото на слобода на изразување е постоењето на јавните платформи. Ова право може да биде ефикасен столб на демократијата и човековите права само ако може да се оствари јавно – ако информациите и идеите можат слободно да се разменуваат помеѓу граѓаните без постоење на ниту еден страв. Поради оваа причина, медиумите се признаени како суштински елемент на демократскиот процес. Широко застапено е мислењето дека медиумите се тие кои му даваат јавен глас на нашето индивидуално право на слобода на изразување.³ Денес, медиумите ги надминаа традиционалните форми на својата појава и токму новите форми преку коишто ја релизираат својата основна функција даваат можности за граѓаните да разговараат и дебатираат едни со други, да ги образложуваат и бранат своите ставови и да аргументираат против оние со кои не се согласни. Оваа можност е тесно поврзана и со водење на јавната дебата, како еден од гарантите слободни и фер избори, кои се неопходен услов за постоење на едно демократско општество и за одржување на политичкиот процес. Со оглед на важната демократска улогата на медиумите постои консенсуз дека основната функција на медиумите подразбира независност од политичко мешање и контрола

sights in European media literacy research and policy, *Media Studies* 3(6), 2012, стр.3-16.

² Види *The Right to Share: Principles on Freedom of Expression and Copyright in the Digital Age*, ARTICLE 19, 2013.

³ Види Mellakauls A, *Access to the Internet – a human right?* CDMSI, Misc3Rev, стр.11, 2012.

на владата; плуралност на различни медиуми коишто обезбедуваат разновидна содржина со цел да се осигура дека никој нема монопол на погледи; и разновидност на ставови на учесниците во текот на процесите што се одржуваат во рамките на едно општество.⁴

Оттука, може да се заклучи дека медиумите може да се јават во најразлични улоги. Така, медиумите можат да функционираат како канали преку кои граѓаните комуницираат едни со други и на овој начин делуваат како катализатор за информна дебата помеѓу разновидните социјални актери. Во светот на мрежни платформи коишто го живееме, капацитетот за меѓусебна комуникација е значително подобрен, без соочување со бариерите кои ги поставуваат традиционалните форми на медиуми. Интернетот нуди невиден обем за интерактивна комуникација користејќи различни алатки. Моќта на влијание на овој вид на комуникација беше посебно видлив во текот на настаните во Средниот Исток во 2011-та година кога граѓаните беа во можност да ги заобиколат формалните медиуми и цензурата за да организираат масовни протести кои го соборија режимот.⁵

Медиумите исто така можат да функционираат како чувар, промовирајќи ја транспарентноста на владата и можноста за јавен преглед на случаите на корупција, лоша администрација и деловно управување, која функција понатаму води до зајакнување на економската ефикасност. Улогата на набудувач подразбира постоење на високо квалитетно истражувачко новинарство под значителен и зголемен притисок на трошоците, кои претставуваат еден вид на маргини. Една од новите дилеми на дигиталното општество е како да започне да се наплаќа за содржините пласирани во рамките на едно високо квалитетно новинарство, со оглед на основната карактеристика на бесплатност на содржините кај Интернет платформата. Исто така е јасно дека доминантноста на пазарот на агрегирање на содржината и споделување на платформи како Google, YouTube и Facebook се случува на штета на оние организации коишто ја создаваат таа содржина.

Друга функција на медиумите е да се бидат гласот на една нација, средство со кое може да научи едно општество како да изгради чувство за заедница и заеднички вредности. Потребно е да се напомене дека овој аспект на медиумите може да биде спорен во поделените општества или во земјите каде што живеат различни етнички групи.

⁴ Види Global Principles on National Security and the Right to Information, drafted by 17 NGOs and five academic centres, 12.06.2013.

⁵ Види Ibid. стр. 547

Конечно, медиумите честопати се застапници на одредени теми на кој начин тие самите се јавуваат во улога на социјални актери, а токму оваа улога на медиумите води до дефинирање на медиумите како платформа за изразување на широк спектар на погледи.⁶ Растот на онлајн платформите доведува само до забрзување на овој тренд. Граѓанското новинарство е моќна алатка во рамките на медиумското опкружување, која обезбедува нови можности луѓето да обликуваат, па дури и да создаваат вести. Но, оваа можност пак предизвикува нови предизвици. Новостите се испреплетени со коментарите на граѓаните, посебно со употреба на новите блогови, Твитер итн., па оттука навистина е тешко да се распознае вистинската од лажната вест. Може да се заклучи дека технолошките, политичките и економските промени ги менуваат начините на кои медиумите можат да ја поддржат демократијата во едно општество.

За вистинско остварување на правото на слобода на изразување, неопходно потребно е медиумите да бидат независни. Притоа, независноста не треба да се сфаќа единствено како синоним со недржавна (приватна) сопственост. Имајќи ги предвид проблемите со монополизацијата на медиумите и активните мешања во уредувачката независност од страна на сопствениците, независноста треба да се сфати како уредничка независност без оглед на сопственоста.⁷ Независноста може да значи и слобода од политички или други овластени и економски интереси. Медиумите исто така треба да бидат финансиски одржливи преку најразлични извори на приходи (јавни и приватни). Треба да постои еден прифатлив пристап до медиумите, којшто може да поставува барања за инвестиции во инфраструктура и недискриминаторска даночна политика. Сите сектори од општеството, вклучително и оние кои се најзагрозени или маргинализирани, треба да бидат во можност да пристапат до медиумите, да ги добијат потребните информации и нивните гласови да бидат слушнати. Сиромашните и маргинализираните припадници на општеството треба да можат да комуницираат меѓу себе и со оние коишто се на власт со цел да дојде до демократски развој во општеството. Оттука, промовирањето на разнообразна медиумска околина бара плаќање на високи цифри на пари со цел поддршка на средствата за комуникација, вклучувајќи го

⁶ Види @JeffJarvis, 20.9.2013, достапно на <https://twitter.com/jeffjarvis/status/380838240913461248> (пристапено на 06.03.2020).

⁷ Види Freedom on the Net 2012: A Global Assessment of Internet and Digital Media, 24.09.2012, стр. 13.

и квалитетот на приемот на емисијата, одредбата на снабдување со електрична енергија и пристапот до телефони и интернет.⁸ Наоѓањето на регулаторниот пристап којшто ја олеснува приватната инвестиција е клучот за поголемиот дел од современите комуникации “ кој води до општествен развој и е од витално значење. Неопходно е да се напомене дека отсуството на државна интервенцијата самостојно не е гаранција за медиумско опкружување коешто ги поддржува демократијата и човековите права. Така, доколку медиумскиот простор треба да биде достапен за сиромашните и маргинализирани категории, потребна е активна интервенција на државата. Државата може да игра и круцијална улога со инвестирање во човечките ресурси, конкретно во образованието на кој начин помага во градењето на професионалниот капацитет на медиумските работници, преку академска и стручна обука, развој на „новинарскиот професионализам“ и развој на професионалните здруженија.⁹

2. Улогата на Европската Унија во остварување на правото на слобода на изразување во медиумскиот простор

Европската Унија става силен акцент на заштита на правото на слободата на изразување и ја признава потребата од афирмација и инстира на независни медиуми. Основната повелба за човековите права на Европската Унија, во член 11 истакнува:¹⁰

„Секој има право на слобода на изразување. Ова право вклучува слобода на мислење и право на секој да прима и дава информации и идеи без мешање на јавната власт и без оглед на границите. Слободата подразбира и почитување на плурализмот на медиумите “. Постојат и други релевантни документи кои се дел од актите на ЕУ, а кои воспоставуваат рамки и политика за заштита на независниот медиумски простор. Така, Договорот од Лисабон ја познава Повелбата за извршни права.¹¹ Заклучоците на Советот на ЕУ за надворешните односи на ЕУ од

8 Види Killock J, Sleepwalking into censorship, Open Rights Group blog, 25.07.2013, стр.68.

9 Достапно на: <https://ec.europa.eu/eurostat/portal/page/portal/eurostat/home> (пристапено на 09.03.2020).

10 Достапно на: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/legislation-and-case-law-international-legislation-general-declarations/universal-declaration-human_en (пристапено на 10.03.2020).

11 Достапно на: <https://www.humanrightscareers.com/2013/05/03/press-freedom/> (пристапено на 10.03.2020)

2009 година, повикуваат на понатамошна консолидација на пристапот кон развивање на демократијата и поддршка на човековите права, кои дејствија подразбираат и инсистираат на силен фокус на креирање на независен медиумски простор. По „Арапската пролет“ во источниот дел од светот, во 2011 година, Европската Комисија исто така, ги зајакнува напорите за промовирање на слободата на изразување во дигиталниот простор со фокус на новинарите- блогери и т.н. интернет новинари. Развојната соработка на Европската Комисија се води од „Агендата за промена“ во чии рамки се нагласува дека унапредување на човековите права, демократијата, владеење на правото и доброто управување, како и инклузивниот и одржливиот раст се основни столбови на ЕУ политиката и истите треба да уживаат взаемна поддршка.¹² Неодамна воспоставената стратешка рамка на ЕУ и акциониот план за поддршка на човековите права и демократијата, дава голем приоритет на слободата на изразување. Во оваа насока во рамките на истите, се инсистира на развој на сеопфатна политика за решавање и унапредување на прашањата за заштита на слободата на изразување во интернет просторот, којашто политика првично беше фокусирана на сајбер безбедноста, но сега бележи и чекори за проширување на обемот на слободата на Интернет. Покрај билатералните односи со земјите и регионите на сите континенти, ЕУ има и над 130 делегации на низ целиот свет и работи со голем број на мултилатерални институции (иако потенцијалното влијание не е целосно искористено).

Медиумската поддршка се остварува преку голем број на инструменти подетално образложени во рамките на извештајот „Мапирање на помош на медиуми во ЕУ 2000–2010 година“.¹³ Тука поточно се мисли на: Европската иницијатива за развој на демократијата и човековите права, Европскиот фонд за развој преку инструментот за соработка за развој на медиумска независност и инструментот за сајбер безбедност, како и Европското соседство преку инструментот за партнерство.¹⁴ Интересно е тоа што и покрај формално задоволената рамка за заштита на ова право, се добива впечаток дека во

12 Достапно на: <https://www.humanrightscareers.com/2013/05/03/press-freedom/> (пристапено на 10.03.2020)

13 Достапно на: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/%20Governance%20Strategy/%20Governance%20Strategy%202012%20-%202015.pdf>, Section V (h) (пристапено на 12.03.2020).

14 Достапно на: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/Display-DCTMContent?documentId=0900001680484e7e> (пристапено на 14.03.2020).

рамките на ЕУ политиката не постои целосен надзор и мониторинг на начинот на кој Европската Унија ја реализира заштитата на слободата на изразување во медиумскиот простор. Следејќи ги искуствата во изминатите десет години може да се заклучи дека не постои јасно разграничување на базата на податоци помеѓу развојните проекти за медиумска независност и промотивните активности институциите на ЕУ во оваа насока. Главниот фокус за поддршка на медиумска независност од страна на ЕУ, како и страна на повеќето донатори – била на обука на новинарите и уредниците во новинарските вештини и поддигнување на професионалните стандарди.¹⁵ Другите иницијативи вклучуваат реформа на законодавството и директна поддршка на новинарите и авторите чие делување и безбедност биле загрозени.

Забележително е дека многу мал број на проекти имаат корист од потенцијалните компаративни предности на ЕУ како мултинационален ентитет - повеќето од проектите на ЕУ се слични на оние коишто се финансирани од страна на билатерални донатори. Понатаму, неколку проекти се дизајнирани и имплементирани во соработка со државите членки или други донаторски агенции. Како главни приматели на помош се почесто се јавуваат специјализираните меѓународни организации наместо локалните групи или медиумските организации. Ова е ефикасно во насока на тоа како употребата на посредниците ја минимизира улогата на администрацијата во рамките на реализирање на проектот на ЕУ за управување со медиумската независност и слобода, а од друга страна гарантира одредено ниво на квалитет на контрола и известување за реализација на проектите. Но неизбежно, употребата на меѓународните посредници значи дека се помалку средства се резервирани за локалните актери(медиумски организации).

3. Улогата на донаторите во процесот на креирање и поддршка на медиумската независност- искуства

Во рамките на овој краток преглед, се анализира сегашната практиката на неколку двонасочни донатори – Шведска и СИДА, Велика Британија и Df i d, Светската банка и Холандската влада.¹⁶ Она што може да се заклучи од пронајдените податоци е дека медиумските проекти стануваат се поголеми и се повеќе секторски ориентирани,

15 Види Committee of Ministers, Recommendation CM/Rec(2012)4 on the protection of human rights with regard to social networking services, §§ 5 and I.3, 04.04.2012.

16 Види Joint statement on media freedom by European Commission, Council of Europe and Organisation for Security and Cooperation in Europe, 09.11.2012.

поради којашто причина донаторите имаат тенденција да финансираат медиумски програми преку меѓународни посредници. За разлика од претходното искуство кое се фокусираше само на обука за вештини на новинарите и уредниците, проектите се пошироки во обемот и се фокусираат на теми како што се развојот на законодавството за медиуми, улогата на регулаторните тела (советите за шечат или комисиите за жалби на печатот), капацитетот на трговските организации и бизнис менаџментот. Како кратки заклучоци за актуелната состојба може да се издвојат следните:

- Социјалните медиуми и корисниците на Интернет стануваат се поинтересни за вниманието на донаторите.
- Свесноста на донаторот за прашањата на координација, усогласување, одговорност, резултати и важноста на локалните спроведување се зголемува, иако повеќе може да биде направено во насока на усогласување на финансирањето од страна на донаторите коишто се истомисленици.
- Комбинацијата на приоритетите на донаторите утврдени однапред за финансирање и употреба на посредничките организации со може понекогаш да го фрли во сенка делувањето на локалните спроведувачи.
- Користењето на вештини и знаења на посредници да се обезбеди помош, исто така, може да го спречи пристапот до иновативни актери во медиумскиот простор.
- Стандардизираниите пристапи и модели се популарни, но може да имаат ограничена локална релевантност.
- Донаторите би можеле да бидат поавантуристички настроени со желба за прифаќање на ризик.
- Се признава прашањето за одржливост, но на програмите понекогаш им недостасува стратегија на долг рок за употреба на социјалните медиуми, објавувањето на Интернет и општите стандарди на Интернет.

Прашањата за слободата на изразување во дигиталниот медиумски простор се повеќе добиваат поголемо внимание од страна на донаторите - до одреден степен на штета на традиционалното новинарство чијашта поддршка се намалува. Донаторите стануваат се подобри во координирање на нивната поддршка, така што има помалку дуплирање на активностите. Известувањата за барањата од донаторските организации се повеќе се фокусираат на документирање и мерење на резултатите и влијанието, како и на коцептот на одговорноста. Поголем дел од донаторите почнуваат да ставаат се поголем акцент на проектите за поддршка на локалните актери. И покрај овие амбиции, повеќето донатори не успеваат да ги усогласат приоритетите за финансирање до

другите донатори истомисленици, ниту да соработуваат меѓусебно- преку размена на информации, ко-учење или ко-финансирање. Како главна причина за оваа состојба се јавува фактот дека донаторите од сите видови- унистраничните, двостраните, суб- грантирањето на НВО или приватните филантропи не се обидуваат ниту да ги разберат иницијативите на другите донатори, дури ниту на оние во иста географска локација или област за финансирање.

За ЕУ, усогласувањето на донаторските програми треба да биде од голема важност затоа што ЕУ не е само друг билатерален финансиер; туку ги претставува и интересите на своите земји-членки (и со оглед на растечкиот бран на евроскептицизам ова треба да биде важна цел). Можеби е корисно ЕУ да се сврти кон разбирање на билатералните донаторски политики и приоритетите за финансирање на нејзините земји-членки и да ги координира своите развојни стратегии и програми за соработка со оние на нејзините земји членки.

Во реалноста, финансирањето на локалните организации, исто така, се покажа како голем предизвик за донатори. Владите, донаторските агенции или парламентите имаат тенденција да поставуваат приоритети за тоа како нивните пари треба да се потрошат. Таква тенденција има и кај сите донатори во рамките на земјите- членки, како и кај самата ЕУ- да користат на национално или европско ниво, посредници за обезбедување на најголемиот дел од поддршката на локалните организации. Оваа комбинација на приоритети на донаторите утврдена заедно со перспективата, вештините и капацитети на посредниците, значи дека опсегот за локални групи (или дури и локални донатори) да постават приоритети, во пракса, честопати е ограничен. Наведеното ограничување се надополнува со начинот на кој стандардизирани пристапи или модели кои лесно се реплицираат на активностите, се вклучени. Истите, тие често се засновани врз нормативни претпоставки за управување или искуствата и вештините на посредниците или примателот, што кај локалните организации како концепт се јавува на еден специфичен начин.

Програмите на тој начин се формираат според перцепциите на давателите на услуги, а не според потребите на примателите. Исто така, употребата на стандардизирани или повторливи пристапи е управувана од кратките временски рамки за планирање, фактот дека времето за подготовка за апликации не е финансирано, потребата да се напишат однапред детални планови за реализација на проектот и недостатокот на почетната фаза за почеток на проектите. Сето од наведеното претставува предизвик при креирањето на еден похуман

пристап за поддршка на медиумската независност. Донаторските програми во суштина се користат од страна на организациите за целите коишто истите сакаат да ги постигнат, дури и во случаи кога тие не кореспондираат со намерите на донаторот. Овој процес сепак може да произведе корисни реформи и позитивни промени, но не во формата којашто ја посакувал донаторот. Во овој случај постои комплексна динамика помеѓу донаторот, локалните партнери, посредниците и партнерите од приватниот сектор, која во голема мера зависи и од тековните околности.

Оттука, политиката на ЕУ за заштита на медиумска независност во голема мера ќе зависи од вештините и капацитетите на посредниците и локалните партнери. На овој начин се јавува тензијата помеѓу истражувањето на нови теми и пристапи кои се потпираат на стандардните процеси за развој на база на вештини и тендецијата да истите се прилагодат на применливи модели на работа со кој било донатор. Она што се јавува како проблем е и фактот дека малкумина донатори знаат како соодветно треба да се одговори на растот на дигиталните комуникации и како да се стигне до нови актери во медиумскиот простор кои поседуваат вештини за поефикасна и поефективна употреба на новите технологии за разлика од постојните посредници или донатори. Истото, подразбира развивање на односи со неконвенционални и алтернативни актери, како што се на пример глобалните здруженија за трговија со весници. Втор проблем што е поврзан со однесувањето на донаторите е всушност нивната подготвеност да го прифатат ризикот, потточно потребно е да се применат лекции кои се јавуваат како успешни приказни во приватниот сектор, а се поврзани со концептите на претприемништво, иновации и преземање ризик.

Доколку сакаме да охрабриме нови одговори на новите предизвици коишто се појавуваат, потребна е поддршка и развој на едно ново размислување помеѓу граѓанските организации, развивање на нови форми на активност и свежи пристапи прилагодени на барањата во дигиталната ера. Единствено правило во светот на приватниот бизнис е она посветена на почетните бизнис- една третина на крајот успева, една третина паузира, а една третина трпи финансиска загуба. Според студијата на Американското здружение за мали бизниси, само две третини од сите почетни бизниси на малите бизниси преживуваат во првите две години, а помалку од половина го прават тоа до четири години.¹⁷ Доколку сакаме да ги рефлектираме овие концепти во

17 Достапно на: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/social-media-guidelines->

полето на донаторските практики во медиумскиот простор, треба да очекуваме и да толерираме слични стапки на неуспех кај проектите. Доколку финансирањето на заштитата на слободното изразување во медиумскиот простор во одредена земја- членка на ЕУ еродира, се поставува прашањето дали донаторските проекти навистина пропаднале? Во која мерка постојаното егзистирање на независниот глас на медиумите претставува белег на успех во некои средини? За жал, сеуште нема консензус за одговор на овие прашања.

Слично прашање се поставува и во однос на проблемот на одржливост. Согласно ставот на Управата за развојна соработка (ДАЦ) на ОЕЦД, одржливоста е онаа која се занимава со мерење на тоа дали користа од активностите веројатно ќе продолжи по повлекување на финансирањето на донаторот¹⁸. Додека посредниците и локалните партнери/ организации не ја препознаат важноста на коцептот на одржливост, истото доведува да голем број на програми не располагаат со никаква стратегија за идно финансирање на проектите или нивна долгорочна поддршка. Ова е причината зошто пристапот на политичката економија во оваа област е толку важен -каде што постои сериозен бран на локално спротивставување на нормите како битие на „западни“ наметнувања, што понатаму означува борба за одржување на проектите во согласност со целите на ЕУ.¹⁹

Разбирањето на улогата на медиумите во Интернет просторот не е едноставно прашање. Во вокабуларот на апстрактни термини, медиумите претставуваат простор во кој различните интереси на општеството може да се артикулираат, но освен тоа тие се доведуваат до неизбежен судир помеѓу самите актери. Со јазикот на социолошките термини, медиумите се јавуваат и во улога на структура и во улога на агенција. Покрај тоа носителите на различните интереси - политичарите, граѓанското општество, бизнисите - обично ќе се поврзат едни со други преку начинот на кој тие се застапени во медиумите.

За целите на поддршка на развојот и демократија - во суштина социјални цели - Европската унија и креаторите на политики на земјите-членки треба да се фокусираат на улогата на медиумите во

prosecuting-cases-involving-communications-sent-social-media (пристапено на 18.03.2020).

18 Достапно на: <http://www.oecd.org/dac/development-assistance-committee/> (пристапено на 20.03.2020).

19 Види Global Principles on National Security and the Right to Information, drafted by 17 NGOs and five academic centres, 12.06.2013.

конституирањето на јавната сфера на општеството. Ова вклучува размислување за тоа како тоа може да се поттикне потребата од негување на начин којшто ќе овозможи изразување на различни погледи. Под јавна сфера, се подразбира тој опсег на комуникациски места и медиуми, којшто овозможува на едно општество да ги гледа репрезентациите на себе. За да функционира правилно, јавната сфера мора да има слободен проток и пристап до информации, како и да биде овозможено ставовите на обичните граѓани да бидат сослушани. Клучното прашање за креаторите на политиките, а кое е поврзано со медиумите, е како да се создаде медиумска и комуникациска рамка и практика која може да ја одржи таквата јавна сфера низ широкиот опсег на општества, што подразбира наоѓање на начин како да се интегрираат дигиталните платформи и комуникациските решенија - мешавина на наследни медиуми и „нови“ медиуми.

Во пракса, во современиот свет, една здрава средина за комуникација ќе се карактеризира со низа различни технологии, offline и преку Интернет, чија интеракција создава клима која е најповолна за развој на демократијата. Во разгледувањето на видовите програми за медиумска поддршка, донаторите сè повеќе ја разгледуваат широката политичка околина во која тие интервенираат наместо само да ги применуваат нормативните претпоставки за управување. Овој пристап се обидува да разбере како моќта се остварува во едно општество, од кого и кои причини зависи промената на однесувањето на клучните актери. Овој пристап е познат како „анализа на политичката економија“, чија анализа разлика три нивоа. Првото ниво е структура -претставувајќи го историското наследство и културата на едно општество и историската сила и независност на граѓанското општество. Второто е институционално - ги опфаќа главните релевантни институции на општеството - извршна, законодавна и судска власт – нивното влијание врз медиумското опкружување. Третиот е агент-луѓето и групите чие однесување ќе ги обликува резултатите од кој било проект за развој, вклучително и „барање на страната“ (корисниците на медиуми, граѓаните како новинари) и „страна која е финансирана“ (медиумски институции и новинари).²⁰

Во последно време многу внимание се фокусираше на важноста на мобилниот интернет и социјални медиуми. Мобилниот интернет помага во унапредување на човековите права и капацитети преку обезбедување

20Види Council of Europe Conference of Ministers Responsible for Media and New Communication Services, A new motion of media? 29.05.2009.

на нови можности за граѓаните да споделуваат информации и идеи и да учествуваат во креирање на јавниот дијалог. Мобилните телефони овозможуваат непосредна и сеприсутна комуникација, а со тоа и зголемување на моќта на граѓаните како новинари. Мобилните телефони исто така помагаат да се премости дигиталниот јаз, посебно за луѓе кои немаат пристап до компјутери и фиксни мрежни врски.

Во моментот има шест милијарди претплати за мобилни телефони во светот - се очекува да оваа бројка да се искачи на девет милијарди до 2022 година. Пенетрацијата на мобилниот телефон е, во просек, 79% на глобално ниво (со 53% пенетрација во Африка).²¹ Телефоните не треба да бидат „паметни“ за да пристапат до Интернет. Овие трендови означуваат дека е веројатно да мобилниот телефон стане доминантна платформа за пристап до содржина за поголем дел од светското население. Сепак, доказите од различни проекти ширум светот покажуваат дека меѓусебното поврзување помеѓу мобилните телефони, Интернетот и другите комуникациски технологии, што во својата основа е трансформативно, овозможува развој на граѓанско новинарство и споделување информации од врсници до врсници, што доведува до се поголема демократизација на правото на слобода на изразување. На пример, платформите за граѓански медиуми, како што се SeenReport во Пакистан, им дозволува на луѓето да ги прикажат приказните и извештаите преку низа комуникациски платформи. Оваа платформа прифаќа извештаите преку СМС, ММС и е-пошта, автоматски да ги поставувате на Интернет и да ширите наслови преку Твитер и Фејсбук.²² Мобилниот телефон како алатка работи најдобро кога комбинира глас и податоци, дозволувајќи им на луѓето да имаат пристап до извештаите на граѓанското новинарство преку мобилен телефон. Другата предност на мобилниот телефон е неговата способност да собира информации од најразлични извори и можноста да создава информации. Мобилните телефони носат нова димензија- со додавање на гео просторниот капацитет којшто дава информации за локацијата на луѓето, овозможува овие податоци да бидат снимени. Способноста на луѓето да ги користат овие технологии зависи од голем број фактори: достапност на мобилен интернет, употребливост на хардвер и софтвер, дали луѓето имаат капацитет за создавање и пристап до релевантни

21 Достапно на : https://ec.europa.eu/europeaid/sites/devco/files/study-freedom-expression-communication-guide-201212_en_1.pdf (пристапено на 21.03.2020).

22 Достапно на: <http://sr.4androidapk.com/developer/seenreport-inc> (пристапено на 22.03.2020).

содржини, архитектурата на мобилниот интернет и упорноста на социјалната нееднаквост.

4.Заклучок

За разлика од останатите трудови, во рамките на овој, се обидувам заклучокот да го претставам преку препораките насочени кон ЕУ политиката за креирање и заштита на независниот медиумски простор, преку поддршка на финансирање на проектите од страна на донатори. Оттука, за постигнување на посакуваната цел, неопходно потребна е :

- ✓ Поддршка на проекти кои обезбедуваат технички решенија и развој на вештини и капацитети;
- ✓ Поддршка на реформите на пазарот кои поттикнуваат отворена конкуренција, соодветни регулаторни рамки партнерства со телекомуникациските компании со цел создавање инфраструктура заснована на човекови права.
- ✓ Поддршка за апликации со отворен извор и иновации, особено на оние коишто се водени од специфичните потреби на заедницата
- ✓ Поддршка на проекти кои адресираат нови дигитални проблеми, како што се новите корпоративни практики и регулаторната регулатива кои влијаат на развојот на медиумите и правото на слободно изразување во дигиталниот медиумски простор. Истите ќе вклучуваат ширење на посредничка одговорност и „приватизацијата“ на цензурата - државите кои ја зголемуваат индустријата да цензурираа легално или на друг начин - и употреба на други механизми во Интернет просторот за да се блокира пристапот до Интернет содржината.
- ✓ Поддршка за реформите во политиката и управувањето - преку промовирање расправа за нормативни вредности или испитување на најдобро регулаторно опкружување кое поддржува зголемен пристап.

Наведените поддршки исто така, ќе им помогнат на донаторите да споделуваат вештини и знаења во оваа област. Искушението кое постои и претстои е како да се финансираат најновите ефективни алатки, во време во кое алатките постојано се менуваат - тоа вушност се капацитетите на групите на граѓанското општество и политичката околина на која им е потребно негување. Бидејќи станува збор за област која се менува катадневно, за концизен заклучок може само да сведочиме.

ACCOMPLISHING THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION IN DIGITAL MEDIA THROUGH FINANCIAL AID BY DONATORS WITHIN THE EUROPEAN UNION

Abstract: *The digital age whose catalyst is the global human is facing a media landscape and the means of communication undergo a rapid and profound transformation. Successive communications and media technologies, starting with the telephone, radio and television have been evolving since the twentieth century. The Internet is the latest type of communication technology that has the power to transform the manner in which the right to freedom of expression will be accomplished.*

The right to freedom of expression has always rested upon public communication platforms in order to give greater emphasis to effectiveness. Emission media as mass media led to the formation of “mass societies” for the first time in human history - where millions of people could share experiences and events together and at the same time, creating new identities. The era of the emergence of the Internet has brought new challenges and opportunities with its own peculiarities. The explosion that the digital communications brought allows the citizens to engage in public debate on a level that is incomparable to any other level in human history.

The subject of this paper is the accomplishment of the right to freedom of expression in media and digital communications through financial aid by donators within the European Union. The initiatives for communication connected to the specific developing outcomes move along with the programs for media support and transparency within the EU diplomacy.²³

Key words: *right to freedom of expression, European Union, financial aid, donators, medium scope, programs for medium independence development.*

23 Види Livingstone S, Papaioannou T, M Mar Grandío Pérez and C Wijnen, Critical insights in European media literacy research and policy, Media Studies 3(6), 2012, стр.3-16.

ЗАЈАКНУВАЊЕТО НА МЕРКИТЕ ЗА ЗАШТИТА ОД СЕМЕЈНО НАСИЛСТВО КАКО ПРАВЕН ОДГОВОР НА ПРЕДИЗВИЦИТЕ ОД КОВИД 19

342.727:[316.774:004.738.5
Review paper

Айспиракѝ: Воведувањето на вонредната состојба како посебна уставно-правна категорија врз основа на одлуката за прогласување пандемија предизвика примена на низа мерки на ограничување на движењето на граѓаниите. Рескриптивните мерки за коронавирусот може да доведат до 20 проценти повеќе семејно насилство или повеќе од 15 милиони случаи на семејно насилство во светот бидејќи жртвите се затворени со своите насилници, објави Организацијата на обединетите нации, предупредувајќи дека пандемијата може да има „катастрофални последици“ за жените. Министерството за труд и социјална политика на нашата држава јавно ги охрабри сите жени кои се соочуваат со каква било форма на семејно насилство или насилство од својот партнер да пријават на 192, СОС линиите, во центриите за социјална работа или најблиската полициска станица. Истовремено невладиниот сектор веднаш побара воведување итни мерки за заштитата на жените и децата како жртви на семејно насилство. Овој труд ги истражува причините за зголемување на бројот на семејни насилства предизвикани од последиците на Ковид 19 и употребата од зајакнување на мерките за заштита и пристап до правдата на жртвите. Истовремено се дава препорака и мислење за спречување на масовноста на појавата на семејно насилство и паралелен прејман на жртвите и насилниците.

Клучни зборови: семејно насилство, рескриптивни мерки, мерки на заштита на жртвите на семејно насилство, спречување на семејно насилство, Ковид 19

Вовед

Светот е потресен од застрашувачкиот пораст на сите облици на семејно насилство, откако Светската здравствена организација прогласи пандемија од Ковид 19. Со одлука на Претседателот на државата на 18 март 2020 година е утврдена вонредна состојба во нашата држава, со која покрај засилените мерки за заштита на здравјето на населението, воведени се ограничувања на движењето на граѓаните. Нужноста од спречување на масовното ширење на вирусот заради опасност од заболување на голем број луѓе, наметна бројни ограничувања на човековите слободи и права, пред сè заради забраната за излегување од домовите во определени интервали. Владата донесе повеќе одлуки за забрана и посебен режим на движење на територијата на Република Северна Македонија („Сл. весник“ бр. 72/2020, 74/2020, 76/2020, 78/2020, 89/2020, 92/2020, 100/2020, 105/2020, 107/202) согласно со член 58 од Законот за заштита на населението од заразни болести.

Иако се донесоа 150 Уредби со законска сила, во периодот од воведувањето на вонредната состојба, не беше донесен сет мерки за заштита на најранливите жртви на семејно насилство – жените и децата. Единствено Министерството за труд и социјална политика упати известување до жртвите на родово базирано насилство и семејно насилство со тоа што наведе броеви за пријавување насилство.¹ Со почетокот на пандемијата, Организацијата на обединетите нации и Советот на Европа им сугерираше на државите воведување итни заштитни мерки заради очекуваниот пораст на семејно насилство, но нашата држава не вовеле ниту една итна мерка.²

Превенција од пораст на семејното насилство – приоритет на Советот на Европа

Рестриктивните мерки за коронавирусот може да доведат до 20 проценти повеќе семејно насилство или повеќе од 15 милиони случаи на семејно насилство во светот бидејќи жртвите се затворени со своите насилници, објави Организацијата на обединетите нации, предупредувајќи дека пандемијата може да има „катастрофални

1 МТСП: Известување за жртвите на семејно насилство, 2020, достапно на: https://mtsp.gov.mk/pocetna-ns_article-zrtvite-na-semejno-nasilstvo-covid19.nspх

2 Horrifying surge in domestic violence' against women amid coronavirus lockdowns, UN chief warns, 2020, достапно на: <https://www.euronews.com/2020/04/06/horrifying-surge-in-domestic-violence-against-women-amid-coronavirus-lockdowns-un-chief-w>

последници” за жените. Во време на пандемијата од Ковид 19, Комитетот на членките на Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и сузбивање насилство врз жените и насилство во семејството (Истанбулска конвенција), донесе декларација за примена на Конвенцијата за време на пандемијата. Анексот на декларацијата е објавен на 20 април 2020 година во Стразбур и дава предлози за акции и мерки кои може да се преземаат во текот на пандемијата во врска со одредени одредби од Истанбулската конвенција, а со цел заштита од насилство.³ Во него се потсетува дека принципите и барањата на Истанбулската конвенција даваат рамка за креирање и спроведување на мерките за рамноправност на жените и мажите и борба против насилство врз жените и насилство во семејствата. Мерките се применуваат во секој момент и добиваат дополнително значење во време на вонредната ситуација предизвикана со пандемијата на Ковид 19. Притоа се потенцира обврската на државите-членки на Истанбулската конвенција да дејствуваат со должно внимание во истражувањето, спречувањето и казнувањето, како и осигурувањето на репарација на делата на насилство, а во согласност со обврските од Европската конвенција за човекови права. Во неа се поздравува пристапот на оние држави кои бараат иновативни начини да ги приспособат своите институционални одговори во однос на насилството, во согласност со повикот на државите-членки да ги почитуваат обврските од Истанбулската конвенција. Истовремено се поттикнуваат на соработка и на размена на искуства членките на Конвенцијата и набљудувачите за да се насочат кон обезбедување на целосно почитување на принципите на Конвенцијата во гарантирањето на човековите права, во одбрана и спречување од овие облици на насилство.

Анексот ги предвидува можните акции и мерки за преземање во текот на Ковид 19 пандемијата. Така, се препорачува интегрирана политика и се менува Член 6 (родово чувствителни политики) и им се препорачува на државите да применуваат родова перспектива при креирање на стратегијата за борба против пандемијата, што подразбира потенцијално влијание на преземените мерки врз жените и девојчињата и нивната изложеност на ризици од различни облици на родово засновано насилство, како што е интимното партнерско насилство и насилство во семејството, прогонување, сексуално вознемирување,

3 DEKLARACIJA Komiteta članica Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja prema ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) o primjeni Konvencije tokom COVID-19 pandemije, достапно на: <file:///C:/Users/Ivica/Downloads/Istanbulska-konvencija.pdf>

присилување на брак и сексуално насилство, вклучувајќи и насилство во кое се користи технологија. Со измената на член 7, се препорачува државите да применуваат сеопфатни и координирани политики, да ги одржуваат и зајакнуваат меѓуинституционалните механизми на координација насочени кон сузбивање на насилството врз жените во текот на пандемијата. Им се препорачува на локалните органи на власта да ја утврдат вистинската состојба и потребите на жртвите, што ќе им послужи при проценката на нивоата на капацитетот на граѓанските организации како даватели на услуги и поддршка како и нужноста од зголемување на средствата потребни за помош. Во членовите 8 и 9 од Анексот им се препорачува на членките да ги разгледаат можностите на финансиските и човековите ресурси, вклучувајќи ги и невладините организации, како и разгледување на потребата од нивно зајакнување во согласност со ситуацијата. Во членот 11 од Анексот се предвидува собирање податоци, вклучувајќи и административни податоци, од специјализирани сервиси за поддршка. Таква поддршка е СОС телефонот за да се следат потребите на жртвите, што би дејствувало едукативно во насока на извлекување „лекција“ за некое идно слично дејствување.

Интересна е одредбата на чл. 19 која предвидува воведување посебен пристап кон информирање за достапните сервиси за поддршка и законските мерки, посебно на жртвите на насилство кои би биле во самоизолација или кои живеат со насилните партнери. За тоа се предвидува воведување на информативни кампањи за информирање на жртвите и овозможување нивен пристап до информации. Понатаму, во членовите 20, 22, 23 и 24 од Анексот се предвидува државите-членки да ја разгледаат потребата од преземање мерки за медиумски соопштенија за јавноста, телевизиски кампањи и кампањи преку радио-мрежите и социјалните мрежи, сè со цел да се заштитат сите жртви на насилство.

Причини за пандемија на семејно насилство во светот за време на здравствената криза од Ковид 19

Мерката за ограничување на движењето што голем број влади низ светот ја воведоа во своите држави со цел да се спречи ширењето на Ковид-19, предизвика дополнителен ризик за жртвите на семејно насилство. Карантинот ги принуди жртвите да бидат во постојан контакт со насилникот. По воведувањето на мерките за ограничено движење, во Франција е забележан пораст на семејното

насилство за повеќе од 30%, а француската влада објави дека ќе плаќа хотелско сместување за жртвите.⁴ Во Црна Гора е забележан пораст од 20% на случаите на семејно насилство. Шпанија и Грција воведоа кампања „Маска 19“ за борба против семејното насилство, со можност жртвите да побараат помош во аптека или посебен пункт во местата за пазарење.⁵ Во САД, 20 луѓе во една минута се физички нападнати од својот партнер. Пандемијата со Ковид 19 не ги погоди само посиромашните земји, туку значително ги ослабе системите за заштита од семејно насилство и на економски најмоќните држави, САД, Шпанија, Италија, Франција, Германија и Велика Британија. Во Кина, во првопогодената провинција Хубеј од епидемијата на вирусот, во февруари 2020 е забележано тројно зголемување на пријавеното семејно насилство.

Феноменот на семејно насилство иако сеприсутен, останува и натаму потиснуван, особено во настанатата здравствена криза, која предизвика и економска рецесија. Насилникот тежнее да воспостави контрола врз жртвата, која заради сплет на околности, најчесто е во состојба на зависност и немоќ. Причините за појава на семејното насилство имаат свои корени во патријархалното воспитување, кое наметнува подредена улога на жената,⁶ но следните четири причини директно влијаат врз неговото зголемување:

1. Социјалниот статус и материјалната состојба на семејната заедница битно влијаат на зголемувањето и намалувањето на семејното насилство. Досегашните научни истражувања од областа на семејното насилство потврдуваат дека социјалниот статус на семејните заедници е голема причина за појава и развој на семејното насилство. Исто така изразената сиромаштија директно влијае жртвите на семејното насилство подолго време да трпат своевидна тортура во своите семејства.⁷ Но, и средноимотните и

4 Со изолацијата поради Ковид-19, зголемено семејното насилство во Франција, 2020, достапно на: <https://www.brif.mk/so-izolaci-ata-poradi-kovid-19-zgolemeno-seme-noto-nasilstvo-vo-franci-a/>

5 Зголемен бројот на случаи на семејно насилство за време на карантинот во Грција, 2020, достапно на: <https://opserver.mk/balkan/zgolemen-brojot-na-sluchai-na-semejno-nasilstvo-za-vreme-na-karantinot-vo-grcija/>;

6 Груевска Дракулевска А., Семејно насилство во Република Македонија, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Скопје, 2013, стр. 25;

7 Slabbert I., Domestic violence and poverty: Some women's experiences, Research on Social work practice, Stellenbosch University, 2016, стр. 2;

имотните семејства, иако во помал број, не се имуни на семејно насилство.

2. Полот и образованието на жртвите на семејното насилство се причина за долготрајно трпење на семејно насилство. Расположливите научни истражувања потврдуваат дека лицата од женски пол се поранлива категорија, која во најчест број случаи заради својата физичка конституција, заради својата финансиска подреденост спрема насилникот, заради традиционалното наметнување на потчинетост во семејната заедница, заради опасноста насилството да се прошири и врз децата, во најголем број случаи свесно одбираат да трпат систематско семејно насилство, во сите негови појавни форми.⁸ Не се исклучени случаите во кои жртви на семејно насилство се и лица од машки пол, деца и повозрасни лица кои живеат во поширока семејна заедница со насилникот.
3. Неинформираноста на жртвите за законските средства за заштита битно придонесува семејното насилство да остане заробено зад вратите на домот.⁹ Иако во нашата држава има солиден законски корпус на норми за заштита од семејно насилство и бројни институции за пружање примарна и секундарна заштита на жртвите на семејното насилство, општа е перцепцијата на целокупната неефикасност на предвидениот систем за заштита.
4. Четврта причина е потребата за обезбедување потребна медицинска документација на жртвите на насилство зашто жртвите живеат изолиран живот зад четирите зида на својот дом, каде доминира, командува, сее страв и физички, психички и сексуално малтретира насилникот. Најчесто насилникот ги екскомуницира жртвите од нивните блиски роднини, особено од родителите ако ги имаат и кои евентуално би можеле да им пружат заштита. Најчесто жртвите се демнат и следат од насилникот, ним им се одзема или контролира мобилниот телефон, немаат право да комуницираат на социјалните мрежи, немаат право слободно да се движат, со цел да се лишат од правото на заштита кое можат да им го пружат

8 Agnihotri A. K., M. Agnihotri M., Jeebun N., Purwar B., Domestic violence against women – an international concern, Clinical knowledge, Mauritius, 2006, стр. 31;

9 Водич за привремени мерки за заштита од семејно насилство, 2015, достапно на: <https://www.pravdiko.mk/vodich-za-privremeni-merki-za-zashtita-od-semejno-nasilstvo/>;

институциите на системот. Чести се случаите кога жртвите имаат сознанија дека може да најдат заштита во Центрите за социјална заштита и МВР, но потребно е таа заштита да биде брза, трајна и ефикасна. За жал општа е перцепцијата на неефикасноста на мерките за заштита на жртвите на семејно насилство, што дополнително влијае насилниците да добијат поголема сила во извршувањето на насилството, кое со текот на времето станува сè побрутално, а на крајот може да заврши не само со психички рани, туку и со тешки физички повреди, а за жал некогаш има и смртен исход.

Податоците од секаде во светот потврдуваат дека заедно со кризата предизвикана од Ковид 19 настана пандемија на семејно насилство, особено врз жените и девојчињата како најранливи категории во секоја општествена криза. Зајакнувањето на мерките за спречување и заштита на жртвите на која упати Советот на Европа уште во април 2020 г. не беше доволен поттик за сите држави да преземат ефикасни мерки за превенција и осуда на семејното насилство.

Неефикасност на заштитните мерки за спречување семејно насилство во РСМ за време на пандемијата Ковид 19 и статистички податоци

И во нашата држава статистиката на МВР потврдува дека за еден месец пристигнале 49 пријави за семејно насилство, за разлика од минатата година кога биле регистрирани стотина случаи за цела година. Во евиденцијата на МВР стои дека во периодот од 10 март до 20 април 2020 година биле пријавени 5 кривични дела кои ги извршиле исто толку сторители. Жртви биле три жени и двајца мажи. Поднесени се и 42 поплаки против 33 мажи и девет жени. Овде жртви биле 18 мажи и 26 жени.¹⁰

Заради опасноста од пандемија на семејното насилство и Министерството за труд и социјална политика ја зголеми достапноста на сервисите за жртвите од насилство и упати на можноста за обраќање за помош до центрите за социјална работа и на бесплатните телефонски СОС-линии. Министерството за труд и социјална политика јавно ги охрабрува сите жени кои се соочуваат со каква било форма на семејно

¹⁰ Зголемен број на пријави за семејно насилство, 2020, достапно на: <https://sitel.com.mk/zgolemen-broj-na-prijavi-za-semejno-nasilstvo>;

насилство или насилство од својот партнер, да пријават на бројот 192, СОС- линиите, во центрите за социјална работа или најблиската полициска станица.¹¹ Институциите даваат највисок приоритет на пријавите на семејно насилство и ги преземаат сите мерки за заштита на жртвите. Ваквото постапување е во духот на препораките на Комитетот на членките на Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и сузбивање насилство врз жените и насилство во семејството (Истанбулска конвенција).

Но, резултатите од преземените мерки не се адекватен одговор на општеството ниту за спречување, ниту за кривично – правно и граѓанско правно санкционирање на семејните насилници.

Според официјалните податоци на Министерството за труд и социјална политика на РСМ за периодот од јануари до јуни 2018 година се евидентирани 620 жртви на семејно насилство, за периодот од јануари до јуни 2019 година се евидентирани 767 жртви на семејно насилство, а за периодот од јануари до јуни 2020 година се евидентирани 824 жртви на семејно насилство.¹² Очигледен е трендот на постојано зголемување на пријавените случаи на семејно насилство кај Министерството за труд и социјална политика во последните три години. Така во 2019 година пријавени се 147 случаи на семејно насилство повеќе од 2018 година што е зголемување за 23 %, а за истиот период во 2020 година е забележано зголемување за 57 пријавени случаи на семејно насилство повеќе отколку во 2019 година или зголемување за 7,6 %.

Министерство за труд и социјална политика	Жртви на семејно насилство		
	Јануари-јуни 2018	Јануари-јуни 2019	Јануари-јуни 2020
	620	767	824
Зголемување на бројот на жртви		23%	7,6%

11 Итни мерки за заштита на жените и децата жртви на семејно насилство во криза, 2020, достапно на: <http://www.glasprotivnasilstvo.org.mk/wp-content/uploads/2020/04/Itni-merki-za-zashtita-na-zhenite-i-detsata-zhrtvi-na-semejno-nasilstvo-vo-kriza.pdf>;

12 Одговор на барање од Министерство за труд и социјална политика, архивски број 14-6796/3 од датум 11.11.2020 година

Забраната за движење во време на полицискиот час не важеше за вработените во центрите за социјална помош. Тие можеа непречено да се движат и да им пружат помош на жртвите. Исто така и потенцијалните жртви можеа непречено да се движат за време на полицискиот час за да побараат помош. Жртвите најчесто остануваа во домот со своите злоставувачи. Кризата на сите нивоа на општествено-економскиот дискурс, останувањето без работа и без сигурен приход на голем број од насилниците, доведе до уште поголем и секојдневен притисок врз жртвите. Пред воведувањето на полицискиот час, во многу домови каде царуваше насилство, децата и жените имаа мир само кога насилниците беа отсутни од дома. Како што се намалуваше можноста за отсуство од домовите на насилниците, тие неминовно својата агресија ја зголемуваа врз жртвите кои, пак, стануваа уште понемоќни. Заради затвореноста во ист простор, жртвите ја изгубија можноста да бараат помош од соседи и други блиски луѓе, или да избегаат за да се спасат. Многу од жртвите останаа без мобилни телефони и интернет, а со тоа и без можност за контакт преку социјалните мрежи.

Со воведувањето на посебните рестриктивни мерки, престанаа да работат училиштата, институциите, рестораните и кафулињата, голем дел од вработените се упатија од дома да ги ивршуваат работните обврски, а беше одложено и издавањето упатни акти за издржување на казната затвор до септември 2020.

Одеднаш на едно место, принудно беа затворени семејните насилници со своите жртви. Повеќе од очекувано беше големото зголемување на насилни дела во семејството. Од друга страна, препораките за ограничување на движењето и забраните за излегување во временскиот период од 16.00 – 05.00 часот и целосната забрана за движење во текот на викендот на територијата на целата држава (петок од 16:00 часот до 05:00 часот во понеделник) и дополнителното ограничување на движењето на децата до 18 години (секој работен ден од 13:00 до 15:00 часот) придонесе за покачување на и така високата темна бројка на стрители на овој вид насилство.

Иако декларативно семејното насилство е недопустливо и во Кривичниот законик се воведени бројни кривични дела за негово санкционирање, се добива општ впечаток дека доследната примена на мерките предвидени во Законот за превенција и спречување семејно насилство може да дадат поголем резултат од кривично- правниот одговор и сетот кривично – правни заштитни мерки.

Досегашните научни истражувања потврдуваат дека привремените мерки за заштита од семејно насилство имаат

недоволна примена во практиката на нашите судови, најмногу заради фактот што жртвите не се доволно информирани за можноста од нивна примена. Најчесто се поднесувани од страна на Центрите за социјална работа, а не непосредно од жртвите. Причината за тоа е висината на судските трошоци, кои жртвите не се во можност да ги платат.¹³ Покрај тоа, мерките за заштита се неефикасни заради неажурното постапување на судските совети и одолговлекувањето на постапките, што на насилниците има дава повеќе простор да вршат притисок врз жртвите, тие да се откажуваат од предлозите за изрекување привремени мерки.

Најчесто семејното насилство не се пријавува, а доколку е пријавено може да доведе до исмејување и понижување на жртвата. Не постои соработка меѓу институциите на системот за заштита, па жртвите повторно го доживуваат насилството во друга, посилено изразена појавна форма.

Службените статистички податоци на МВР на РСМ за периодот од април до септември 2018, 2019 и 2020 година ја потврдуваат темната бројка на непријавени и непроцесуирани случаи на насилство во семејството. За разлика од бројот на пријавени случаи на семејно насилство кај Министерството за труд и социјална политика, кој бележи континуирано зголемување од 620 случаи во 2018 на 824 случаи во 2020, состојбата на пријавени случаи во МВР бележи обратен тренд на намалување.¹⁴ Така во периодот април-септември 2018 година, МВР на РСМ има евидентирано 509 случаи на сторители на кривични дела поврзани со семејно насилство. За истиот период во 2019 година во МВР се евидентирани 503 случаи, а во периодот од април 2020 г. до септември 2020 г. има 474 случаи на сторени кривични дела на семејно насилство.

13 Мерки на заштита од семејно насилство согласно новиот закон, 2014, достапно на: <https://www.pravdiko.mk/merki-na-zashtita-od-semejno-nasilstvo-soglasno-noviot-zakon/>;

14 Решение за одговор на барање за слободен пристап до бараната информација, рег. бр. 1612-1266/1 од датум 16.11.2020 година

КРИВИЧНИ ДЕЛА	ИЗВРШЕНИ КД	СТОРИТЕЛИ													Начин на извршување										
		ПОЛ		РОДНИНСКИ ВРСКИ										Под дејство			Со огнено оружје	Со ладно оружје	Со физичка лична сила	ОСТАНАТО					
		МАЖИ	ЖЕНИ	СОПРУГ	СОПРУГА	ДЕЦА		РОДИТЕЛИ			Лица во вонбрачна заедница	ОСТАНАТО	АЛКОХОЛ	ДРОГА	РАСПЛОУСТВО										
						СИН	КЕРКА	МАЈКА	ТАТКО	Поранешна сопруга						Поранешен сопруг					маж	жена			
Убиство - член 123 став 2	1	1												1										1	
Убиство во обид - член 123 став 2 в.в. член 19	2	2		1	1										1									2	
Телесна повреда -член 130 став 2	336	316	34	122	14	65	4	8	18	1	24	34		60	62	4	165						12	317	7
Тешка телесна повреда -член 131 став 2	13	14	1	2	7				1		2			3									1	9	3
Присилба-чл.139 ст.2	2	3		1										2											2
Загрозување на сигурноста - член144	155	152	6	54	31				12	1	12	16		32	16	2	78	2	17	93	43				
Противправно лишување од слобода - член 140 став 2																									
Обљуба со злоупотреба на положба - член 189 став 2																									
Посредување во вршење проституција -член191 став3																									
Детска проституција - член191 - а став 4																									
ВКУПНО	509	488	41	180	14	104	4	8	31	2	38	51	0	97	79	6	248	2	32	419	56				

За периодот од април до септември 2019 година во МВР се евидентирани 503 случаи на семејно насилство или за шест помалку случаи од претходната година.

КРИВИЧНИ ДЕЛА	ИЗВРШЕНИ КД	ЖРТВИ																							
		ПОЛ		РОДНИНСКИ ВРСКИ										Лица во вонбрачна заедница		ОСТАНАТО									
		МАЖИ	ЖЕНИ	СОПРУГ	СОПРУГА	ДЕЦА		РОДИТЕЛИ		Поранешна сопруга	Поранешен сопруг	маж	жена												
						СИН	КЕРКА	МАЈКА	ТАТКО																
Убиство - член 123 став 2	4	2	2	1	1			1	1																
Убиство во обид - член 123 став 2 в.в. член 19	1	1				1																			
Телесна повреда -член 130 став 2	317	58	278	6	140	13	12	39	25	12	4											25		60	
Тешка телесна повреда -член 131 став 2	13	4	9	1	3	1	0	1	2															5	
Присилба-чл.139 ст.2	1		2																					2	
Загрозување на сигурноста - член144 став 2	165	40	152	2	72	8	12	25	21	15	1											9		27	
Противправно лишување од слобода - член 140 став 2	2		2																			1		1	
Обљуба со злоупотреба на положба - член 189 став 2	0																								
Посредување во вршење проституција - член191 став3	0																								
Детска проституција - член191 - а став 4	0																								
ВКУПНО	503	105	445	10	216	23	24	66	49	27	5	0	35	95											

Според очекувањата на Организацијата на обединетите нации со настанувањето на кризата со Ковид 19 се предвидуваше пораст, а не

намалување на семејното насилство. Но, статистичките податоци на МВР на РСМ за истражуваниот период на корона кризата од април до септември 2020 година забележуваат пад на бројот на пријавени случаи на 474 или за 5,9 % од претходната година.

КРИВИЧНИ ДЕЛА	ИЗВРШЕНИ КД	ЖРТВИ													
		ПОЛ		РОДНИНСКИ ВРСКИ										ОСТАНАТ О	
		МАЖИ	ЖЕНИ	СОПРУГ	СОПРУГА	ДЕЦА		РОДИТЕЛИ		Поранешна сопруга	Поранешен сопруг	Лица во вонбрачна заедница			
						СИН	КЕРКА	МАЈКА	ТАТКО			М	Ж		
Убиство - член 123 став 2	2	1	1		1				1						
Убиство во обид - член 123 став 2 в.в. член 19	2		2					1							1
Телесна повреда - член 130 став 2	290	49	261	5	127	11	16	36	21	10	3		34	47	
Тешка телесна повреда - член 131 став 2	15	7	8		4	1		1	5	1				3	
Присилба - чл.139 ст.2	3	1	4		2	1	1						1	0	
Загрозување на сигурноста - член 144 став 2	152	46	122	5	54	10	8	24	21	16	0	1	5	24	
Противправно лишување од слобода - член 140 став 2	10	1	9		3	1	1	1						4	
Обљуба со злоупотреба на положба - член 189 став 2	0														
Посредување во вршење проституција - член 191 став 3	0														
Детска проституција - член 191 - а став 4	0														
ВКУПНО	474	105	407	10	191	24	26	63	48	27	3	1	40	79	

Невладиниот сектор преку Националната мрежа против насилство врз жените и семејното насилство до Владата на РСМ поднесе барање за изрекување итни мерки за заштита на жените и децата жртви на семејно насилство додека трае вонредната состојба.¹⁵ Но, освен известувањето на Министерството за труд и социјална политика, не беше донесена ниту една итна мерка или уредба за заштита на жртвите, чиј број секаде во светот се зголеми. Ваквите податоци сами за себе ја потврдуваат привидноста на намалувањето на пријавените случаи на семејно насилство во време на ковид кризата.

Доколку се изврши споредбена анализа со статистичките податоци од Министерството за труд и социјална политика каде е забележано зголемување на бројот на случаи на семејно насилство за време на корона кризата за 7,6%, со статистичките податоци од МВР

¹⁵ Преглед на преземени итни мерки и чекори за заштита на жените и децата жртви на семејно насилство од Владата и надлежните институции, 2020, достапно на: file:///C:/Users/Ivica/Downloads/Pregled-na-prezemeni-itni-merki-i-chekori-od-Vladata-i-nadlezhnite-institutsii.pdf

на РСМ каде има намалување на пријавените кривични дела за 5% , се потврдува дека системот за заштита и превенција на семејното насилство во нашата држава во текот на пандемијата со Ковид 19 значително затаи. Жртвите се чувствуваат позаштитени кај центрите за социјална работа и почесто барале помош, наместо да пријават во МВР. Ваквите заклучоци од извршеното истражување наметнуваат потреба од преземање итни мерки за зајакнување на мерките за заштита од семејно насилство во услови на криза.

Превенција и одговор на правната држава на предизвиците од Ковид 19 кризата и препораки за зајакнување на мерките за заштита од семејно насилство

Експертите наведуваат дека семејното насилство не може да се поврзе само со една нација, култура, раса, вера или друго општествено обележје, зашто има универзален карактер. Семејството е примарна заедница која има репродуктивна, воспитна, општествена и заштитна улога.¹⁶ Анализирањето на појавата на семејното насилство упатува на општ заклучок дека ниту во видовите насилство, ниту во интензитетот и динамиката, овој вид насилство не претставува изолирано или завршено дејствие. Суштински елемент на семејното насилство е повторување на чинот на насилството придружен со зголемување на интензитетот, динамиката и видовите. Најсериозниот проблем за семејното насилство е темната бројка на нерегистрирани случаи затоа што во голем дел од случаите жртвата, тој однос или тие дејствија, ги прифаќа во својот живот и упорно се соочува со нив, без особена поддршка од општеството или од правниот систем на државата. Непријавувањето на насилство во семејството повлекува неможност за негова превенција.

Иако меѓународната заедница ја потенцира потребата од зајакнување на мерките за заштита од семејно насилство, нашата држава не презеде реални чекори за намалување и превенција на семејното насилство. Потребен е не само правен одговор на предизвиците од Корона-кризата во однос на порастот на семејното насилство, туку еден сеопфатен интрадисциплинарен одговор на целото општество, за што како препораки издвојуваме:

Првата група се однесува на препораки во однос на третманот на жртвите на семејно насилство и на насилникот, бихејвористички терапии за реструктуирање на личноста, когнитивни терапии за

¹⁶ Ристов А., Мицковиќ Д., Семејно право, Стоби Трејд, Скопје, 2015, стр. 88;

подобрување на обрасците на мислењето за себе, тренинзи за емпатија, жртвите да научат да гледаат од гледна точка на насилникот и обратно, насилникот да се стави во улога на жртва и да спознае какви страдања предизвикуваат неговите дејствија. Секој насилник мора да сноси кривична одговорност, но и да се подложи на граѓанско-правна одговорност. Насилникот да се изолира од средината и да се отстрани од просторот кадешто престојува жртвата, а по потреба и да се лекува, ако за тоа постојат медицински индикации.

Втората група препораки е во однос на запознавање на жртвите на семејното насилство со правата и мерките за заштита, особено со можноста за привремени мерки за заштита од семејно насилство, што подразбира нивно образование, но и обучување и едуцирање за механизмите на заштита, за начините и формите на помагање на жртвите без никакви стереотипи и предрасуди, без разлика на општествениот статус, вклучувајќи ги и лицата со посебни потреби како поранливи жртви.

Третата група препораки се насочени во однос на дополнителната специјализација и обуки на судските совети, адвокатите и законските застапници на жртвите, како и воведување медиумски кампањи за информирање на целокупната јавност за проблемите на семејното насилство. Најдобрата превенција е спречување на појавата на семејно насилство.

Четвртата препорака во духот на зајакнување на човековите права предвидени во Истанбулската конвенција и Анексот донесен во време на пандемијата е дека би требало да се предвидат поголеми финансиски ресурси за поддржување на борбата против семејното насилство, развивање на меѓусекторска соработка на сите институции вклучени во овој процес и нивна тесна соработка со невладините организации кои единствено се присутни на терен. Исто така е потребно воведување еднократна парична помош на загрозените од семејно насилство заради зајакнување на можноста од физичко дистанцирање од насилникот.

Со зајакнатата финансиска поддршка ќе се изврши опременување на т.н. сигурни куќи за сместување на жртвите. Тие се во најтешка состојба во првите моменти после извршеното насилство, кога имаат потреба од поддршка, сигурност, разбирање и приватност и намалување на опасноста од непотребна виктимизација со водење излишни административни процедури.

Потребно е воведување попристапни СОС - линии и платформи на социјалните мрежи до потенцијалните жртви на семејно насилство и обука на телефонските советници во склад со медицинските правила

за заштита од Ковид 19.

Се потенцира и потребата од континуирана обука на професионалците, пред сè на социјалните работници и полициските службеници за брзо да препознаат скриени знаци на семејно злоставување и насилство и преземање ефикасни мерки за заштита на жртвите.

Abstract: *The state of emergency as a separate constitutional-legal category based on the decision to declare a pandemic triggered series of measures to restrict the movement of citizens. According to this “new normal”, consequently of Covid’s 19 restrictions could lead to 20 percent or more 15 million cases of domestic violence worldwide. Therefore the victims are locked up with their perpetrators. The United Nations has warned that the pandemic situation could lead to “catastrophic consequences” for women. The Ministry of labor and social policy of Republic of North Macedonia has publicly encouraged all women who face any form of domestic violence or violence from their partner to report to 192, SOS lines, social work centers or the nearest police station. In the meantime the non-governmental sector has called for introduction of more and urgent measures to protect women and children as victims of violence. This research paper examines the reasons for the increased number of domestic violence caused by the consequences of Covid 19 moreover the need to strengthen measures in order to protect and provide access to justice for the victims. However, recommendations and opinions are given in order to prevent the mass occurrence of domestic violence. Likewise to provide parallel treatment for the victims and the perpetrators.*

Keywords: *domestic violence, restrictive measures, measures to protect victims of domestic violence, prevention of domestic violence, Covid 19*

