



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2015**

***New Challenges in Regulation of the Legal
Relations in the Sense of the European Values***

2



IURIDICA PRIMA
Institute for Legal – Economic Research and
Education

International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2015

*New Challenges in Regulation of the Legal
Relations in the Sense of the European Values*

2



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education
Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

изразува

*голема благодарност на нашите ценети пријатели за
несебичната поддршка во организацијата на меѓународната
научна конференција -*

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО 2015

*„Новите предизвици во уредувањето на правните односи во
духот на Европските вредности“*

на:

*Нотарска комора на Република Македонија
Комора на Извршители на Република Македонија
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“
Правен Факултет „Јустинијан Први“*



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education
Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2015

*New Challenges in Regulation of the Legal Relations in
the Sense of the European Values*

Меѓународна научна конференција
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2015

*Новите предизвици во уредувањето на правните
односи во духот на Европските вредности*

2

14-17 мај 2015 Ohrid
14-17 мај 2015 Охрид

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA
OHRID SCHOOL OF LAW

Editor-in-Chief : Angel Ristov, PhD
Editor: Lazar Jovevski, PhD
Secretary: Dushan Bosiljanov, LL.M

International Editorial Board:

1. PhD, Vladimir Petrov, Faculty of Law “New Bulgarian University” Sofia, Faculty of Law University “Ss. Ss. Cyril and Methodius” Veliko Trnova, Republic of Bulgaria;
2. PhD, Kristian Takov, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
3. Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
4. PhD, Damjan Možina, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia;
5. PhD, Vesna Simović Zvicer, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
6. PhD, Draginja Vuksanović, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
7. PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia;
8. PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Niš, Republic of Serbia;
9. PhD, Slaviša Kovačević, Faculty of Law, University in Niš, Republic of Serbia;
10. PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina;
11. PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina;
12. PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia;
13. PhD, Angel Ristov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
14. PhD, Lazar Jovevski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
15. LL.M, Dushan Bosiljanov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО

Главен и одговорен уредник:

д-р Ангел Ристов

Уредник:

д-р Лазар Јовевски

Секретар:

м-р Душан Босиљанов

Меѓународен уредувачки одбор:

1. Д-р д-р Владимир Петров, Правен факултет „Нов Бугарски Универзитет“ Софија, Правен факултет Универзитет „Св. Св. Кирил и Методиј“ Велико Трново, Република Бугарија;
2. Д-р Кристијан Таков, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
3. Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
4. Д-р Дамјан Можина, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија;
5. Д-р Весна Симовиќ Звицер, Правен факултет Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
6. Д-р Драгиња Вуксановиќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
7. Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија;
8. Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
9. Д-р Славиша Ковачевиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
10. Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина;
11. Д-р Раденко Јотановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Македонија, Република Српска, Босна и Херцеговина;
12. Д-р Сања Гонцета, Колец на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска;
13. Д-р Ангел Ристов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија;
14. Д-р Лазар Јовевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје, Република Македонија;
15. М-р Душан Босиљанов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија.

ПОЛИТИЧКИ И УСТАВНИ ИДЕНТИТЕТ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

УДК: 32:342.4(4-672ЕУ

Original research paper

Апстракт

У раду се разматра преиспитивање природе политичког и уставног идентитета Европске уније и његов утицај на интегративни капацитет њених националних државица. Рад је структуриран тако да први део пропитује политичку и етатолошку природу Европске уније као специфичне *sui generis* заједнице. Други део рада разматра контроверзе у схватању и пројектовању њеног уставног идентитета у контексту плурализма идентитета. Трећи аспект овог рада бави се утицајем различитих регионалних, друштвених, националних, културних специфичности сваке чланице који обликује тенденцију европског универзализма политике и права. Четврти одељак рада истражује основне вредности Европске уније и њихову рефлексiju на националне политичке и правне системе.

Кључне речи: Европска унија, политички идентитет, уставни идентитет, вредности, партикуларне традиције, европски универзализам

1. Политички идентитет Европске уније

Теоријско-научни и појмовни идентитет Европске уније је споран и произилази из реалности трагања за њеним политичким и уставним идентитетом. Најважније питање које се поставља везано за државно-правни концепт Европске уније је сама природа такве заједнице у односу на класичне политичке концепте права и државности. После Римског царства, на европском тлу није забележена слична историјска односно територијална творевина. Наслеђе политичке и правне културе не познаје ни у емпиријско-историјском ни у значењском смислу сличну заједницу,

¹ Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Р. Србија

сем што се по селективним аналогијама може извести привидна или скривена сличност са појединим политичким и правним обележјима. Таква „заједница у настајању“ изазива дилеме, недоумице и конфузије за сваку чланицу а посебно за будуће чланице. Европска унија јесте реалност *sui generis* и има специфичан корпус карактеристичних црта које је разликују од било које историјски опредмећене заједнице народа.

Прво, она је велика и комплексна политичка заједница која обухвата велику територију и многе народе различитог економског, културног и традиционалног хабитуса, са тенденцијом даљег ширења. Друго, њена институционална еволуција одвијала се под доминантним утицајем њених оснивача, најразвијенијих и најмоћнијих земаља ове творевине, који су и обликовале институционални дизајн и начин њеног функционисања. Треће, она је сложена заједница заснована на консензусу националних политичких елита, односно елитарна је творевина која има јак бирократски апарат уз демократски дефицит у процесу одлучивања, могли бисмо рећи да је она „друштво држава“ односно друштво националних елита. Четврто, националне државе Европе које су је формирале и чине „интегративно језгро“ ове заједнице поседују рационалну традицију модерне државе са рационалним политичким искуством и традицијом владавине права и правне државе: рационално језгро у лику Немачке и Француске представља „локомотиву“ Европске уније. Пето, Европска унија је творевина која је настала на дефициту класичне државности под утицајем глобалних технолошких, економских и политичких токова и потребе наднационалног политичког дискурса. „Постнационална констелација“ међународних односа опредељује и глобални карактер европског пројекта интеграције (Хабермас, 2001:67-9). Шесто, процеси одлучивања и правне регулативе заснивају се на принципима плурализма и реализма којима се изражава сложена интересна структура њених чланица, а процес репрезентације интереса је комплексан консociјативни процес нормирања и обликовања јавних политика. Седмо, и као посебна карактеристика ЕУ, јесте њена дивергентна структура која се састоји од различитих националних и регионалних идентитета са различитим традиционалним наносима и оквирима. Осма специфичност односи се на њену недовршену природу. Наиме, она је у сталном процесу степеноване интеграције и федерализације која се репродукује контекстуално интересним дискурсом њених кључних актера.

Девето, критеријуми за чланство у ЕУ су се мењали, што је условљено са два доминантна разлога: један је критеријум диверсификације а други је интересно-геостратешки. Што се тиче прве одреднице критеријума, треба рећи је он постао значајан са извесношћу

чланства бивших комунистичких друштава које имају другачије и неповољније стартне позиције у погледу испуњавања услова јер им је другачија друштвено-економска, идеолошка и правна традиција у односу на земље западне Европе. Што је већа разлика у друштвеном, економском, политичком и правном смислу, и што су потенцијалне чланице неразвијеније, што су мање демократски консолидоване а више нестабилне, то су и критеријуми строжији, а потребно време хармонизације дуже.

Што се тиче другог разлога који је интересно-геостратешки, треба рећи да је Европска унија спустила условни праг чланства и селективно одредила њихов интегративни капацитет. То је посебно дошло до изражаја у случајевима Бугарске и Румуније, а најновије и интегративне кораке Украјине. Њихов привилеговани статус доминантно је одређен геостратешким, безбедносним и економским претензијама ка Истоку.

Не само услове за интеграцију у ЕУ, већ и укупну унутрашњу и спољну политику Европске уније одређују њене најразвијеније и најмоћније чланице. Неједнака дистрибуција моћи, утицаја и интереса њених чланица – то је битна карактеристика Европске уније. Не треба изгубити из вида да је, поред процеса придруживања, и само чланство у ЕУ условног карактера јер свака чланица мора континуирано одржавати предуслове, стандарде, мора се усаглашавати и у политичком и правном смислу. Свака дисфункционалност чланице претпоставља консесуални процес одлучивања и корекције према јединственој политици.

Десета и најзначајнија карактеристика јесте научни дисензус око њене правне и политичке природе. Чак и научници, а да не говоримо о политичким акерима, нису сагласни о природи ове политичке формације, јер се заиста се ради о творевини и појави без преседана која не личи ни на једну досадашњу правну и политичку категорију. Стога су правна и политичка наука суочене са новим типом политичке формације кога је не само тешко дефинисати на основу познатих концепата и категорија науке, већ му је тешко и наћи, односно изумети име са уобличеним појмовним значењем и јасним типолошким местом у класификацији политичких облика.

Ако се Европска унија одреди као компилација различитих политичких облика, онда је њена појмовна природа контрадикторна. Није чиста федерална творевина, без обзира што има политичке, а мање правне обресе федерализације и искључиве надлежности, јер су националне државе још значајан вето чинилац са надлежностима које нису типично федералне. Такође, можемо рећи да није ни чиста конфедерална творевина јер има елементе федерализма преко обавезујућег правног оквира, јединствене надлежности функција, карактеристично учесталих

федералистичких процеса и консесуалних одлука које су све чешће обавезујуће за чланице. Са друге стране, процес доношења одлука и правних оквира има више нивоа, од локалног, националног, међувладиног и наднационалног; њена надлежност је колико искључива, толико и подељена, компетитивна и комплементарна, дакле није дефинисана у познатим категоријама суверене надлежности или аутономно креиране децентрализоване аутономије функција.

Данас је снажно раширена арканска политичка пракса у којој се политички процес одвија иза институционалних кулиса. Што се тиче ЕУ, чини се да процес доношења политичких и правних одлука није транспарентан, па се стога данас све више говори о „скривеној политици“ која није манифестна и доступна валоризацији јавног мњења. Суочен са таквом природом заједнице, Б. Ковачевић политичке процесе Европске уније назива „скривени федерализам“ имајући у виду више њену политичку, арканску, а мање институционално-правну процедуру (Ковачевић, Б. 2013).

Што се тиче кованица „екстрадржава“, „супердржава“, „наддржава“, треба рећи да оне нису објективизоване конструкције, без обзира што сложена и контингентна природа Европе привидно наговештава такву категоризацију, без обзира што процеси ширења њених граница наговештавају територијалну конгломерацију, без обзира на то што је моћан субјект у међународним односима и што има империјалне глобалне претензије. Са друге стране, њена будућа, претпостављена функционална уобличеност и пун суверенитет само наговештавају њену супериорност и етатолошку надмоћност.

Државотворност Европске уније у класичном поимању суверености је значајно окрњена непостојањем јединствене европске правне и политичке културе, односно јединственог европског држављанског, грађанског идентитета. Систем идентификација њених становника још увек је примарно национални, обликован процесима националне и патриотске социјализације. Ступар сматра да је суштински дефицит Европске уније непостојање „европског грађанина“ (Ступар, 2006: 4). Ако се и траже обриси европског идентитета, он је изразито посредован националним институцијама, и делегативан националним репрезентативним елитама. Са друге стране, процес стварања европског идентитета је значајно омеђен отуђеним и далеким централним европским институцијама јер, што је више посредован однос између грађана и врховне институционалне власти, то је и идентитет мањи. Дакле, вишестепена вертикална институционална структура отежава процес идентификације грађана са централним европским институцијама власти и моћи.

Ако има у виду сам назив *Европска унија*, онда треба поћи од тога да досадашњи појам унија, без обзира да ли је у питању персонализован

или реални облик, у нормативном смислу далеко ужи, јер је у емпиријском облику Европска унија по опсегу далеко интегрисанија и чвршће структурирана творевина у односу на лабави савез класично суверених држава. Она личи на персонални савез националних елита, али по обухватности интегративних сфера она превазилази парцијалну и персоналну раван.

Реални културни, економски и политички процеси глобалне повезаности држава и народа својим емпиријским својствима надилазе класичне политичке и правне концепте и представљају научни изазов за стварање нових појмова или пак придавање другачијих и нових значења постојећим. Свака нова формација ствара неизвесност очекивања њених актера.

Стога бисмо, користећи се методским синдромом дескриптивних карактеристика, ЕУ могли дефинисати као мешовити правно-политички облик заједнице, хетерогену, комплексну, контингентну, постмодерну, геостратешку, мултикултуралну, глобалну творевину, елитарну консочијацију, са неједнаком дистрибуцијом политичке и економске моћи њених чланица, која функционише контекстуалним консензусом политичких елита. Може се дефинисати и као развојна заједница идентитетски различитих националних државица која је у процесу сталног тражења институционално-интегративног оквира, „недовршена заједница“ без дефинитивног, релативно трајног, кохерентног облика, са елементима различитих облика уређења, власти и режима. Као сурогат државне и политичке заједнице она нема довољно преовлађујућих и битних карактеристика својствених једном типу - моделу политичке формације, већ је контекстуално-ситуациона заједница у настајању која своју контрадикторну природу обезбеђује функционалним консензусом националних политичких елита. Дакле, рађа се, без обзира на њену полувековну историју, нови друштвени, институционални, идеолошки, територијални, процесно-развојни, правни и политички облик заједнице коме је тешко дати име и појам. Што процес стварања друштвене, институционалне, идентитетске структуре буде добијао значајније и јасније формативне и супстанцијалне контуре ове заједнице, то ће бити и мање апорија око њене појмовне природе.

Творевина са оваквим карактеристикама представља изазов за сваку потенцијалну чланицу а процес појединачне интеграције сваке потенцијалне чланице представља велики изазов у процесу усаглашавања друштвених система. Стога је когнитивни и институционални капацитет Србије у старту дефицитан, смањен а тиме и отежан, не само у процесу усаглашавања до пуноправног чланства, већ и смислу прилагођавања

Србије као будуће чланице, која ће у тој сложености и разнородности успети да изрази, репрезентује и оствари посебне сопствене националне интересе и интересе/потребе њених грађана.

Постјугословенске државице оптерећују традиционални премодерни легати, неизграђена државна структура, непостојање диференциране јавне одговорности, правне државе, ауторитарни карактер државе и права, партијско-елитистички, бирократски клијентелизам, економски неразвијено друштво и неконкуретна привреда, премодерне политичке и друге идентификације људи, полупериферни положај, неизграђена конкуритивна и плуралистичка структура друштва.

Проблематизујући противречност између српског друштва и европских императива интеграције, уз наведене спорове у науци око природе европског пројекта, овде ћемо се усмерити на оне фрагменте наше правне и политичке традиције који се односе на ауторитарност права, правни дисконтинуитет, питање применљивости права и динстинтивне карактеристике српског друштва.

2. Уставни идентитет Европске уније

Контроверзе о природи политичке заједнице обеснажују и формирање уставног идентитета, пошто је питање устава и правне природе заједнице условљено базичним интересним и вредностним консензусом њених чланица, односно актера. Овде се поставља питање колики је правнорегулативни капацитет такве врсте сложене заједнице да створи уставни оквир обзиром на интересну конгломерацију њених чланица и вредностни плурализам партикуларних националних друштава. Треба имати у виду неколико важних полазишта: прво, свака контроверза политичког карактера утиче и на контроверзе уставне профилације, јер кохерентност и интегрисаност заједнице опредељује односно одражава и кохерентност и формат уставне норме; друго, државе, чланице Европске уније, имају различите правне и уставне традиције, посебно бивше социјалистичке земље, било да су чланице, било да су кандидати; треће, процес стварања права односно пре свега базичне норме у лику устава, је далеко сложенији и дужи у односу на праксу појединачних држава чланица; четврто, процес стварања права па и устава подразумева дивергентан преднормативни процес који с једне стране претпоставља једнакост суверених актера а са друге стране, он је обележен неједнаком фактичком моћи учесника. Тај сусрет једнаких права чланица и неједнаке моћи чланица има две последице: прва је мала извесност правичних

правних одлука и друга неједнака нормативна инклузија суверених актера нормативног процеса.

Претпоставке јединствене европске уставности леже како у нормативном тако и у ваннормативном оквиру. У оквиру ваннормативног или преднормативног оквира, посебно налазим и проблематизујем најпре, питање заједничког европског грађанског идентитета а онда и питање минималног заједничког именитеља (садржаја) интеграције.

(а) Заједнички европски грађански идентитет подразумева свест о заједништву односно осећај припадности јединственој заједници и идентификација са централним референцијалним симболима и основним институцијама такве заједнице. Снага националних идентитета онемогућава формирање наднационалног европског идентитета. За нови европски идентитет је потребно време које ће обележити европску социјализацију националних друштава: нема европског политичког система без јединствене европске политичке културе.

(б) Становиште материјалних извора европске уставности односи се на ниво друштвене, интеересне, културне, идеолошке односно политичке хомогености и интегративне свести грађана. Вредностни и интересни консензус обезбеђује базичну хомогеност. Неспорна интегративна основа будућег европског друштва је предуслов за регулацију друштвених конфликта. Степен различитости односно неједнакости пре свега културне и економске представља бедем за потребан и довољан степен хомогености, интегрисаности и осећаја европског заједништва.

Што се тиче нормативних претпоставки устава Европске Уније проблематизују два питања: прво је питање везано за линију универзалнос-партикуларност основне норме, а друго питање је смештено у категорију херменеутике и социологије устава.

(а) Увођење у анализу бинума универзално-партикуларно наводи нас на два појмовна конструкта: један је партикуларни универзализам а други универзални партикуларизам. Имајући у виду садашње стање Европске уније можемо устврдити појаву правног партикуларног универзализма који се изражава у покушају наметања партикуларних нормативних оквира најмоћнијих чланица који треба да има опште важење за све њене чланице. Наведено стање добрим делом је узроковано вредностним и интересним друштвеним дисензусом националних европских актера. Са друге стране, уставни и правни универзални партикуларизам представља општи, заједнички и јединствен нормативни систем који ће бити применљив на посебне и партикуларне друштвене процесе. Стога је и извесност доктрине уставног универзалног

партикуларизма могућа тек у условима вредностне, интересне и идентитетске интеграције европског друштва.

(б) Партикуларни уставни плурализам европских националних држава створио је различите праксе не само тумачења основних уставних норми него и значаја уставне конституције друштва. (Ковачевић, 2014: 302-6). Наиме, ради се о партикуларној уставној култури која се, с једне стране, изражава посебно у херменеутичком смислу различитог значења и тумачења уставно-правних норми, а са друге стране у социолошко-правном смислу, начину стварања и степену примене таквих норми. Партикуларни уставни плурализам резултат је различитих традиционалних и друштвених околности држава које сачињавају унију европских нарада и нација.

Са становишта реалних односа унутар Европске уније, партикуларизам националних друштава и дисензус око основа чвршће интеграције представљају негативну детерминанту европског политичког система. Са становишта могућности и визија, извесност Европске уније претпоставља стварање јединствене европске грађанске политичке и уставне културе која би створила функционалну заједницу удружених европских народа.

3. Извесност балканских европских интеграција

Уставна историја посткомунистичких, транзиционих држава, а посебно балканских карактерише постојање устава без уставне и правне државе, односно инструментална моноидеолошка редуција значења устава. То је и основно полазиште за преиспитивање емпиријске социјалистичке односно транзиционе уставности, с једне стране, и недостатак за конструкцију интегралног појма устава као европске уставне културе, са друге стране.

Посткомунистички балкански простор карактерише непостојање уставне културе, односно деловање најразличитијих субјеката друштва према духу конституционализма и околности које су супротне идеји и духу конституционализма. Устави настају и опстају у одређеним традиционалним, културним, економским, међународним условима и околностима. Другим речима, уставне норме су примењене и применљиве и испуњавају своје различите улоге и функције ако и само ако их подржава низ других културних, политичких, економских, традиционалних, друштвених и ситуационих услова. Стога, стварна претпоставка ефективности устава је либерално демократска политичка

култура друштва. Дакле, устави су истовремено производи политичке и правне културе колико су и њихов нормативни творац. Отуда велики број „написаних“ либерално демократских устава у посткомунистичким системима. Норме, које прописују индивидуална права и политичко такмичење, поделу власти и политички плурализам, постале су претежно безначајне у друштвима са дубоко укоревеном антилибералном, популистичком традицијом, са колективистичким вредностима и праксом манипулесања појмовима и интересима друштва.

Иако уставна норма има обавезујуће дејство, она је у социал-комунистичким системима често имала политички, идеолошки, односно декларативни и апстрактни карактер, не испуњавајући примарну функцију устава (Димитријевић, 2007:72). Посебно је својствена формална апстрактност правних норми које немају реалну могућност примене. Принудни карактер норми имао је изразито селективни циљ санкционисања тзв. антисоцијалистичкох ставова и понашања, онда кад је то одговарало стабилности једнопартијске воље или бирократизоване моћи, а у транзиционом периоду као санкционисање или квази-криминализацију политичких противника. Стога је устав имао искључиво инструменталну функцију увећања моћи и власти партијског врха.

Овако практикована примарна норма произилазила је из природе и карактера тоталитарне идеологије комунистичког режима, која је колонизовала не само уставни и правни систем, него и читав комплекс мишљења, ставова и понашања која се односе на различите области друштва (Rodin, 2005:16-7). Уместо да ограничава власт и моћ, перцепција устава је имала квази-логику подређености устава и његовог самовољног тумачења и практикована. Овакво уставно наслеђе снагом инерције протегло се и транзициони период консолидације демократије.

Проучавања и истраживања у балканским земљама показује да њихова правна култура била поданичка, популистичка, инспирисана ригидно схваћеним раније класним а данас националним интересом, без разумевања улоге и значаја устава у друштву. Суморни процеси консолидације демократије одигравају се у околностима заборављених, изгубљених или непознатих (нанаучених) значења цивилизацијских норми и вредности. Процеси политичке и правне индоктринације обесмислили су садржај политичког живота и крајње редуковали процес тумачења демократских идеја, принципа и праксе. Моноидеолошка норма имала је статус заповести и наређења.

Балкански регион није стабилизован а односи унутар балканских постјугословенских државица носе терет конфликтног распада државе и нерешених билатералних односа.

4. Политички и уставни оквир основних вредности Европске уније

Европска унија је примарно опредељена према универзалним вредностима. Али, као и у случају националних држава, ове вредности колико год да имају своје емпиријско важење, оне су ипак више нормативног и декларативног карактера, више су резултат идеолошких и политичких визија њених народа и представника народа (Weuker, 1999: 179-181). Питање вредносног утемељења Европске уније је питање јединствене политичке културе како на нивоу европских народа тако и на нивоу европских елита. Имплементација ових вредности директно је условљена и одређена степеном културне и вредностне унификације европског простора.

Посебан пример вредностне инконгруенције присутан је транзиционим европским земљама. Транзиционе реформе које воде у правцу европских интеграција морају да уживају висок степен вредносног консензуса, што је опет могуће само ако су вредности на којима се заснивају дубоко укорене у преовлађујућем моделу политичке културе и само ако постоји адекватан оквир друштвених, економских, културних политичких и других неопходних могућности.

Евидентан је дисензус око тумачења основних вредности на постјугословенском простору, посебно на значења и тумачења појмова једнакости и слободе. Принцип једнакости се у комунизму, са протезањем на транзициони период, схвата се и разуме као аритметичка једнакост односно као формула да су сви једнаки у свему и као једнакост социјалних исхода. Дакле, она је пре свега практикована као доктрина егалитарне социјалне једнакости. Али, идеја једнакости има три значења од којих се прво значење односи на правну једнакост, која је у социјалкомунистичком али и транзиционом друштву значајно нарушена у корист привилегованих слојева друштва. Друго значење се односи на формулу пропорционалне једнакости да једнаке ствари треба третирати једнако а неједнаке ствари неједнако односно да сваком припада сразмерно доприносу, при чему постоји доњи социјални односно правични праг егзистенцијалног достојанства. Треће значење једнакости односи се на једнаке друштвене могућности. Ово значење подразумева постојање традиционалних, културних, економских односно материјалних, политичких и правних могућности за стварно практиковање једнакости. На пример, низак материјални положај односно стандард грађана онемогућава реализацију једнаког право на стамбено обезбеђење. На другој страни,

колективистички антилиберални образац који превладава свешћу људи омета разумевање индивидуалног концепта људских права и слобода.

Право на слободу, у најширем смислу схваћено као тековина либералне традиције, у пракси посткомунизма деформисано је као дифузна, меланхолична, непродуктивна слобода. Она је такође схваћена и примењена као слобода без граница у односу на права и слободе других људи, односно као слобода без одговорности.

Право на својину је обесмишљено инерцијом државне односно друштвене својине али и негативне праксе транзиционе приватизације. Концепт „лимитирања материјалног добра“ био је доминантан и владајући модел који је опредељиван (усађиван) деценијама у свест многих генерација. Економска култура односно култура тржишне економије је велика непознаница и значајно отежава рационализацију економске свести. Такође, стицање материјалних добара у поскомунизму је остало крајње неуређено са доминантном праксом стихијне и криминализоване приватизације, брзог богаћења под покровитељством корумпираних политичких елита. Негативно искуство промене својинског облика створило негативну представу грађана о приватној својини и регрегацију на пређашње својинске облике.

5. Закључак

Политички и уставни идентитет Европске уније је хетероген, дуалан, противречан и комплексан. *Хетерогеност* се изражава као различитост чак и супротност националних друштава, посебно између тзв. ужег и ширег језгра Европске уније. *Дуализам* европског простора је видљив као: напетост између националног и европског идентитета; као идеолошки дуализам либерализма и социјалдемократије и као геостратешки дуализам спољне политике. *Противречан* карактер европског идентитета изражава се као напетост и супротност између дуалних и хетерогених аспирација европских актера везаних за функционално уређење Европске уније. Комплексност европског политичког и уставног идентитета изражава се у сложености и контингентности заједнице европских народа.

Заједнички идентитет европског устава претпоставља претходни друштвени, политички, интересни и вредностни консензус њених чланица у погледу већег степена интеграције а нарочито заједнички европски грађански идентитет без кога нема јединствоог и применљивог уставног оквира као фактора унификације европских друштава.

Литература

Dimitrijevic, N. (2007) *Ustavna demokratija shvacena kontekstualno*, Фабрика књига, Едиција реч, Београд

Habermas, J. (2001) *Postnational Constellation. Political Essays* (Cambridge: Polity Press,).

Joseph Weiler. (1999) *The Constitution of Europe* (Cambridge: Cambridge University Press.

Ковачевић, В. (2013). *Скривени федерализам*, Београд, Албатрос Плус.

Kovacevic, S. (2014). *Reflections on Constitutional Culture of Transitional Societies*, Iustinianus Primus Law Review, No 9.

Родин, С. (2005). *Дискурс и ауторитарност у европској и посткомунистичкој правној култури*, Политичка мисао, br. 3, str. 41-64.

Ступар, М. (2006). *Појам европског грађанина*, Филозофија и друштво, str. 3, стр. 9-27.

Д-р Тони Ѓоргиев¹
м-р Гоце Стоиловски²

ПРОБЛЕМИ НА РЕГУЛИРАЊЕ НА ПРЕТРЕСОТ КАКО ДОКАЗНА МЕРКА

УДК: 343.121
Original research paper

Апстракт

Претресот е една од најстарите истражни мерки и претставува класична постапна работа на ограничување на уставното право на неповредливост на домот наменета на легитимните цели на јавното казнување. По својата цел наликува на некои други мерки за пронаоѓање на докази и податоци кои ги спроведуваат државните тела, овластувања на полицијата во превентивни цели (како на пример: преглед, рација, блокада, криминалистички преглед и други) но, од нив значајно се разликува по интензитетот затоа што во правниот поредок поинтензивно се регулира со посебни заштитни форми и подлегнува на посебен режим на спроведување. Предмет на истражување во трудот ќе бидат најважните проблеми на регулирање на претресот како доказна мерка.

Клучни зборови: претрес, дом, докази, регулиране.

¹ Доцент на Универзитет „Гоце Делчев“ Штип,

² Соработник на Воена академија „Генерал Михаило Апостолски“ Скопје

Вовед

Посебен осврт ќе биде направен на анализата за правните прашања за претпоставките за издавање на судска наредба за законските основи на претресот без наредба, како и за процедурата на претресот. Исто така ќе бидат анализирани условите за преземање на претрес без наредба, кој преставува најспорен момент во основното право на граѓаните на неповредливост на домот и кој бара рестриктивно толкување на законските поими.

Претресот на дом е интензивно правно нормирана работа. При нормирањето на правните основи врз основа на кој може да се издаде налог, прецизирани се и услови по кој телата на казниот процес мораат да се израмнат при вршењето на претресот.

Претресот, односно резултатите од претресот се валидни, кога се исполнети сите пропишани услови според законот, како и кога постои валидна правна основа. Се бара кумулативно исполнување на сите законски одредени услови и постоење на правни основи. Условите пропишани може да се поделат на оние каде е дозволено отстапување и на оние каде тоа не е дозволено. Непостапување во согласност со условите каде не е дозволено отстапување повлекува со себе невалиден записник и други докази собрани преку истрагата. Услови каде е дозволено отстапување од редовните форми не повлекуваат со себе невалидни записници и други докази собрани преку истрага и ако тоа непостапување е условувано од ситуации кои се предвидени со самиот закон. Доколку отстапувањето е настанато од некои други причини тогаш и во тие случаи судот треба да ги отфрли така собраните докази и записници од претресите на дом.

ЗКП на РМ пропишува дека: налогот за претрес пред почетокот на претресот се предава на личноста, кај која или на која ќе се изврши претресот; пред почеток на претресот на личноста за која се однесува налогот ќе се повика доброволно да ја предаде личноста, односно предметите кои се бараат; претресот се врши денски. Кога претресот се врши во воени објекти налогот за претрес се доставува до воените власти кои одредуваат најмалку една личност да биде присутна при претресот. Во претресот има право да биде присутен станар или неговиот бранител адвокат; при претресот треба да бидат присутни два полнолетни граѓани како сведоци.

Претресите кои се вршат во просториите на државните тела и установи се повикува нивен претставник да биде присутен, се врши внимателно, да не се наруши куќниот ред и мир се составува записник која

го потпишува личноста кај која или на кој ќе се изврши претресот или личноста која е задолжена да присуствува. Одземените предмети се опишуваат во записникот и за нив се издава потврда за привремено одземање на предмети. Пред почетокот на претресот на личноста кај која ќе се врши претресот се предава наредба за претрес, а после тоа истата се подучува на правото на бранител и се повикува доброволно да ја врати личноста или предметите.

За отстапување од вака пропишани форми во постапката се предвидува три причини: кога се претпоставува вооружен отпор; кога е потребно под сомнение за тешки казнени дела кои ги направила група или терористичка организација, претресот да се изврши изненадувачки; кога претресот треба да се изврши во јавни простории. Пасивниот отпор е најчест и најзначаен за успешно извршување на претресот и треба да се поврзе со потребата претресот да се изврши изненадувачки, ама и тука законодавецот дава ограничувања само на криминалноста на организираните групи или организации како и на оние кои се поврзани со странство. Кај редица казнени дела за успешноста на истрагата е важно ненадејното влегување во домот. Во практиката овој проблем е еден од попознатите, па записниците за претресот и други докази не се отфрлаат ни во оние случаи кога тие не се опфатени во наведените законски отстапки. Законодавецот требало да предвиди можност за отстапување од пропишаните процедури пред претресот во сите криминалистички индицирани случаи односно постоење опасност за оневозможување успешност за претресот.

Вршењето на претресот во јавни простории е трета причина за отстапување од редовната процедура. Јавните простории се сите оние на кои е дозволен пристап на индивидуално неодреден број на личности и треба да се разликува од јавните простори како што се парковите, улиците и сл. Во јавни простории спаѓаат: кина, продавници, угостителски објекти, вагони, автобуски и железнички чекалници и сл. Во такви простории не спаѓаат просториите на државните тела, претседателските кабинети и резиденции, здруженијата и слично.³ Кога постои опасност дека предметите и/или трагите ќе бидат уништени или бараната личност ќе избега тогаш се дејствува односно претресот се спроведува изненадно, а доколку нема опасност за успех на претресот треба да се постапи по редовната процедура.

Пропишување на наведените процедури има своја цел која првенствено е насочена на заштитата на правните сигурности на граѓаните

³ Неодреденоста на бројот на личности како и повеќето јавни простори се причина од редовните процедури, а неговото почитување може да влијае на успехот на претресот.

во случај кога телата на државниот прогон преземаат одредени активности за заштита и спроведување на законите. Предавањето на писмената наредба на граѓанинот значи дека информацијата против него се презема како легална работа наложена од суд, како и причината и обемот на преземање на работата.⁴ Повикување на личноста кај која ќе се изврши претресот доброволно да го предаде бараниот предмет или личност има за цел да го отстрани извршувањето на претресот. Кон претресот може да се пристапи доколку се сомнева дека се вработени сите предмети, т.е. можноста дека постојат уште траги или предмети кои можат да послужат како доказ во казниот процес. Повикувањето на личноста доброволно да го врати бараниот предмет и личност можеме да го сфатиме како можност за прибирање на докази од личноста кај која претресот треба да се изврши. Телото на казниот прогон, во овој случај полицијата, не смее ваквата законска одредба да ја сфати како некој спроведен пропис, туку како прилика да собере што повеќе корисни информации за делото и сторителот. Законот точно го одредил распоредот на одредени работи кај извршувањето на претресот на дом и лица.⁵

1. Претрес со наредба

Претресот со наредба е правило. Наредбата за претрес се дефинира како: писмена заповед издадена од овластено судско тело во име на граѓаните/народот, насочена кон службена личност на полицијата на која се наредува истражување со цел да се пронајде лице или предмет/доказ со нивно заплenuвање и донесување во истото судско тело кое ја издало наредбата за претрес. Наредбата за претрес ја издава судот без сослушување на спротивната страна, образложено од полицискиот службеник и тоа мора да биде вистинито. Ако полицискиот службеник свесно лаже, прави казнено дело—клевета, а ако тоа се открие откако биде издадена наредбата доказите кои се собрани нема да се земат во предвид при донесувањето на судската одлука.⁶

Наредбата содржи детален опис на предметите, како на пример украдени предмети или просечен материјал, трговска роба и слично. Предметите кои можат детално да се опишат треба да бидат така опишани

⁴ Право на бранител постои и кога не е дадено предупредување на право на бранител.

⁵ При тоа некои од тие работи се исти и за претрес на стан и претрес на лица, па ќе бидат изложени во рамките на заедничките правила, додека посебните одредби се однесуваат на секоја поединечно.

⁶ Наредбата која е издадена од судот мора да содржи детален опис на просторот кој треба да се пребара, предмети или личноста која се бара.

со што описот ќе ги содржи сите описни ситуации, како што се боја, тежина, големина, сериска ознака или фабрички број, како и сите други расположливи податоци. Наредбите за претрес по содржина може да се разликуваат во одредени држави, но во основа повеќето од нив содржат: податоци за судот што ја издава наредбата; детален опис за локацијата или личноста која треба да се бара; детален опис на предметите кои треба да се пронајдат и одземат; причини за втемелено сомневање; податоци (име и презиме со функцијата која ја носи) за службеникот на полицијата кој ќе ја врши наредбата за претрес со податоци за личноста кај која ќе се врши претресот и податоци за местото каде ќе се врши претресот; времето кога наредбата може да се изврши; податоци за судскиот службеник на кого треба да му се дадат извештаите за претресот, а ако наредбата не е искористена и таа наредба; дата на издавање на наредбата, име и презиме на судијата и негов потпис.

Наредбата за претрес ја извршува полицаец или група на полицајци.

Кога во наредбата не е одреден рок за извршување, наредбата за претрес мора да се изврши во реален рок од времето на донесување. Реален рок се проценува за секој конкретен случај а врз основа на доказите и околностите кои постоеле во тој конкретен случај. Налогот се извршува денски, но во времето што полицајците ќе го одредат за најповолно. Оценката за најповолно време зависи од оценката на полицијата, а со тоа и целта за постигнување резултат во претресот и заштита на самите нив од напад на оние кај кои се пребарува. Претресите навечер се дозволени со исклучоци.⁷ Иако наредбата за претрес не дозволува претрес навечер, извршувањето кое почнало денски може да се продолжи, ако е реално продолжувањето за извршувањето на наредбата за претрес. Доколку условите бараат вршење на претрес навечер, за тоа мора да се добие одобрување во наредбата за претрес.

Претресите во текот на ноќта понекогаш се важни, а судовите обично ги одобруваат кога се во прашање претреси насочени против организираниот криминал, криминал поврзан за илегално продавање дрога, кај криминал кој брзо ги менува местата на украдената стока и слично. Кога полицијата ќе ги пронајде предметите опишани во наредбата веќе нема овластување за претрес. Кога ќе се заврши претресот потребно е

⁷ Во случајот Џонс против САД (1958 357 У.С. 493, 498, 78 С.цт 1253, 1257, 2 л.ед 1514, 1519) судот во таквите ноќни истраги изјавил „тешко е да се замисли голема инвазија на приватноста со влегувањето во приватен стан во текот на ноќта“ во случајот САД против Јосеф (278 ф.2д 504 1960) судот го дефинира денот (денско време) како време во кое светлото е природно овозможување на успешно разликување на луѓето, а спротивното во ноќното време.

да се изврши попис на одземените предмети, како и копија која ќе се предаде личноста кај која е вршен претресот.⁸ Сепак постои доказ дека овие посебни овластувања се употребуваат помалку сега кога полицијата има општо овластување да добие наредба за претрес.

Полицискиот службеник може да бара наредба за претрес доколку постои основано верување дека постои материјал во просториите кој е поврзан со извршување на сериозен прекршок и кој најверојатно ќе биде од суштинска вредност за претресот и прифатлив како доказ во судот, и дека тој материјал е единствено средство за добивање доказ. Со други зборови, во случај кога ќе биде неизбежно да се добие влез без наредба за претрес.⁹ Исто така ќе вклучува и околности кога не ќе смее да биде контактиран никој кој има овластување да одобри пристап до просториите или до бараниот материјал за тие простории или кога барањето за влез во просториите е веќе одбиено. Од ова следува дека наредбата за претрес не треба да биде издадена доколку може да се одобри влез преку барање од овластено лице.

2. Претрес без наредба

Во однос на претходните истражни работи, претресот на стан и лица без наредба за претрес претставува исклучок и во поглед и на материјално формалните услови. Нив можат да ги извршат лица на органите за внатрешни работи, во посебни околности кои главно се однесуваат на сторителите на кривични дела и доказите.¹⁰

Поаѓајќи од начелната недоверба кон полицијата и другите органи со посебни овластувања, нашиот уставотворец бил премногу строг во барањето од чл. 26 на Уставот на РМ за постоење на наредба за претрес од страна на суд како орган кој се зема како единствен гарант за почитувањето на приватноста. Ова е битно порестриктивен став од оној на стариот сојузен ЗКП кој предвидуваше претрес без наредба при постоење

⁸ Доколку во просторот во кој се пребарува немало никој, тогаш пописот се остава во просторијата на видно место.

⁹ Ова ќе вклучува случаи во кои причината за претрес може да биде прејудицирана доколку полицијата не оствари непосреден влез.

¹⁰ За претрес на стан и лица без наредба важи само една заедничка одредба која се однесува на должноста на овластеното службено лице од органите за внатрешни работи дека за таков претрес кој е извршен потребно е веднаш да се поднесе извештај до истражниот судија, и кога постапката се уште не ја води надлежниот јавен обвинител.

согласност на лицето држател на станот, заради фаќање на сторител во бегство, кога лице вика за помош и сл.¹¹

За претресот на дом и лица без наредба, како што видовме понапред, во повеќето држави постојат посебни одредби. Посебностите на овие работи се во тоа што тие се извршуваат не само поради околностите кои се однесуваат на сторителот на кривичното дело и доказите, туку и од некои причини од општата безбедност на луѓето и имотите. Во овие случаи ако се работи само за влегување во туѓ дом или друга просторија, значи без претрес, нема да се составува записник туку на сопственикот на станот веднаш ќе му се издаде потврда во која ќе се нагласи причината за влегувањето во домот, односно во другата просторија.

Освен во случај на приведување, каде има претходна судска наредба за приведување која ЗКП ја протега врз влегување заради лишување од слобода на лицето што треба да се приведе, согласноста се смета за своевидно откажување од правото (на приватност), па и сега треба да се смета за допуштено.¹² Ситуацијата пак на повик за помош која со поранешниот ЗКП беше опфатена под „повик за помош“ впрочем и не е проблем на ЗКП. Се работи повеќе за ситуација на еден вид крајна нужда.

Доколку е дојдено до претрес во туѓи простории, претресот се врши со присуство на сведоци и задолжително се води записник. Спорно е дали е дозволено да се изврши претрес без сведоци ако не е можно да се обезбеди нивно присуство, а постои опасност од одлагање. Бездруго, во овој случај причините за споменатиот исклучок мораат да се наведат во записникот. Полицијата по правило не може да изврши претрес без наредба за претрес, но со исклучок на оние ситуации во кој преовладува важноста и итноста.

После приведувањето полицаецот е овластен да ја претресе личноста со цел на отстранување на оружје, кој приведениот може да го употреби за пружање отпор при апсењата или за бегство. Во спротивно сигурноста на полицаецот би била загрозена и апсењето би можело да пропадне. Исто така, полицаецот кој ќе го врши приведувањето има овластување да бара кај приведениот докази, се со цел на нивно безбедно одземање. Истото правило се применува и на просторот во кој е таа личност приведена, а кој е под нејзин непосреден надзор. Тоа е ограничен простор во кој се наоѓаат оружје или докази.

¹¹ Види повеќе кај П. Марина, Кривична постапка на СФРЈ, Култура, Скопје, 1979, стр. 308. Спореди: Т. Васиљевиќ и М. Грубак, Коментар законика о кривичном поступку, Београд, 2002.

¹² Види: Г. Калајџиев, Правична постапка, Докторска дисертација, Правен факултет Скопје, 2004.

3. Влегување по наредба за приведување

Преку потреба за извршување на наредбата за приведување или фаќање на сторителот на казнено дело кое се гони по службена должност, овозможува влез во туѓ стан или друга просторија и извршување на претрес доколку е тоа потребно. Ова е темелно правило за постапување на државните тела и власти кои преземаат работа која се ограничува со темелни права и слобода на граѓаните, што значи дека полицијата може да влезе и во туѓ стан и преземе приведување или фаќање и кај друга работа од помала јачина не ќе може да ја постигне целта.¹³

Наредбата за притворање ја донесува судот кога е потребно да се изврши решението за притвор или полицијата донесува и извршува донесена наредба. Наредбата ја издава судот против личности кои не се јавуваат на повикот од судот или избегнуваат негово примање, додека решението за притвор се донесува кога судот ќе смета да донесе поблаги мерки нема да постигне никаква цел или тоа што се одредени, а целта не е постигната.

Влезот при апсењето на сторител на казнено дело се однесува на ситуација непосредна при гонење на сторител на казнено дело кој се сокрил во нечиј стан или во ситуација кога е сторител на казнено дело кое е дополнително откриено, а постои оправдана сомнителност, веројатност дека со поблага мерка нема да се постигне целта или е тоа потребно да се стори изненадно, како би се изненадил сторителот на казненото дело и на тој начин се оневозможува уништување на траги или предмети, или други слични активности кои би оневозможиле водење на казнена постапка. Од зборот „фаќа“ недвосмислено произлегува дека се работи за сторител кој не е достапен на телата за казнена постапка, кој бега. Во моментот кога се стекнуваат услови дека може да се осомничи како сторител, може да се работи во остварување на целта при казнената постапка, да се влезе во дом и да се изврши негово приведување. Со начелото за сразмерност треба да се има во предвид тежината и начинот на сторителот на казненото дело, однесувањето на сторителот после стореното кривично дело и во однос на начелото за ефикасност на казниот прогон.

Поради извршување приведување или фаќање може да влезе во дом било која личност ако во тој дом се наоѓа бараната личност. Исклучоци преставуваат домовите кои уживаат имунитет спрема

¹³ Тоа не значи дека пред преземање на работата за влез во стан треба да се преземат некои од тие работи со помала сила, иако во повеќето случаи тоа би било преземено, доволно е втемелување на веројатноста дека се работи со малку напор нема да ги даде посакуваните резултати.

меѓународните и домашните права. За влез, при постојна наредба за притвор или достасана сомнителност дека ќе се фати личноста која направила казнено дело за која може да се изрече казна затвор над три години, мора да постои сомнение дека бараната личност се наоѓа во станот во кој треба да се влезе.¹⁴ Се однесува на секаков вид просторија и дозволи за влез за различни цели, вклучувајќи апсење. Полициски службеник може да влезе и изврши претрес во просторија со цел да изврши наредба за апсење поврзан со незаконска постапка или да изврши наредба за притвор.

Влез без наредба за претрес може да се изврши за повторно апсење на лице кое е незаконски на слобода, но само ако полицајците го гонеле тоа лице и во ни една друга околност. Поради тоа, полициски службеник кој без наредба за претрес влегува во просторија во која исправно верува дека личноста која ја бара ќе биде пронајдена, не може да каже дека тој ја гони таа личност. Полицијата може да влезе доколку верува дека во одредените простории постои материјал како што е кражба, опрема за подметнување на пожар кои можат да бидат употребени за уништување на други простории, или доколку лице кое подметнало бомба на друго место е присутно во таа просторија.

Претресите се однесуваат на осомничените, како и на просториите во кои тие престојувале за време на апсењето или веднаш пред тоа. Полицијата влегува во простории кои се окупирани од лице кое претходно било апсено за прекршок и во ситуации кои се базираат на основано верување дека во одредени простории постои доказ кој се поврзува со одредениот прекршок или други слични на него прекршоци, иако на овој начин се исклучува материјал кој е предмет на правна привилегија. Овластувањето за претрес на простории достигнува до разумен степен за откривање на споменатите докази.¹⁵ По ова прашање се вели дека доколку не е целосно изводливо, авторизацијата може да биде дадена согласно овластувањата и правата.

4. Влез поради отстранување на сериозна опасност по здравјето

Најважна потреба за откривање или спречување, на кривични дела или заштита на здравјето на луѓето е последната причина која овозможува влез во дом но со наредба за претрес. Ваквата строгост на нашиот устав не одговара на итноста на многу животни ситуации кои се сака да се покријат. И овде при преземањето на таквата работа мора да се постапува

¹⁴ Доколку нема такво сомнение, влезот не е дозволен.

¹⁵ Ако уапсениот осомничен е веќе во полициската станица, инспекторот мора да направи писмена авторизација пред да бидат извршени влегувањата и претресите, наведено дека оваа авторизација мора да биде направена на независен документ, а не како обичен запис во тетратка како потврда на вербалните инструкции.

во согласност со начелата за обемност, т.е. дека опасноста која се заканува со обемни повреди. Притоа не е доволно водено сметка за разликата помеѓу опасноста по животот и здравјето е една, а опасноста за имотот од поголем обем е и друга можна причина за влез во стан во кој постои заканување по опасност на животот и здравјето или на имотот од поголем размер. На пример, во станот на некоја личност се наоѓа поголема количина нестручно складиран експлозив. Во овој случај постои опасност и за животот и за здравјето и имотот.

4. Лице како објект на претрес

Обемот за легално овластување на полицијата да врши претрес на лица, багаж (сопственост) и возила (превозни средства) е врз основа на слободен избор врз личната проценка на постоечките околности.¹⁶

Оправданоста за извршување на претрес е утврдена со одредбите од член 146 од КЗ и членовите 54 и 55 од Правилникот за вршење на работите на МВР на РМ. Ако како резултат на преглед полициските службеници откријат докази или ги продлабочат основит на сомневање за криминални дејствија тогаш ќе постојат доволно легални основи да се поведе кривична истрага и да се побара наредба од судот за претрес. Претрес на лице го опфаќа претрес на облеката, обувките, површината на телото, подвижните предмети кои лицето ги носи или се во негово владение, просторот во кој е затечено лицето во време на преземањето на претресот и средството за превоз кое се користи во време на претрес. Лицето кое е задржано, лишано од слобода или придржувано може да му се изврчи претрес и без налог за претрес.

Во претрес на возила, дозволено е да се одстранат одредени делови од возилото и да се испрати возилото во специјализирана работилница, ако се смета дека се најдени предмети на кривичното дело или се поврзани со кривичното дело и за да може да се најде сторителот.

Лицето што се претресува може да биде обвинетиот, т.е. она лице против кое постои сомневање дека извршило кривично дело, а исто така и секое друго лице кога со основа се очекува дека кај него ќе се откријат траги или предмети на кривичното дело. Претрес на лице, по правило, треба да се врши во затворени простории, а во случај на потреба и со соблекување го врши лице од ист пол, освен ако од околностите во кои се

¹⁶ Види член 32 од ЗВР

врши истото тоа не е можно. Околностите поради кои претресот го извршило лице од друг пол ќе се внесат во записникот за претрес.

Претресувањето лице опфаќа преглед на облеката, а исто така и преглед на телото, со тоа што особено внимание треба да се обрне на поставата: облеката, реверите, рабовите, чевлите и сл., а внимателно треба да се пребараат и предметите за лична употреба (часовник, запалка, кибрит, моливи, клучеви и др).¹⁷ Ако при претресувањето треба да се влезе во телесната шуплина, да се одвојат надградбите од деловите од телото или ако се појави сомнение дека претресувањето сериозно го загрозува здравјето на лицето кое се претресува, полициските службеници ќе запрат со претресувањето и ќе постапат согласно со Законот.

Законодавецот инсистира на присуство на двајца полнолетни граѓани како сведоци при претресувањето на дом или на лице, како гаранција за регуларноста на ова истражно дејство. Инаку, во се друго претресувањето на лице се врши на ист начин на којшто се врши и претресувањето на домот и на другите простории, како што беше претходно изложено.

Од криминалистичка гледна точка, се препорачува претресувањето секогаш да го вршат две службени лица. Додека едно од нив го набљудува држењето и однесувањето на лицето кое се претресува, со цел за спречување на евентуален напад или на бегство, другото го претресува лицето.¹⁸ Особено внимание при претрес на лице треба да се обрне на претресувањето багаж, бидејќи криминалистичката практика покажува дека тој често се користи за сокривање на оние предмети кои во однос на својата вредност не зафаќаат голем простор (на пр. дрога, злато, скапоцености и сл.). За таа цел се користат куфери и торби со двојно дно и сидови. Поради тоа, и самиот багаж мора детално да биде прегледан. Треба да се води сметка што е можно повеќе да се редуцираат непријатностите што може да ги доживее лицето кое се претресува.¹⁹

¹⁷ При претресувањето не смее да се влегува во телото на лицето кое се претресува ниту смеат да се одвојуваат надградбите од деловите од телото или помагалата на телесните органи прицврстени за телото (протези и слично).

¹⁸ Види Н.Маговски Казнено процесно право-Општ дел Скопје-2003 стр 373

¹⁹ Повеќе В.Зафировски.,З.Јанкуловски., Т.Стојановски.,Г.Калајџиев во Полицијата и човековите права- прирачник за полициска обука.- стр. 73 Скопје-2003

5. Претрес на подвижни предмети

Претресувањето на подвижни предмети го опфаќа и претресување на компјутер и слични со него поврзани уреди за автоматска, односно електронска обработка на податоци и носители на податоци, други уреди кои служат за собирање, обработка или пренос на податоци по пат на телефонски, компјутерски или други комуникации.²⁰

На барање на полициските службеници, лицето кое го користи компјутерот или има пристап до него или до друг уред или носител на податоци, должно е да овозможи пристап до нив и да ги даде потребните известувања за непречена употреба и остварување на целта на претресот.²¹

По барање на Полицискиот службеник, лицето кое го користи компјутерот или има пристап до него или до други уреди, должно е веднаш да преземе мерки со кои се спречува уништување или менување на податоците. Лицето кое го користи компјутерот или има пристап до него или до друг уред или носител на податоци, а кое нема да постапи по напреднаведените ставови, ако затоа не постојат оправдани причини судијата на претходната постапка ќе го казни лицето. Кај претресување на превозни средства, опасни, отровни, лесно запаливи и слични предмети или средства, лицето кое управува или располага со таквите предмети или средства должно е на барање на полицискиот службеник да преземе мерки неопходни за сигурно и непречено извршување на претресувањето. Како превозно средство се смета моторно возило или секое сообраќајно средство на моторен погон во сувоземниот, водениот и воздушниот сообраќај.

За неизвршување на барањето на напред изнесеното, по образложен предлог на јавниот обвинител, судот од претходната постапка ќе го казни лицето со парична казна, а ако лицето и понатаму не постапува по барањето може да се казни со казна затвор до извршување на барањето. За жалбата против решението со кое е изречена парична казна или е одреден затвор одлучува судот. Жалбата не го задржува извршувањето на решението. Полицискиот службеник пред извршување на претресот ќе го предупреди лицето за последиците кои произлегуваат од одбивањето за постапување по барањето. Тој што против правно ќе одземе, оштети или уништи туѓ предмет ќе се казни според Законот.

²⁰ За поимот "подвижен предмет" види чл.122 ст.15 и чл.262 од КЗ на РМ.

²¹ Лицата кои се користат со овие уреди се должни да овозможат пристап, да ги предадат дискетите, траките или некој друг облик на кој се снимени податоците, како и да дадат потребни известувања за употреба на тие уреди.

6. Одлагање на постапката за претрес

Одлагањето на постапката за претрес е прашање на околностите од конкретниот случај. За неа одлучуваат полициските службеници кои треба да извршат одредено дејствие. Опасноста од одлагање може да се однесува на различни околности на конкретното кривично дело, а може да се одстрани со спроведување на истражни дејствија, а во конкретниот случај со претрес. Реализацијата на мерките за претрес одговара на прашањето дали опасност од одлагање постоела или не, и дури тогаш може да се даде одговор дали проценката била исправна или не.²²

За покренување на подготовките за постапка се бара, како што е наведено, утврден степен на веројатност дека е извршено кривично дело. Во што поран стадиум се преземат дејствијата на подготовки на постапката, толку степенот на веројатност е понизок.

Кога во тој, што поран, стадиум се појави опасноста од одлагање, тогаш е дозволено да се влезе во туѓ стан и во ситуацијата која одговара да може да се изврши и претрес заради пронаоѓање или осигурување на доказите. Тоа значи дека, исклучително претресот може да се преземе и врз понисок правен стандард на веројатност во поглед напостоене на кривично дело.

Влегување во дом е целта заради која претресот се одредува како заштитна мерка, со која се отстранува опасност и таа не мора да доаѓа од кривично дело па во теоријата се смета дека произлегува од материјата која содржински и припаѓа на казнената постапка. Одговорот на тоа прашање ќе го најдеме во толкувањето на правните услови за апсење.

Лишувањето од слобода е мерка со која присилно се ограничува слободата на движење на лицето за кое постои сомневање дека извршило кривично дело, а има за цел да го осигура неговото присуство во кривичната постапка. За нејзино започнување, потребно е постоењето на кривично дело и сомневањето кое му се припишува на лицето против кое се покренува кривична постапка со докажана веројатност на основано сомневање.

Врз основа на наведеното можеме да заклучиме дека во ситуација на постоење на опасност од одлагање, извршувањето на наредбата за лишување од слобода, не се работи за пропуст со која се дозволува претрес на основа на понизок степен на веројатност, туку спротивното,

²² Во нашата литература нема критериуми со кои таа опасност од поблиску може да се дефинира, по правило се наведуваат примери како што се опасност дека предметите и трагите ќе бидат уништени, дека извршителот ќе побегне и слично.

степенот на веројатност е поголем затоа што постои основано сомневање и за кривичното дело и за извршителот.

Зборот „фаќање“ на извршителот опфаќа неколку категории на лица и зависи од стадиумот на кривичната постапка во која извршителите се фаќаат. Можат да се фатат осомничени, обвинети и осудени лица. Осудените лица се лица против кои е донесена правосилна судска одлука и нема никакво делење во поглед на достапноста.²³

Поради големото значење на претресот законодавецот предвидува исцрпни прописи за материјалните и формалните претпоставки за преземање на претрес, за негово спроведување и записничко забележување, како и процесни последици во случаите со најтешки повреди на тие прописи.

Поимот стан односно дом треба да се толкува пошироко од вообичаеното секојдневно поимање за поимите на изградени простории кои се за некои достапни поради живеење во нив како и изградениот затворен простор бидејќи во нив се спојуваат простори и објекти кои не мораат да бидат непосредно поврзани со живеење во нив, но за кои постои искажана нечија желба во тој смисол.²⁴

Автомобилите спаѓаат во подвижни предмети, освен ако не располагаат со посебен простор за престој на луѓе кои можат да се сметаат како стамбени единици. Од претресот треба да се разликуваат другите активности на државните тела, како и кај претресот служат за сопствени цели, за да дојде до пронаоѓање на одредени факти или податоци важни за подоцнежната постапка или одлука. Така телото на казнената постапка може да го земе во предвид очигледноста кога за утврдување или разјаснување на така важен факт е потребно непосредно набљудување. Но, набљудувањето се презема без оглед на тоа дали е навистина сторено казнено дело и најчесто за правилна ориентација при барање на одговор на тоа прашање.²⁵ Цел на првите прегледи, не е откривање на фактите за казнената постапка, туку примена на прописи од некои други закони. Целта на другите прегледи е прибирање на податоците само со ориентациско елиминирање на трагите, предмети и сл.) кои служат за

²³ Со Законот пропишани начини се подразбира во случаи кога веројатноста дека стореното казнено дело е во прилог во пронаоѓање на сторителот на казненото дело, соучесникот, трагите од казненото дело или предметите важни за постапката.

²⁴ Пр. подруми, работилници, продавници, работни простории, хотели и т.н.

²⁵ Полициските власти во извршувањето на нивните така наречни превентивни мерки овластени се да ги прегледуваат личностите, возилата и просториите од прописите на полициското законодавство, а во склад на нивнитевидувања за казнените дела, таканаречени криминалистички прегледи.

насочување на полициските дејствија.²⁶ Последицата на тоа е што интензитетот на истражувањето кај прегледот мора да биде помал од колку што е кај претресот каде што резултатите за претресот не смеат според правилата да се користат како доказ во казнената постапка.

Претресот во криминалистичка смисла е најуспешен во случаите кога ќе се преземе што порано односно веднаш по сторувањето на казненото дело. Од тука Законот овозможува да се преземе и пред започнувањето на казнената постапка како така наречена итна истражна работа. Цел на кривичната постапка е да утврди дали е сторено кривично дело, кој го извршил, дали извршителот е одговорен и дали над извршителот може да се примени казна. Зависно од бројот, силата, усмереноста и проверливоста на податоците и доказите може да се зборува за основите на сомневање дека е сторено кривично дело или за одредено лице како можен потенцијален извршител. Судот мора во текот на главната расправа, својот заклучок за степенот на сигурност во постоењето или непостоењето на докази, да го темели на факти и докази кои се изнесени на главната расправа. Во споменатото скалило на вредности ова е највисок степен на веројатност до кое судот може да дојде во кривичната постапка, па заради тоа се бара негово постоење како основа на мериторната судска одлука.

Доволно основите за сомневање и останатите прикажани правни стандарди на увереноста на сомневањето во постоењето или непостоењето на одредени докази врз кои кривичното процесно право пропишува одредени последици (права и обврски на државните тела и граѓаните), првенствено се поврзани со методичкото уредување на целокупната кривична постапка и одреденоста на неговото место во таа постапка.

Претресот на дом е дејствие која може да се врши во текот на полициските постапки и во текот на истрагата, кривичната постапка, но за негово преземање се бара дека основаното сомневање дека е извршено кривично дело и одредено сомневање, веројатност дека во просторот кој ќе се пребарува ќе се пронајде бараното. За постоење на сомневање доволно е дека веројатноста на кривичното дело е докажана со сомневањето поголемо од обичното, а помало од основаното, веројатност која има само една и тоа стварна компонента. Основаното сомневање мора да ја содржи и стварната и личната компонента. Стварната мора да биде на висина на основана, постоењето на кривичното дело мора да биде

²⁶ Овластување за нивно преземање имаат полициските власти непосредно по законот, и за нивно преземање не е потребна никаква претходна судска одлука.

доказано со голема веројатност, би можело да се каже и со извесност, додека личната компонента мора да биде јасна и проверлива.²⁷

За некое лице да стане осомничено потребно е исполнување на две претпоставки:

⇒ мора да се утврди дека постои некое кривично дело и

⇒ да се приберат докази со кои ќе се втемели основаноста на сомневањето дека токму тоа лице е можен извршител по самото тоа и осумничено лице.

Со степенот на личното сомневање, кое мора да биде повисоко, основна разлика помеѓу осумничениот и обвинетиот е во тоа што против обвинетиот е преземена формално мерка на обвинување предвидена со самиот закон, а со која започнува кривичната постапка и со која некое сомнително лице го претвара во обвинет. Одлуката на судот е меродавна за започнување, траење и завршеток на кривичната постапка, тоа е законски сигурносен критериум независен од судското тело а воедно и гарант од незаконски гонења, затоа што судот при донесување на својата одлука мора да располага со докази со одреден квалитет, а тие мораат да го втемелат сомневањето кое е потребно за почеток на кривичната постапка.

За разлика од утврдувањето на обвинението, осумниченоста ја утврдува полицијата или јавното обвинителство, при утврдување на почетното осумничување можни се различни комбинации.²⁸ Може да се случи интензитетот на сомневање кој се однесува на делото да биде апсолутно сигурен, додека индициите за сторителот или можниот поголем број на сторители се слаби. Можно е и обратно, индициите кои се однесуваат на кривичното дело се слаби а оние кои се однесуваат на лицето можен сторител се исклучително силни.

Помеѓу тие две крајности можно е мнозинство на комбинации со различни степени на сомневање, но и двете компоненти на сомневањето секогаш мораат да го достигнат со закон бараниот интензитет, степен на сомневање, и затоа недостатокот на едната страна не може и не смее да се надоместува со висок интензитет на сомневање на другата страна. Разликувањето на осомничениот и обвинетиот е и разликување на стадиумите на кривичната постапка во која претресот се врши, претресот како што беше кажано, може да се преземе и како брза истражна мерка во текот на полицискиот увид, како мерка во истрагата и после обвинението, во текот на главната расправа.

²⁷ Проверливоста е можна, но само со извршување на мерката претрес, таа е причина за претрес кој не мора да даде резултати.

²⁸ Одредени индиции, известувања можат да упатуваат на постоење на кривично дело или на осумниченото лице или на двете, интензитетот на сомневањето кое се однесува на кривичното дело може да биде различен од интензитетот на сомневањето кое се однесува на лицето или обратно.

7. Претресот кај малолетните лица

Можат ли децата да имаат својство на осомниченост и обвинетост и дали претрес се врши кај нив. КЗ на РМ пропишува дека кривичното законодавство не се применува спрема детето кое во времето кога го сторило кривичното дело не навршило 14 години.²⁹ Во таков случај се доаѓа до исклучување на примената на кривично правните санкции заради возраста на извршителот, кривично правните санкции не можат да се применат но кривичното дело е сторено.

Констатацијата на извршеното кривично дело е важна заради одговорноста на соизвршителот, потикнувачот и помагачот, затоа што строго личните околности заради кои законот ја исклучува вината и дозволува ослободување од казна или ублажување на казната се земаат во предвид само на оној извршител или учесник кај кого тие околности постојат.

Во ретки случаи потребно е да се разјасни кривичното дело и приберат сите докази, а како нужно потребно средство за собирање на докази може да се појави потреба од вршење на претрес. Тој претрес е можен заради вистинските животни прилики кои зборуваат дека децата не живеат сами туку со родители, старатели или со некое возрасно лице или во некоја установа. Претресот тогаш во такви случаи може да се изврши кај друго лице, потребно е да се предупреди на уште едно практично прашање, а тоа е дека својството на дете треба да се утврди во моментот на донесување на одлука за спроведување на претрес, а како такво утврдување не во поголем број на случаи недвојбено, потребата за разјаснување може да биде сомневањето дали тоа лице е способно за казнување или не. Во таа смисла на прашањето дали некое дете може да има својство на осумничен треба да се одговори потврдно, а негативно во поглед на својствата на обвинетост, затоа што јавниот обвинител согласно со законот мора да ја отфрли кривичната пријава, а за тоа ги извести телата за социјална грижа.

8. Претрес кај правни лица

Со поимот правно лице се означуваат одредени организации на лица и имот кои правниот поредок ги признава за субјекти во правото.³⁰ Правното лице претставува збир од повеќе физички лица кои се здружиле,

²⁹ Види член. 71 од КЗ на РМ.

³⁰ Види: Т. Витларов, Одговорност на правните лица, во: Збирка на трудови на Правниот факултет-Скопје, 2007 стр. 444.

врз основа на правните прописи, да остварат некаква заедничка цел.³¹ Правното лице со самото настанување истовремено стекнува и правна, деликатна и процесно правна способност.³²

Кривичното законодавство на европските држави до пред десетина години тргнуваше од субјективната одговорност како основа на кривичната одговорност, како еден од основните услови за казнување.³³ Денес Франција³⁴ Англија, САД, а и некои други европски држави³⁵ прифаќаат кривична одговорност на правните лица. Така, во современото кривично право постои тенденција за општо прифаќање на казнување на правните лица. За кривични дела на правни лица како главна казна се изрекува парична казна.³⁶ Правното лице има своја автономна волја, што ја формираат неговите органи и претставници, која е различна од волјата на одделни негови членови. Од овие причини правното лице има и деликвентна способност, а системот на казна треба да се прилагоди на неговата природа, во насока на пропишување на казни со кои ќе се посега по имотот и репутацијата на правното лице.³⁷ Казнената одговорност на правните лица претставува значајна новина која е воведена во казненото право на Република Македонија со стапување во сила на Новелата на Кривичниот законик од 2004 година. Со тоа, македонското казнено право се приклучи кон групата на современи држави кои, освен физичките лица, како субјекти на казненото право ги предвидува и правните лица.

Овде сакаме да одговориме на прашањето дали кај правните лица е можен претресот, и ако е, под кои услови и во кое својство се наоѓа правното лице ако кај нив се врши претрес. Зависно од видот на кривичното дело може да се јави потребата, покрај претресот кај осумничениот-одговорното лице во правното лице, претрес да се изврши и во правното лице и кај неосумничените физички лица надвор од правното лице.

Во таквите случаи исто така нема проблем за вршење на претрес доколку постојат законски причини и услови за претрес, затоа што сите освен осумничениот влегуваат во кругот „други лица“.³⁸

³¹ Види член 122 став 6 од КЗ

³² Види: В. Камбовски, *Казнено право, општ дел*, Култура, Скопје, 2004, стр. 357.

³³ А. Сто Ынов, *Наказателно право, обЕа част*, Сиела, СофиО, 1999, стр. 113

³⁴ Види: Novatic/Novoselac, 161, а општо за казнување на правни лица кај Basic.101.

³⁵ Посебно внимание предизвика препораката на Советот на Европа број R (88). Холандија ја има предвидено одговорноста на правните лица за сите казниви дела од 1976. Словенија во 1999 донела посебен закон за одговорноста на правните лица.

³⁶ Види За постапка спрема правните лица Гл. XXVII-а ЗКП, СВ.17/97-773, 74/04-2, 15/05-1 (Пречистен текст) Види повеќе Кривичен законик –Интегрален текст-Предговор, кратки објаснувања и Регистар на поими Скопје., 2009

³⁷ Види: В. Камбовски, Учество на повеќе лица во казненото дело, стр. 245, Скопје 2001.

³⁸ ЗКП подрачјето на примена го дефинира и на други лица, па без тешкотии може да се претресува имотот на тие лица.

Dr. Toni Gjorgiev³⁹
M.Sc. Goce Stoilovski⁴⁰

PROBLEMS OF REGULATING THE HEARING AS EVIDENCE MEASURE

Apstrakt

The search is one of the oldest investigative measures and a classic work of gradual limitation of the constitutional right to the inviolability of the home designed to the legitimate aims of public punishment. Its aim resembles some other measures to track down evidence and data that implement the state bodies of the police in preventive purposes (such as review, raid, blockade, and other criminal review) but one significant difference in intensity because in the legal system more intensively regulated by separate protective forms and buckle under the special enforcement regime. Studied in the paper are the most important problems of regulating the hearing as proof measure.

Keywords: search, home, evidence regulation.

³⁹ Assistant professor of University "Goce Delchev" Stip

⁴⁰ External collaborator of Military Academy "General Mihailo Pastoral" Skopje

**„ИНФОРМИРАНАТА“ СОГЛАСНОСТ ВО СИСТЕМОТ НА
ПРАВАТА НА ПАЦИЕНТИТЕ
(Од Нирнберг до Овиедо)**

УДК: 342.726:616-052(437.7)

Original research paper

Апстракт

Иако специфичниот однос лекар - пациент од многу одамна е предмет на научен интерес, доминацијата на релативно новиот концепт на автономија ги подигна стандардите за правата на пациентите кои станаа и законски регулирана материја, а воедно и одговорност не само на здравствените работници туку и на здравствените установи воопшто.

Во системот на здравствени права, посебно место зазема, т.н. информирана согласност, што воедно е прогласена за „златен стандард“ на медицинските интервенции, од причина што претставува еманација на концептот на автономија според кој самиот пациент одлучува за својот третман по соодветно информирање за неговата здравствена состојба, можните опции за лекување и други релевантни околности, очекувани ризици и придобивки од секој од можните третмани итн. „Информираната“ согласност претставува процес во кој првенствено на пациентот (илина субјектот на биомедицинско истражување) му се предпочуваат сите горенаведени аспекти, а потоа се обезбедува согласност на начин и во форма како што тоа го предвидува законот. Иако едно од фундаменталните, ова право често е повредено заради несоодветно спроведување на процесот на информирање на пациентот.

Клучни зборови: информирана согласност, пациент, лекар, право, здравствена установа

¹ Доцент на Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“

1. Вовед

Промените на околностите во врска со појавата на нови хронични и заразни болести, стареењето на населението, примената на новите технологии и слично, влијаат во насока на комплетно реобликување на системите на здраватвена заштита, но и на активното вклучување на пациентот во целиот процес на негово лекување или третман воопшто.

Во развојот на медицинската и културната антропологија и во биоетиката во последно време интезивно се разгледуваат повеќе прашања, меѓу кои доминантна позиција заземаат информирањето и согласноста на пациентите и воопшто на субјектите на биомедицинските процедури. Културолошката матрица е една од основните детерминанти во новите концепти кои се развиваат во врска со процесот на лекување и вклучувањето на пациентот во него. Прашањето како самиот пациент, неговото поблиско семејство и здравствените работници го сфаќаат целиот процес е многу важно од аспект на обезбедувањето на сигурноста на пациентот.²

Потиснувањето на патерналистичкиот модел и подигнувањето на концептот на автономија на ниво на меѓународен стандард, придонесе кон примена на нов комплексен пристап кон прашањето за правата на пациентите.

Широка е листата на правата на пациентите и на лицата кои се субјекти на медицински истражувања особено доколку тие се специфицирани според различните процедури. Но, основното право, подигнато на ниво на стандард на меѓународно ниво, и оттука и во националните законодавства, и заедничко за сите медицински процедури е т.н. „информирана“ согласност.

2. Начелата на биоетиката и доктрината на информирана согласност

Појавата и развојот на биоетиката претставуваат, исто така, сами по себе и премостување на вековниот јаз помеѓу општествените и хуманистичките науки од една страна и природните науки, од друга страна.³ Златниот стандард на биомедицинските процедури е несомнено

² *Frkovic, A.*, Medicina i bioetika, Zagreb 2010, стр. 17.

³ *Rincic, I.*, Europska bioetika, ideje i institucije, Zagreb, 2011, стр. 21.

еманација на развојот на биоетиката и нејзиното цврсто востановување на определени општоприфатени принципи.

Принципите, односно начелата на биоетиката се на прв поглед, суптилно различни во американската и европската биоетика. Американската биоетика познава четири начела и тоа: автономнија, добродетелство, ненанесување штета и праведност, првпат детерминирани во Белмонт извештајот за етичките принципи и упатства за заштита на хуманите субјекти на истражувањата на Националната комисија на САД за заштита на луѓето – субјекти на биомедицински и бихејвиорални истражувања⁴ и јасно определени кај Beauchamp и Childress.⁵ Критиките кои доаѓаат од европска страна, на вака поставената шема на принципи се претежно во насока на тоа што начелото на автономнија е доминантно во однос на другите начела во американската биоетика.

На европско тло, дебатата околу принципите на биоетиката најексплицитно е развиена во рамките на т.н. „Biolaw“ проектот на ЕУ каде што во Завршниот извештај⁶ се предлага, покрај веќе споменатото начело на информирана согласност, да се додадат уште три начела: достоинство, интегритет и ранливост.

Со оглед на гореизнесеното, може да заклучиме дека системот на европски биоетички начела се состои исто така од четири начела, а тоа се: начело на автономија, начело на достоинство, начело на интегритет и начело на ранливост.⁷ Како што забележуваме, начелото кое стана златен стандард е основата врз која натаму се градат биоетичките принципи и на европско и на американско тло.

Директен израз на начелото на автономија во медицинската етика претставува доктрината на „информирана согласност“.⁸ Дека автономијата како стандард е поврзана со другите начела потврдува и една од биоетичките аргументации која го определува достоинството како автономна способност на она лице кое станало објект на лекување.⁹ Почитувањето на човечкото достоинство ја чини етичката основа на самоопределувањето.¹⁰

⁴ *US Department of Health and human services, The Belmont Report*, достапно на: <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.html>

⁵ *Rincic, I., Europska bioetika, ideje i institucije*, Zagreb, 2011, стр. 50.

⁶ *Basic Ethical Principles in Bioethics and Biolaw, Final Report*, Copenhagen, 1999, стр. 8-9.

⁷ *Rincic, I., Europska bioetika, ideje i institucije*, Zagreb, 2011, стр. 100-104.

⁸ *Ibid*, стр.105.

⁹ *Tomasevic, L., Ljudsko dostojanstvo: Filozofsko – teoloski pristup*, стр. 56, објавено во *Covic, A., Gosic, N., Tomasevic, L., Od nove medicinske etike do integrativne bioetike*, Zagreb, 2009

¹⁰ *Macer, D., Self-determination and Informed Choice*, стр. 238, објавено во *Covic, A.m Gosic, N., Tomasevic, L., Od nove medicinske etike do integrativne bioetike*, Zagreb, 2009

Преминот од патернализам кон информиран избор се забележува во скоро сите општества. Но, автономните одлуки се сметаат за израз на индивидуалните сфаќања и карактеристики, па оттука се истакнува потребата за што подетално и пообјективно информирање.¹¹

Затоа, со право научниците истакнуваат дека е потребен отворен глобален повик за (био)етичка едукација со цел секоја индивидуа да стекне т.н. „биоетичка зрелост“ што е особено важно имајќи го предвид фактот дека секој од нас во животот еднаш или повеќе пати ќе се соочи со ситуација да мора да донесе (био)етичка одлука.¹²

Па така, на пример, во Акцискиот план за биоетичка едукација развиен на Азиско-Пацифичките перспективи за биоетичка едукација на УНЕСКО¹³, се истакнуваат повеќе цели кои посебно го вклучуваат знаењето и тоа:

- развој на транс-дисциплинарно знаење,
- разбирање на развиените научни концепти,
- развивање способност за интеграција на користењето на научните сознанија, фактите и етичките принципи и аргументација во дискусиите за случаи кои вклучуваат морални дилеми итн.

Иако најчесто пациентите ги прифаќаат лекарските препораки за третман или пак се одлучуваат за определен третман при повеќе опции, не се непостоечки и посебно сензитивните ситуации кога пациентите го одбиваат третманот. Системот на биоетичките начела од европска перспектива токму за ваквите ситуации ја поставува релацијата меѓу начелата на автономија и ранливост. Имено, пациентот кој е тешко болен е особено ранлив и нему му е потребна посебна нега и грижа кои ќе ја намалат таа ранливост и ќе овозможат тој да донесе разумна и за него најдобра одлука. Инаку, често се случува од очај и разочараност пациентите да донесат навидум автономни, но не и најдобри одлуки, кои во „подобро расположение и позитивен пристап“ би биле поинакви.

Во Европа информираната согласност стана нужен услов - condition sine qua non во биомедицинските интервенции од терапевтски и од експериментален карактер. Нирнбершкиот кодекс и Хелсиншката декларација за кои повеќе ќе стане збор понатаму во текстот се доволни показатели за тоа.

Од временска гледна точка, се смета дека преминот од лекарскиот патернализам кон концептот на автономија беше направен преку

¹¹ Ibid., стр. 239.

¹² Ibid., стр. 240-241.

¹³ UNESCO Regional Unit for Social and Human Science, Asia Pacific Perspectives on Bioethics Education, стр. 2-3, <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001631/163183e.pdf>

создавањето на етичките комитети. Еден од првите етички комитети во светот е т.н. „Божји комитет“, етичко тело при Центарот за вештачки бубрег во Сиетл, САД, кое одлучувало кои од пријавените пациенти ќе добијат третман на хемодијализа, со оглед на тоа што новооткриениот и усовршен апарат за хемодијализа во 1962 година од страна на Schriber и Navilland на почетокот бил единствен и со ограничен капацитет. Етичкиот комитет за првпат при одлучувањето за тоа на кои пациенти ќе им биде дадена шанса за живот зел во предвид критериуми кои имале и немедицински карактер.¹⁴

3. Информираната согласност во меѓународните акти и практиката на Европскиот суд за човекови права

Меѓународните документи, конвенции, повелби и слично, како постарите, така и поновите експлицитно го нагласуваат правото на информирана согласност.

По ужасите со експериментирањето врз луѓе, а особено врз деца на најгруб, нехуман, измачувачки и недостоинствен начин за време на Втората светска војна, се јавува свеста за создавање на основни принципи кои ќе важат за експерименталните процедури од медицински карактер, а од кои дел подоцна ќе станат минимални услови и за терапевтските процедури. Со завршувањето на Нирнбершкиот процес против злосторниците од Втората светска војна поточно со донесувањето на Пресудата против Карл Брандт и уште дваесет и две лица кои учествувале во срамните медицински експерименти, во судскиот предмет познат како „Doctors’ Trial“, поточно United States of America v. Karl Brandt, et al. востанвен е т.н. **Нирнбершки кодекс**.¹⁵ Кодексот претставува сет од начела на истражувачката етика кај експериментирањето врз луѓе. Меѓу десетте јасно поставени принципи, првото место му припаѓа на императивот за информирана согласност. Иако називот на самото начело не го носи овој израз туку почнува со изразот „волева согласност“, во продолжение следи јасна дескрипција за процесот на информирање; имено, се бара засегнатото лице да биде детално и јасно запознаено со природата на процедурата, непријатностите, очекуваната корист и ризици и сл. што ја чини суштината на информираната согласност.

¹⁴ Rincic, I., *Европска биоетика, идеје и институције*, Zagreb, 2011, стр. 37-39

¹⁵ *Подетално види: The Nuremberg Code*, достапно на <http://forensicpsychiatry.stanford.edu/Files/Nuremberg%20Code.htm>

Натаму, **Декларацијата од Хелсинки** на Светската медицинска асоцијација од 1964 година¹⁶ (повеќепати менувана и дополнувана), исто така во основните принципи н медицинските истражувања ја вбројува согласноста на субјектот обезбедена по детално и соодветно информирање.

Амстердамската декларација за унапредување на правата на пациентот во Европа¹⁷ ги опфаќа следните права, низ кои исто така доаѓа до израз концептот на автономија: право на почитување на личноста, право на самоопределување, право на физички и ментален интегритет и на безбедност (сигурност) на личноста, право на почитување на приватноста, право на почитување на моралните и културните вредности и религиозните и филозофските убедувања и право на здравствена заштита согласно соодветните мерки за третирање на болестите и можност за обезбедување највисоко остварливо ниво на здравје.

Круна на процесот на подигнување на правото на информирана согласност на ниво на стандард кој ќе важи не само за експерименталните, туку за сите медицински процедури, вклучително и терапевтските и со тоа ќе стане директен израз на концептот на автономнија претставува **Конвенцијата за човекови права и биомедицина од Овиедо** од 1997 година¹⁸. Имено, во чл. 5 кој носи наслов „општо правило“ е опфатена слободната и информирана согласност за секоја интервенција од здравствената област. „Неразделно право“ прикачено кон информираната согласност е тоа за нејзино повлекување во секое време. По усвојувањето на Конвенцијата, следеше потпишувањето и на неколку протоколи од кои поголемиот дел се однесуваат на конкретни интервенции и каде ова право, односно стандард е уште еднаш потврдено и специфицирано. Такви се на пример, **Дополнителниот протокол за**

¹⁶ *World Medical Association, Declaration of Helsinki - Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, Adopted by the 18th WMA General Assembly, Helsinki, Finland, June 1964 and amended by the: 29th WMA General Assembly, Tokyo, Japan, October 1975, 35th WMA General Assembly, Venice, Italy, October 1983, 41st WMA General Assembly, Hong Kong, September 1989, 48th WMA General Assembly, Somerset West, Republic of South Africa, October 1996, 52nd WMA General Assembly, Edinburgh, Scotland, October 2000, 53rd WMA General Assembly, Washington DC, USA, October 2002 (Note of Clarification added), 55th WMA General Assembly, Tokyo, Japan, October 2004 (Note of Clarification added), 59th WMA General Assembly, Seoul, Republic of Korea, October 2008, 64th WMA General Assembly, Fortaleza, Brazil, October 2013, <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/>*

¹⁷ *World Health Organization, A Declaration on the Promotion of the Patients' Rights in Europe, http://www.who.int/genomics/public/eu_declaration1994.pdf?ua=1*

¹⁸ *Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>*

трансплантација на органи и ткива,¹⁹ Дополнителниот протокол за биомедицински истражувања,²⁰ Дополнителниот протокол за генетско тестирање во здравствени цели²¹ итн.

По Конвенцијата од Овиедо и подоцнежните документи јасно ја истакнуваат согласноста како неопходен услов.

Во таа насока, **Повелбата за основните права на Европската Унија**, во чл. 3: „право на интегритет на личноста“²² определува дека секој има право на почитување на неговиот или нејзиниот физички или ментален интегритет, а дека на полето на медицината и биологијата, мора посебно да се почитува правото на слободна и информирана согласност на засегнатата личност, согласно процедурите предвидени со закон.

Дури и толкувањето на основните права низ призмата на Европската конвенција за човекови права, е во таа насока, дека определени лекарски интервенции, посебно оние кои се вршат без согласност на засегнатото лице генерално претставуваат повреда на правото на почитување на приватниот и семејниот живот, односно повреда на чл. 8 од ЕКЧП.

Според чл. 8 од Европска Конвенција за заштита на човековите права и основните слободи (ЕКЧП), секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот и притоа, нема да постои никакво мешање од страна на јавната власт при остварувањето на ова право, освен во согласност со законот и доколку е тоа неопходно во едно демократско општество за заштита на националната безбедност, јавната сигурност или економската благосостојба во земјата, за спречување на немири или извршување на кривично дело, за заштита на здравјето и моралот, или за заштита на правата и слободите на другите.

Всушност, практичните проблеми на досегот на заштитата на ова право произлегуваат во врска со став 2 од овој член на ЕКЧП. Тоа значи дека секоја задолжителна медицинска интервенција, која не претставува повреда на чл. 3 од ЕКЧП, треба да се разгледа од аспект на чл. 8. Во конкретниот случај треба да се испита дали интервенцијата е опфатена со исклучоците од став 2, т.е. дали е потребна во едно демократско

¹⁹ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin*, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/186.htm>

²⁰ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research*, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/195.htm>

²¹ Council of Europe, *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes*, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/203.htm>

²² В. *Official Journal of the European communities*, 2000/c, 364/01

општество, на пример, со цел да се заштитат правата на другите или да се заштити здравјето.²³ Овде, со право, повеќето од експертите упатуваат на потребата подетално да се определи значењето на посебните изрази, како на пример на изразот “заштита на здравјето”²⁴. Познати случаи по ова прашање се *X v Austria*²⁵; *X v Denmark*²⁶; *X v Federal Republic of Germany*²⁷ и др. Во случаите *X v Austria* и *X v Federal Republic of Germany*, Комисијата смета дека согласно принципот на пропорционалност, дозволено е “вмешување” на јавните органи во приватниот живот на поединецот, ако јавниот интерес е попретежен од интересот на апликантот: на пр. земање примерок на крв заради определување на родителските права, во првиот случај, или давање на психофармацевтски и невролептични лекови за да се спречи вршење на кривично дело од страна на засегнатото лице, во вториот случај. Како што може да се забележи, овие два случаи ги претставуваат исклучоците од ова право наведени во став 2 како: “спречување на извршување на кривично дело” и “заштита на правата и слободите на другите”; или случајот *Herczegfalvy v Austria*²⁸ во кој Комисијата ги отфрла наводите од претставката на подносителот за задолжителното (“присилно”) хранење поради медицинска потреба од таквиот третман, т.е. заштита на здравјето²⁹. Во сите наведени случаи, несомнено постои повреда на ст. 1 од чл. 8, но истовремено во ст. 2 е дадено оправдување на ваквите мерки преку таксативно наведените исклучоци од основното правило.

Интересни се и случаите *Bruggeman and Scheuten v Federal Republic of Germany*³⁰, *X v. United Kingdom*³¹, *Hercz v Norway*³² и др. во кои апликантите се повикуваат на повреда на чл. 8 во случаи кога нивните сопруги / партнерки извршиле абортус над нивното заедничко “дете” без согласност на таткото. Комисијата смета дека во ваквите случаи навистина има повреда на ст. 1 од чл. 8 и дека абортусот е мешање во приватниот и семејниот живот на таткото, но дека според ст. 2 приоритет се дава на

²³ *Подетално види: Деаноска, А.*, Нелегална трансплантација и трговија со човечки органи и ткива (магистерски труд), Правен факултет, Скопје, 2006

²⁴ *Вук, С.*, Medical and biological progress and the European Convention on Human Rights, Council of Europe Press, 1994, стр. 42.

²⁵ Application No. 8278/78 D.R. 18

²⁶ Application No. 9974/82 D.R. 32

²⁷ Application No. 8518/79 D.R. 20

²⁸ Application no. 10533/83

²⁹ Види: *van Dijk, P., van Hoof, G.J.H.*, Теорија и пракса Евropsке конвенције о лјудским правима, 2001, стр. 465

³⁰ Yearbook XIX, 1976

³¹ Application No 8416/79, D&R 19

³² Application No 17004/90, D&R 73

правото на мајката, бидејќи бременоста, првенствено ја засега неа од повеќе аспекти, па ваквите случаи можат да се супсумираат под (односно да се оправдаат со) одредбата од ст. 2 во делот кој се однесува на “заштитата на правата на друго лице”. Комисијата, сепак, генерално зазема став дека законите на државите во кои постојат одредби со кои се дозволува абортус без согласност на таткото in abstracto “го повредуваат” правото на почитување на приватниот живот на таткото.³³

Сето горенаведено се однесува на абортусот изведен до 10-тата недела. Противправното прекинување на бременоста во сите негови форми и облици на злоупотреба на ваквата постапка претставува комплициран случај на истовремена повреда на повеќе права на кои им припаѓаат на повеќе субјекти, но за овој случај (случаи) веќе постои прилично јасна и прецизна инкриминација во националните казнени законодавства.

4. Содржина на концептот на информирана согласност

Концептот на информирана согласност, како што веќе наведовме е директен израз и потврда на начелото на автономија³⁴ и претставува основно биоетичко начело. Всушност со неговото ставање на piedestal со Конвенцијата од Овиедо, тоа стана „златен стандард“ на биомедицинските процедури, без оглед на тоа дали се од терапевтска или експериментална, истражувачка природа. Затоа ќе заклучиме, дека од **Нириберг до Овиедо**, „информираната“ согласност од зачеток се разви во вистинска доктрина и меѓународно загарантирано право.

Токму доктрината на информирана согласност се смета за темел на современото медицинско право.³⁵ Гледано низ мултидисциплинарна перспектива, научниците детектираат повеќе димензии на информираната согласност: правна, етичка и клиничка.³⁶

Содржината на ова право на прв поглед изгледа едноставна и се состои од два елемента: **согласност и информирање**. Но, секој од наведените елементи, особено вториот се многу комплексни. Иако се чини дека секоја држава во националното законодавство зависно од видот на

³³ *Budu. van Dijk / van Hoof*, Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима, 2001, стр. 469

³⁴ *Turkovic, K., Roksanovic Vidlicka, S., Brozovic, J.*, Informirani pristanak djece u hrvatskom zakonodavstvu, Bioetika i djetе, Zagreb, 2011, стр. 192

³⁵ *Ibid*, стр. 191

³⁶ *Turkovic, K.*, Informirani pristanak i pravo na odbijanje tretmana u Republici Hrvatskoj, I Kongres правника u здравству, Topusko, 2008, стр. 2

процедурата може да го определи видот и формата на согласноста, сепак може да се заклучи дека за повеќето процедури за кои постои макар и најмал ризик од компликации, потребно е да се обезбеди согласност во писмена форма. Таквата согласност има двојно значење: од една страна тоа е израз на желбите на поединецот во врска со своето здравје и живот и показател дека државата се повлекла од неговата интимна зона, а од друга страна, таа претставува заштита за здравствените работници од одговорност во случај на несакан исход кој бил опфатен со процесот на информирање. Но, дури тука прашањето за информираноста станува комплексно. Всушност, постоењето на согласност нема во секој случај да биде основа за иаключување на одговорноста; имено, одговорноста на лекарот нема да постои доколку се исполнети неколку услови:

- Пациентот да е информиран за сите аспекти на процедурата, тргнувајќи, како предуслов од неговата здравствена состојба и опциите кои му стојат на располагање, натаму - за очекуваните придобивки, но и очекувани ризици, можни компликации, непријатности при изведувањето на самата процедура и потоа итн.

- Информирањето треба да е сеопфатно и прилагодено на знаењата, образованието на пациентот и други карактеристики, или поконкретно кажано, самиот процес треба да е изведен на начин и на јазик разбирлив за пациентот. Тоа значи дека лекарот/здравствениот работник, односно тимот треба во секој конкретен случај да проценат какви се образовните и воопшто спознајните карактеристики на пациентот или субјектот на истражувањето, но и своите проценки да ги проверат. Процесот на прилагодено информирање несомнено одзема време, но тоа и треба да биде ставено на располагање особено во случаите кои не претставуваат „трка со времето“.

- Здравствениот работник има обврска да ги изнесе сите предвидливи ризици, опасности и можни компликации, пропуштањето да се предвиди определен (предвидлив) ризик претставува релевантно дејствие во форма на пропуштање што може да доведе до одговорност на здравствениот работник. Напротив, непредвидлив ризик или компликација не може да претставуваат таква основа.

Иако наведените услови се чинат лесно исполниви, во пракса ситуацијата е поинаква, особено во помалку развиените земји, каде што автономијата на пациентот е сведена на формалност, а во постапките на лекарите се огледа скриен патернализам. Имено, информирањето е оскудно и нецелосно, некаде дури и целосно отсутно, но формуларите понудени од лекарите се потпишуваат непречено, подметнувајќи им ги „под нос“ на пациентите како тоа да е нивна обврска, а не право. Ова

всушност покажува дека денес доминира процесот на обезбедување на согласност која не може да го носи епитетот „информирана“.

Дополнително прашање кое логички се наметнува е и тоа што треба да содржи таа изјава? Дали само назив на поцедурата и изјава за согласност (што од лекарски аспект е доволно) или и опис на процесот и содржината на информирањето (што за правникот, судијата, обвинителот е покорисно).

Се чини дека по овие прашања правото сеуште е на незадоволително ниво што ја отежнува работата на судовите во случаите на потреба од казненоправна заштита. И додека во случаите кога пациентот доживеал несакан настан/реакција или компликација и притоа се здобил со некаков облик на телесна повреда, тој може и да сведочи за процесот на обезбедување на информирана согласност, во случаите во кои настапила смрт, за жал, судот најчесто не е во можност да ја утврди вистината.

Одредени автори³⁷ ги сумираат следните елементи на уредната (правилно обезбедена) информирана согласност:

- Способност на пациентот за донесување одлуки во поединечни случаи (competence),
- Информираност (disclosure),
- Разбирање на текот на болеста, како и на предностите и недостатоците на постапката за лекување (understanding),
- Самостојност во одлучувањето (voluntariness),
- Согласност за определен зафат (consent).

Освен елементите на информираната согласност во врска со нејзината содржина е доста релевантен и нејзиниот назив. **Информирана согласност или информиран избор? Ова е едно од суштинските прашања кое се поставува** Инсистирањето на информирана согласност на прв поглед има патерналистичка димензија со оглед на фактот што алудира на „убедување“ на пациентот да го прифати третманот. Се поставува прашањето дали развојот на оваа доктрина има ескулпирачка тенденција, што значи убедување на пациентот да се согласи на процедура и да ги прифати ризиците за кои лекарот нема да се повика на одговорност? Во таа насока, определени автори експлицитно истакнуваат дека обезбедувањето на согласност од пациентот има етичко, но и правно

³⁷ Ваквата структура дословно ја наведуваат следните автори: *Turkovic, K., Roksandic Vidlicka, S., Brozovic, J.*, Informirani pristanak djece u hrvatskom zakonodavstvu, Bioetika i djete, Zagreb, 2011, стр. 195 Истата се среќава и кај Beauchamp и Childress во Principles of Biomedical Ethics.

оправдување на третманот.³⁸ Од друга страна, начелото на ненанесување штета го обврзува лекарот да го информира пациентот на начин што отворено ќе му укаже дека одбивањето на интервенцијата во одредени случаи е неразумно со оглед на високите очекувања за успешен исход. Информираниот избор е подобар термин со оглед на неговата неутралност во поглед на тоа дали засегнатиот субјект ќе се согласи или ќе ја одбие сугерираната интервенција или ќе избере една или ниедна од можните алтернативи за третман во конкретен случај и е посоодветен израз на автономијата.

5. Информираната согласност во Република Македонија

Без детално да навлегуваме во содржината на одредбите од македонското законодавство кои несомнено се во согласност со компаративните решенија и меѓународните стандарди, треба да се нагласи дека Република Македонија ја ратификуваше Конвенцијата од Овиедо кон крајот на 2009 година, дванаесет години по нејзиното потпишување.³⁹ Со тоа, одредбите од Конвенцијата станаа дел од нашето законодавство. Но, и покрај тоа соодветни одредби во врска со информираната согласност постојат во Законот за заштита на правата на пациентите⁴⁰, Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување (на пример чл.12-б)⁴¹, Законот за земање и пресадување органи од човечкото тело заради лекување⁴² и др.

Интересно е што чл. 6 од Законот за заштита на правата на пациентите носи наслов „право на пациентот на учество во одлучувањето“, што не е израз на целосна автономија. Но, чл. 14 го опфаќа правото на прифаќање или одбивање на определена медицинска интервенција, така што на прв поглед изгледа како законодавецот да дал коректив на претходното. Чл. 7, пак, го опфаќа правото на информираност.

³⁸ Ibid, стр. 192

³⁹ Деаноска – Трендафилова, А., Чадиловски, В., Правно – медицинската проблематика на трансплантацијата на делови од човечкото тело заради лекување во Република Македонија, Актуелните биоетички предизвици во Македонија, Скопје, 2013, стр. 27

⁴⁰ Закон за заштита на правата на пациентите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 82/2008, 12/2009, 53/2011 и 150/2015

⁴¹ Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување („Службен весник на Република Македонија“ бр. 37/2008, 164/2013 и 149/2014). Закон за изменување и дополнување на Кривичниот законик („Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/2014)

⁴² Закон за земање и пресадување на делови на човечкото тело заради лекување („Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/2011, 136/2011, 91/2013, 164/2013, 27/2014, 112/2014, 144/2014, 124/2015 и 149/2015

Во Република Македонија, покрај соодветното законодавство е усвоен и Кодекс на медицинска деонтологија кој ги покрива клучните области на нашата проблематика: информираноста на пациентот, давањето согласност за преземање на интервенцијата, заштитата на достоинството на пациентот итн.⁴³

И додека законодавството е на задоволително ниво, состојбата на терен е далеку од добрите практики во други држави.

6. За некои исклучоци од начелото на автономија и информирана согласност

Ситуациите во кои не се исполнети погоренаведените елементи, како што се недостатокот на способност, разбирање и сл., па одлуката не ја носи засегнатото лице, туку друго (застапник, старател и сл.) се исклучоци или негација на доктрината на информирана согласност и претставуваат негативно одредување на овој поим.⁴⁴ Проблеми со реализација на концептот на информирана согласност се јавуваат во случаите кога засегнатото лице не е во состојба да ја разбере информацијата за својата состојба и за третманите или на пример, ситуациите на прикриен патернализам (нецелосно информирање), судир на моралниот традиционализам на лекарот и личните концепции и сфаќања на пациентот итн. Во полна смисла, начелото на автономија не може да се примени кај процедурите на ситуации со неродено дете, кадаверична транспланација, лица кои не може да изразат правно релевантна волја (деца, душевно болни лица, пациенти во кома итн.).⁴⁵

Претпоставената согласност карактеристична за определени медицински процедури претставува еден од најевидентните исклучоци на „златниот стандард“. Самиот исклучок не претставува стандард за оваа процедура, но е доминантен во националните законодавства во поглед на кадаверичната трансплантација. Самиот принцип е израз на краен прагматизам наметнат од дефицитот на органи за пресадување, растот на листите на чекање и фактот дека кадаверите се доминантен извор на органи, во некои случаи и за определени органи и единствен извор.

⁴³ В. *Stefanovska, V., Cavdar, K., Isajlovska, K., Stefanovska, M.*, Rights of the Patients in Macedonia according to the European Standards, Skopje 2005, стр. 45-66

⁴⁴ *Turkovic, K., Roksanovic Vidlicka, S., Brozovic, J.*, Informirani pristanak djece u hrvatskom zakonodavstvu, Bioetika i djete, Zagreb, 2011, стр. 196

⁴⁵ *Rincic, I.*, Europska bioetika, ideje i institucije, Zagreb, 2011, стр. 106

Уште едно интересно прашање во врска со оваа проблематика е **обезбедувањето согласност за медицински процедури кај деца**.⁴⁶ Како што е познато, малолетно лице не може да даде согласност како израз на релевантна волја, па вообичаено тоа го прават неговите родители или старателот, бидејќи целиот процес на информирање е насочен кон нив – законските застапници. Сепак, законодавствата, помалку или повеќе го уважуваат мислењето на детето, кое понекогаш може да биде и спротивно на она на законските застапници.

Постојат неколку системи во компаративното право во поглед на обезбедувањето на информираната согласност кај децата. Според Turkovic, Roksandic – Vidlicka и Brozovic⁴⁷ се разликуваат: *систем на претпоставена способност* – овој систем постои во Австрија и Германија според чие законодавство малолетник над определена возраст има право да даде информирана согласност, а доколку некој смета дека лицето не е способно, тоа треба да го докаже (се тргнува од претпоставката дека ако едно дете може да се санкционира за казнено дело зошто е способно во голема мера да разликува добро и лошо, способно е да ја разбере и информацијата за лекување); *систем на претпоставена неспособност* - овој систем постои, на пример, во Шкотска според чие законодавство малолетник до определена возраст нема способност да даде информирана согласност, а доколку некој смета дека лицето е способно, тоа треба да го докаже; *систем на соодлучување* претставува оној систем кога е потребна е согласност и на детето и на законскиот застапник и таков постои во Холандија, и *советодавен систем* – ова значи дека детето не ја донесува одлуката, но се бара да се обезбеди и да се земе предвид неговото мислење; овој систем е доминантен во националните законодавства и, како што наведуваат посочените автори, е во согласност со Конвенцијата за човекови права и биомедицина.

7. Заклучок

Денес доминантниот *концепт на автономија* во сферата за заштитата на правата на пациентите и субјектите на биомедицинските истражувања и *доктрината на информирана согласност* која е еманација на тој концепт претставуваат централна категорија во биоетиката и

⁴⁶ Turkovic, K., Roksandic Vidlicka, S., Brozovic, J., Informirani pristanak djece u hrvatskom zakonodavstvu, Bioetika i djete, Zagreb, 2011, стр. 196

⁴⁷ Ibid, стр. 206-212.

медицинското казнено право. Со нивното законско регулирање и меѓународноправната заснованост се воспостави поефикасен систем за заштита на правата од здравствената сфера, а личното право на секој поединец да располага со сопствените добра и вредности и сам да решава за своето здравје е показател за тенденциите на државата за повлекување од патерналистичкиот пристап на ова поле.

Правото на информирана согласност и начелото на автономија се клучни и основни и во системот на биоетички начела, како во европската, така и во американската етика и право. Суштината на споменатото право на пациентите и субјектите на биомедицински истражувања се состои во слободен избор на третман и давање *согласност* за негово спроведување и право на одбивање на третман при што ваквата *одлука* на лицето треба да е *логичен след на сложен процес на соодветно информирање* адаптирано на личноста на пациентот/субјектот од страна на медицинските лица за видот и природата на болеста, третманот, предностите и недостатоците, очекуваните придобивки и ризици итн.

Примената на патерналистичкиот принцип и отсуството на автономија во минатото доведоа до ситуации пациентите без своја волја да бидат подложувани на несакани, често премногу ризични или болни третмани, или до екстремни крајности, како на пример, спроведување на нехумани дискриминациски експериментални медицински програми во текот на Втората Светска војна.

По Нирнбершките судења и востановувањето на т.н. Нирнбершки кодекс започна развојот на биоетиката и медицинското право со изразена либерална димензија каде правото на автономија и информираната согласност станаа клучен елемент во тој процес. Потврдено низ сите подоцнежни меѓународни инструменти за заштита на правата на човекот во сферата на биомедицината, особено со Конвенцијата од Овиједо на Советот на Европа, правото на информирана согласност стана стандард за сите биомедицински процедури, како за експерименталните, така и за терапевтските.

За жал, природата на самата оваа проблематика оневозможува апсолутна примена на ваквата концепција, па така како исклучоци од правото на информирана согласност се јавува концептот на претпоставена согласност (често присутен во трансплантациската регулатива), ситуациите со деца и лица со ментални пречки и душевни заболувања и сл., кои не се способни да изразат правно релевантна волја, а одлуката за нив ја носи законски застапник, сам или заедно со друг авторитет, како на пример суд, социјален орган и сл. Сепак, од големо значење е, зависно од способноста на лицето за расудување, да се земе предвид и мислењето, на

детето, на пример, при што посебно се посочува фактот дека како што децата во определени ситуации може да сносат кривична одговорност, така може и да одлучуваат за сопственото лекување.

По минуциозната правна разработка и создавањето гаранции за заштита на правото на автономија на пациентите и други субјекти на биомедицинските процедури, вистински предизвик, особено во неразвиените земји и крвките демократии останува да биде прашањето на доследната примена на правата кои произлегуваат од начелото на автономија; се чини, дека скоро и да нема многу други сфери каде што дискрепанцата меѓу регулативата и практиката е толку голема.

Самата природа на оваа проблематика налага не само покомпетентни институции и обучен кадар, туку и подобро биоетички информирани и едуцирани граѓани, што е задача на секоја демократска држава, од причина што, како што и претходно наведовме, скоро секое лице најмалку еднаш во животот ќе биде поставно пред дилемата како да донесе правилна одлука за себе или за друг, за третман од биомедицински карактер или воопшто да донесе биоетичка одлука.

**THE INFORMED CONSENT IN THE SYSTEM OF PATIENTS'
RIGHTS
(from Nuremberg to Oviedo)**

Although the specific physician - patient relation has been subject of scientific interest for decades, the dominance of the relatively new concept of autonomy raised the patients' rights standards that have become legally regulated subject and responsibility not only for the health professionals but also for the health institutions.

In the system of the patients' rights, a special place holds the informed consent, also known as "the golden standard" of the medical interventions, because it represents an emanation of the concept of autonomy according to which the patient decides on his/her treatment after proper information on his condition, possible treatment options and other relevant circumstances, expected risks and benefits of each possible treatments etc. The "Informed" consent is a process in which primarily, the patient is informed about all the above aspects, and then provides consent in the manner and form as prescribed by law. Although one of the fundamental rights, it is often violated because of inadequate implementation of the process of informing the patient.

Key words: informed consent, patient, doctor, right, health institution

⁴⁸ Assistant professor of Faculty of law "Iustinianus Primus" – Skopje, University "Ss. Cyril and Methodius"

РЕФОРМА НА МАКЕДОНСКИОТ СИСТЕМ НА ОБЈЕКТИВНА ОДГОВОРНОСТ: СО ПОСЕБЕН ОСВРТ НА ОДГОВОРНОСТА ЗА ШТЕТА ПРИЧИНЕТА ОД ЖИВОТНИ

УДК: 347.516:34.04(497.7)

Original research paper

Резиме

Тема на трудот се главните белези на македонскиот систем на објективна одговорност за причинета штета, а како резултат на реформата на Законот за облигационите односи извршена во 2008 година. По идентификацијата на наведените белези, се преоѓа на основните концепти на македонскиот систем на одговорноста за штета причинета од животни. Преку согледување на состојбата на правните решенија со кои што се уредуваше проблематиката до измените и дополнувањата на Законот за облигационите односи од 2008 година, се поставуваат основните концепти на кои што се базирани новите решенија. Притоа, се наведуваат основните концепти на реформата, а со цел да се согледаат соодветноста и оправданоста на актуелните правни правила.

Клучни зборови: *штета, животни, објективна одговорност, реформа*

1. Воведни излагања

Неспорно е дека деликтните штети се самостоен извор на облигацијата. Правната техника ова, повеќе или помалку, го уважува. Оттаму, повеќето правни системи поседуваат релативно кодифицирани системи на правила кои што се однесуваат на деликтните облигации. Последново особено се однесува на ситуациите кога зборуваме за причинета вондоговорна штета. Кога станува збор за облигациите кои што

* Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје, Република Македонија.

настануваат поради причинета вондоговорна штета, правилата кои што на истите се однесуваат се секако поразработени и подетални од оние кои што се однесуваат на договорната штета. Не навлегувајќи во евентуалната потреба од единствен систем на вондоговорните и договорните деликтни облигации (под услов последниве навистина да можат да се именуваат како „деликтни“), тема на овој труд се единствено вондоговорните облигации настанати повод причинета штета.

Инаку, македонското правило поседува релативно кодифицирани правила за одговорноста за причинета вондоговорна штета. Истите се кодифицирани, секако, во Законот за облигационите односи,¹ додека некои посебни случаи на вондоговорна штета се оставени на посебни прописи. Притоа, одредбите на ЗОО за вондоговорната одговорност за причинета штета се резултат на преземањето на одредбите содржани во Законот за облигационите односи на социјалистичка Југославија.² Ова особено ако се имаат предвид одредбите на основната верзија на ЗОО од 2001 година,³ која пак го замени ЗОО 1978.⁴ После тринаесет годишна примена на одредбите на ЗОО 1978 и на ЗОО 2001, соодветно, во 2008 година се пристапи кон донесување на измени и дополнувања на ЗОО.⁵ Наведената реформа, помеѓу другото, се однесуваше и на т.н. отштетно право.

Целта на овој труд е да ги прикаже главните белези на наведената реформа. Притоа, посебно се задржуваме на реформата на македонскиот систем на објективната одговорност за предизвикана штета, а особено имајќи ја предвид одговорноста за штетата причинета од животни, како посебен вид објективна одговорност за предизвикана штета. Се задржуваме на овој посебен вид објективна одговорност затоа што истата не беше уредена ниту во ЗОО 1978 ниту пак во ЗОО 2001. Наведената состојба на правната регулатива е јасна, кога станува збор за ЗОО 1978, имајќи предвид дека наведената материја беше оставена во републичка (и покраинска) надлежност.⁶ Со донесувањето на ЗОО 2001, меѓутоа, и понатаму се одржа состојбата од времето на важењето на ЗОО 1978. Оттаму, со донесувањето на Новелата 2008, седумнаесет години по

¹ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13 - ЗОО.

² *Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија*, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89 - ЗОО 1978.

³ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01 - ЗОО 2001.

⁴ Вид. Г. Галев, Ј. Дабовиќ-Анастасовска, *Облигационо право: практикум, книга прва*, Просветно дело, Скопје 2001, 7-8.

⁵ Закон за изменување и дополнување на Законот за облигационите односи, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 84/08, 81/09 и 161/09 - Новела 2008.

⁶ Вид. Ј. Радишиќ, *Облигационо право: општи део*, 7-мо изд., Номос, Београд 2004, 258.

осамостојувањето на Република Македонија, за прв пат системски се уреди материјата на одговорноста за штета причинета од животни.

Притоа, како што споменавме, со Новелата 2008 се реформираше целокупниот систем на вондоговорната одговорност за штета.⁷ Ова покрај останатите интервенции во системот на македонското облигационо право. Притоа, кон реформирањето на македонското отштетно право се пристапи мошне внимателно, имајќи ги предвид неспорните квалитети на ЗОО 1978, односно на ЗОО 2001, кои што од своја страна се главно базирани на Скицата на Законикот за облигациите и договорите на проф. Михаило Константиновиќ.⁸ Кратко речено, идејата на реформата беше постојниот систем да се доразработи и појасни, а не да се гради целосно нов систем. Сево ова, се разбира, имајќи ги предвид животните потреби и потребите на правната практика, особено во насока на триесет годишното постапување на последнава.

Релевантноста на проблематиката за одговорноста и надоместувањето на штетата причинета од страна на животни, генерално, не би требало посебно да се елаборира.⁹ Ова од едноставна причина што самите животни потреби ја детерминираат правната регулатива. Каква истата ќе биде, пак, е оставено на законитостите на правната техника, а согласно концепциските белези на системот на одговорноста за предизвикана вондоговорна штета. Имајќи го сето погоре наведено предвид, во понатамошниот текст ќе се задржиме на основните концепти на македонскиот систем на одговорноста за штета причинета од животни. Притоа, со цел проблематиката да се разгледа концептуално, истата ќе ја разгледаме во релација со реформата на целокупниот систем на објективна одговорност за штета, извршена со Новелата 2008. Ова не само поради тоа што останува релевантноста на општите правила за објективната одговорност за штета, туку и имајќи предвид дека одговорноста за штетата предизвикана од животни се третира како зародиш на самата објективна одговорност.¹⁰

⁷ Вид., подетално, кај Н. Гавриловиќ, „Новелирање на македонското отштетно право“, *Деловно право* 20/2009, 427 и понатаму.

⁸ М. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Centar za dokumentaciju i publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969.

⁹ Постојат, секако, соодветни општествено-економски аргументи не само за потребата од соодветна правна регулатива, туку и за нејзината содржинска соодветност. Поради просторни ограничувања, овој текст нема да се задржува на овие прашања, па истите ги оставаме за некоја друга прилика.

¹⁰ Вид. G. Wagner, „Comparative Tort Law“, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (eds. M. Reimann, R. Zimmermann), Oxford, Oxford University Press 2006, 1029.

2. Ризикот како основ на одговорноста

Бидејќи кон интервенциите содржани во Новелата 2008 се пристапи системски, соодветно беше најпрво да се појде од основите на одговорноста за штета, кои што пак даваат одговор на прашањето зошто се одговара за причинетата штета. Притоа, текстот на чл. 141 ЗОО 2001, кој што пак беше идентичен со чл. 154 ЗОО 1978, ги уредуваше не само основите на одговорноста туку и претпоставката за постоење вина во случаите на субјективна одговорност за предизвикана штета. Имено, чл. 141(1) ЗОО 2001 предвидуваше дека тој што ќе му причини штета на друг должен е да ја надомести, доколку не ќе докаже дека штетата настанала без негова вина. При изработката на Новелата 2008, наведеното решение беше оценето како неадекватно, и тоа од две причини. Прво, уредувањето на концептот на претпоставена вина очигледно беше надвор од обемот на чл. 141 ЗОО 2001. Второ, решението беше фрагментарно затоа што не го уредуваше степенот на вина кој законски се претпоставува. Оттаму, се одлучи текстот на одредбата се ограничи само на идентификација на основите на одговорноста, па чл. 141(1) ЗОО сега предвидува дека тој што со вина ќе му причини штета на друг, должен е да ја надомести.

Според актуелната редакција на чл. 141 ЗОО, како основи на одговорноста се уредени вината (чл. 141(1) ЗОО) и зголемениот ризик, односно опасните ствари и опасните дејности (чл. 141(2) ЗОО).¹¹ Притоа, одговорноста за опасните ствари и опасните дејности очигледно се третира како одговорност без оглед на вина, иако во чл. 141(3) ЗОО се предвидува дека за штета без оглед на вината се одговара и во други случаи предвидени со закон. Ваквата состојба на регулативата, и по Новелата 2008, е резултат на споменатите тенденции кои што подразбираат дека во ЗОО треба да се интервенира со особено внимание, имајќи ја предвид не само востановената правна традиција, туку и евентуалната опасност на определени интервенции да не им се даде поголемо значење отколку она кое што истите навистина го имаат.¹² Може да се изведе, оттаму, заклучок дека ЗОО како основи на одговорноста, според решенијата содржани во чл. 141 ЗОО, ги утврдува вината и ризикот од опасните ствари/дејности.

¹¹ За забележување е дека ЗОО, и по Новелата 2008, и понатаму зборува за „предмети“, а не за „ствари“.

¹² Спор. Н. Гавриловиќ, „За личните права и поправањето на штетата настаната со нивна повреда: некои дилеми на новото македонското отштетно право“, *Деловно право* 32/2015, 12-19.

По својата правна суштина, одговорноста за штета без оглед на вината како свој основ го има ризикот, бил тој создаден или контролиран. Ризикот, како таков, е покриен со формулацијата која што подразбира дека опасни ствари и опасни дејности се оние од кои што произлегува „зголемена опасност од штета за околината“.¹³ Од друга страна, одредбата од чл. 141(3) ЗОО може да се толкува и во насока на тоа дека објективна одговорност може да се заснова и во оние ситуации кога, стриктно, штетата не е последица ниту на опасна ствар ниту на опасна дејност. Ова, секако, може да се брани од едноставна причина што „со закон“ се предвидуваат не само основите на одговорноста, туку и ситуациите во кои за причинетата штета се одговара „без оглед на вината“.¹⁴ Ризикот, оттаму, е основ на објективната одговорност, барем согласно актуелниот систем на ЗОО.¹⁵

3. Главни белези на интервенциите извршени кај објективната одговорност за штета

За разлика од зафатите направени на теренот на субјективната одговорност кои што, патем речено, се од помал обем, обемот на оние направени на теренот на објективната одговорност за штета е нешто поголем. Притоа, од аспект на материјата каде е интервенирано, овие измени во поголем дел се однесуваат на посебните видови на објективна одговорност за штета отколку на општите одредби за објективната одговорност. Таков е случајот и со одговорноста за штетата причинета од страна на животни.

Инаку, што се однесува на општите одредби за објективната одговорност за причинета штета, номотехнички беше направена само една измена, во насока на појаснување. Имено, со текстот на Новелата 2008 се

¹³ Спор. М. Karanikić-Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 71-73.

¹⁴ Се разбира, дали конкретното (посебно) законско решение со кое се предвидува објективна одговорност е соодветно или пак не, е сосема друго прашање.

¹⁵ Инаку, посредно, Новелата 2008 уредува уште еден основ на одговорноста, а тоа е справедливоста. Ова се прави преку воведувањето на начелото на справедливост во основните одредби на ЗОО. Така, според одредбата од чл. 10-а ЗОО, начелото на справедливост се применува во случаите точно определени со закон, како што се одделни случаи поврзани со одговорноста за штета, општите услови на договорот, раскинувањето на договорот поради променети околности и слично. Во теоријата не постои некој голем спор околу тоа дека справедливоста е посебен основ на одговорноста за штета. Што се однесува до законскиот текст, справедливоста (правичноста) не е спомената во чл. 141 ЗОО, но таа е проткаена низ многу места во законот.

направи обид да даде дефиниција на поимите опасна ствар и опасна дејност. Притоа, при редакцијата на решенијата на Новелата 2008, постоеја две можности за ова да се направи: или преку редакцијата на посебна одредба или преку вметнување на поимот на опасните ствари и опасните дејности во некоја од постојните одредби. При редактирањето на решенијата на Новелата 2008 беше одбрана втората опција. Така, дефинирањето на поимите беше вклучено во чл. 159 ЗОО, кој што се однесува на претпоставката на постоењето каузалитет помеѓу опасната ствар или опасната дејност и штетата настаната во врска со нив. Ова беше направено со цел да се потенцира (зголемениот) ризик како посебен основ на одговорноста, бидејќи токму овој ризик ја оправдува претпоставката на постоењето на каузалитетот, па оштетениот не мора да докажува дека истиот постои. Како што се гледа, ова беше направено во контекст на одредбата од чл. 141(2) ЗОО.

Така, согласно актуелните решенија за опасен се смета онаа ствар чија што положба, употреба, особина или самото нејзино постоење претставуваат зголемена опасност од настанување штета за околината. Не е, притоа, битно дали стварта е подвижна или недвижна. Се разбира, оваа дефиниција не е некоја новина во македонското право за одговорноста за вондоговорна штета. Практиката, а особено теоријата, најчесто ја даваше оваа дефиниција на поимот опасна ствар, и нејзината опасност ја квалификуваше од аспект на зголемениот ризик за штета за околината, детерминиран било од положбата на стварта, било од нејзината употреба, било од некоја нејзина особина или било од самото постоење на стварта. Инаку, содржински дефиниција беше преземена од чл. 136(1) на Скицата на проф. Константиновиќ. Од друга страна, Скицата не содржеше дефиниција на поимот опасна дејност, што изгледа е резултат на теоретските гледишта на авторот на Скицата.¹⁶ Поради тоа, Новелата 2008 дефинираше дека под поимот опасна дејност се подразбира дејноста чие вршење претставува зголемена опасност од настанување штета за околината.

Може да се констатира дека преку овие две поимања, кои што секако се за поздравување, Новелата 2008 само законски го уреди она што провејуваше низ практиката и теоријата во минатите неколку децении, како во периодот пред донесувањето на ЗОО 1978, така и по неговото донесување. А оваа заслуга лежи токму во напорите на проф. Константиновиќ, кој низ неговата Скица создаде една цела правна култура во рамките на цивилистика на простори. Ваквите поимања, пак, имаат

¹⁶ Вид. М. Константиновиќ, *Облигационо право: према белешкама са предавања*, Савез студената Правног факултета у Београду, Београд 1959, 113.

соодветно влијание и на посебните видови објективна одговорност за причинета штета, имајќи ја особено предвид и одговорноста за штета причинета од животни. Со воведувањето на наведените поими на опасна ствар и опасна дејност, како и со изречното уредување не само на одговорноста за штетата причинета од животни како објективна, туку и на онаа причинета од градеж,¹⁷ содржината на одредбите на Новелата 2008 добива јасна контекстуалност во пристапот.

Конечно, повторно преку наведената основна интервенција на теренот на објективната одговорност, Новелата 2008 не само што даде дефиниција на поимите опасна ствар и опасна дејност, туку и ги постави јасно границите на оваа одговорност. Целта на ваквото формулирање на одредбата од чл. 159 ЗОО беше, на едно место, да се претстават спецификите на објективната одговорност за штета. Оттаму, во чл. 159 беше вметната формулација која што сугерира дека каузалитетот не само што се претпоставува, туку и дека истиот може да го прекине само причината која што е на страната на оштетениот или на трето лице, односно која што настанала поради виша сила. Со ова, во чл. 159 ЗОО се потврдува дека, начелно, основите за ослободување на имателот на опасната ствар и вршителот на опасната дејност од одговорноста се вишата сила (чл. 163(1) ЗОО) и дејствието на оштетениот или некое трето лице (чл. 153(2) ЗОО). Сево ова, во крајна линија, како потврда на ставот дека објективната одговорност е одговорност без оглед на вината на штетникот (имателот на опасната ствар, односно вршителот на опасната дејност).

4. Посебно за одговорноста за штета причинета од животни

Како што споменавме, одговорноста за штетата причинета од животни не го најде своето место во ЗОО 2001, веројатно по инерција од фактот што материјата не беше уредена ниту со ЗОО 1978, иако поради сосема инакви причини. Во секој случај, бидејќи ЗОО 2001 оваа проблематика пропушти да ја уреди, Новелата 2008 овој недостаток го исправи. Притоа, се тргна од неколку основни концепти кои што, следствено, беа преточени во правни норми. Овие концепти, секако, се базираа на главните белези на постојниот систем на објективната

¹⁷ Со Новелата 2008, исто така, беше реформирана и одговорноста за штетата причинета од неисправен производ. Дополнително, со Новелата 2008 се направија и интервенции со кои изречно се предвиде дека објективна одговорност имаме и кај т.н. посебни случаи на одговорност за штета.

одговорност за предизвикана штета, уреден со ЗОО 1978 и ЗОО 2001 и дополнет со Новелата 2008.

Оттаму, основен белег на одговорноста за штетата причинета од страна на животни е дека истата се уредува како надградба на постојниот систем на објективната одговорност за штета содржан во ЗОО. Ова, покрај од суштествените причини за кои што ќе говориме подолу, и поради постојната структура на прописот, имајќи предвид дека одредбите за одговорноста за штетата причинета од животни се уредени во отсекот кој што се однесува на објективната одговорност за штета, но одвоено од општите одредби за оваа одговорност. Имено, од аспект на систематиката, по општите одредби за објективната одговорност во ЗОО се уредени постојните посебни видови објективната одговорност за штета, односно случаите на одговорност во случај на несреќа предизвикана со моторни возила во движење и одговорност за неисправен производ. Со Новелата 2008 последниве беа изменети и дополнети и по нив беа додадени посебни одредби како за одговорноста за штета причинета од животни така и за одговорноста за штета причинета од градеж.

Следен белег на реформата извршена со Новелата 2008, а како последица на претходниот, е дека одговорноста за штетата причинета од страна на животни се третира како објективна. При редактирањето на Новелата 2008, имено, а имајќи предвид дека станува збор за нови решенија, се постави прашањето како да се квалификува оваа одговорност. Со други зборови, требаше да се одлучи дали одговорноста ќе се квалификува како објективна или како субјективна.

Одговорот на ова прашање на беше едноставен, не само поради тоа што во рамките на судската практика постоеја различни гледишта по ова прашање. Така, одговорноста за штетата причинета од диви животни најчесто се третираше како објективна.¹⁸ Од друга страна, што се однесува до штетата причинета од домашни животни, постоеја и гледишта што ја квалификуваа како објективна¹⁹ и како субјективна,²⁰ додека некои беа контрадикторни. На ова секако се надоврзува фактот што старите правни правила сугерираа субјективна одговорност (§ 1320 од Општиот австриски граѓански законик, § 815 од Српскиот граѓански законик и чл. 582 од Општиот црногорски имотен законик). Исто така, не беше сосема јасно дали донесувањето на ЗОО 1978 имаше некакво влијание при формирањето став за евентуалната објективна одговорност за штетата

¹⁸ Вид., на пр., одлука на Врховниот суд на Словенија, Пж. 1165/77 од 02.02.1978 година.

¹⁹ Вид., на пр., одлука на Врховниот суд на Србија, Гж. 1148/58.

²⁰ Вид., на пр., одлука на Сојузниот врховен суд, Рев. 3391/62.

причинета од животни, воопшто.²¹ Конечно, и во правната теорија постоеја различни ставови по однос на овие прашања.²²

Оттаму, со Новелата 2008 се донесоа две битни одлуки по однос на оваа одговорност. Прво, со Новелата 2008 се одлучи да се изврши релативна унификација на правилата за одговорноста за штета причинета од животни. Ова во смисла што Новелата 2008 не прави разлика, од аспект на основот на одговорноста, помеѓу штетата причинета од диви и домашни животни, додека кај последниве не прави разлика помеѓу корисните животни и домашните миленици. Правилата од чл. 165-ж до 165-и ЗОО, оттаму, се однесуваат на штетите причинети од сите категории животни. Унификацијата е релативна, затоа што кај штетите од дивеч и штетите од животни настанати на јавни патишта постојат извесни специфичности. Второ, а што се однесува до основот на одговорноста, Новелата 2008 го постави правилото за објективна одговорност на имателот на животното. Ваквиот став беше резултат на можноста животните да се дефинираат како своевидни опасни ствари.²³

Така, во контекст на објективната одговорност, Новелата 2008 предвиде дека за штета причинета од животно одговара неговиот имател, било тоа да се наоѓа кај него, било да се загубило или избегало (чл. 165-ж(1) ЗОО). Формулацијата на одредбата сугерира дека имателот одговара без оглед на вина, на што сугерира и споменатото сместување на овој вид одговорност во рамките на отсекој кој што ја уредува објективната одговорност за причинета штета. Што се однесува до тоа кои сè лица се сметаат како иматели, Новелата 2008 предвиде дека како имател се подразбира сопственикот, закупецот, послугопримачот, плодоуживателот и слично (чл. 165-ж(3) ЗОО). Идејата беше под поимот „имател“ да се подразбере секое лице кое има владение врз животното, а тоа владение не е инцидентно. Имајќи го последново предвид, можеби ќе беше подобро терминот „имател“ да се дефинираше на начелно место во чл. 160 ЗОО, како би се покриле сите случаи на објективна одговорност за причинета штета. Од тој аспект, за жал, реформскиот опфат на Новелата 2008 беше претесен и ја опфати само одговорноста за штета од животни. Со други зборови, она што сега е јасно за штетата причинета од животни може да биде нејасно за објективната одговорност, воопшто.

²¹ Вид., на пр., одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 2984/91 од 03.12.1991 година.

²² Вид. О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник, Београд 2007, 468; В. Vizner, *Граѓанско право: книга треќа*, 2-го изд., изд. аутога, Ријека 1969, 780.

²³ При изработката на Новелата 2008, исто така, се имаа предвид и решенијата од Скицата на проф. Константиновиќ, каде одговорноста за штетите од животни беше уредена како објективна.

На овој начин, со Новелата 2008 се покрија главните ситуации на одговорноста за штетата причинета од животни. Сепак, имајќи ги предвид системските претензии на Новелата 2008, требаше да се уредат и ситуациите кога животното е дадено на користење на друго лице, било од сопственикот или пак од друг имател. Ова од причина да се отстранат евентуалните сомнежи дали определени лица можат или не да се третираат како иматели на животното, а имател веќе може да се идентификува. Во насока на ова, при редакцијата на правните решенија се предвиде дека за штетата причинета од животно, исто како и неговиот имател, одговараат и лицето на кое животното му е дадено на користење, односно доверено на чување или грижа, како и установата на која животното и е доверено на чување или грижа, во рамките на нејзината редовна дејност (чл. 165-з(1) ЗОО). Притоа, одговорноста на ова лице/установа и имателот е солидарна, ако овој не им укажал за маните на животното, а согласно чл. 165-з(2) ЗОО.²⁴

Битно е да се повтори, како битен концептуален пристап на Новелата 2008, дека споменатите правила се однесуваат на сите категории животни. Имено, концептуален пристап на Новелата 2008 е дека постојат единствени правила за одговорноста, без оглед дали се работи за домашни или диви животни, односно дали се работи за домашните миленици и т.н. корисни животни, во рамките на групата домашни животни. И покрај ова, редактирани се посебни одредби со кои што го регулира прашањето за носителот на одговорноста за штета причинета од дивеч. Притоа, основното правило е дека за штетата причинета од дивеч одговара корисникот на отворено или затворено ловиште (чл. 165-и(1) ЗОО). Со други зборови, корисникот на ловиштето се смета за имател на животното. Што се однесува до штетата причинета од дивеч за кој што е пропишана трајна забрана на ловење, за неа одговара државата, доколку не докаже дека штетата настанала по вина на оштетениот (чл. 165-и(2) ЗОО).

Ваквиот пристап на Новелата 2008 е навидум противречен, но се чини оправдан од причина што со посебните правила кои што се однесуваат на одговорноста за штета причинета од дивеч само се специфицира кој ќе се смета за имател на дивечот. Основот на одговорноста, меѓутоа, останува. Вистинската противречност доаѓа до израз, меѓутоа, ако се има предвид дека одговорноста за штета причинета од страна на дивеч е веќе уредена во Законот за ловството,²⁵ како што

²⁴ Спор. чл. 143(2) од Скицата на проф. Константиновиќ.

²⁵ Службен весник на Република Македонија, бр. 26/09, 82/09, 136/11, 01/12, 69/13, 164/13, 187/13, 33/15 и 147/15 - ЗЛ.

беше случај и со претходниот Закон за ловството.²⁶ Оттаму, предимство на примената, и тоа само во однос на истоветните прашања на регулирање, имаат правилата на ЗЛ. Ова јасно произлегува од формулацијата содржана во чл. 165-и(3) ЗОО *in fine*, но и од општата одредба од чл. 16 ЗОО. На овој начин, се остава впечаток за ограничениот обем на реформата извршена со Новелата 2008.²⁷

Конечно, што се однесува до обемот на одговорноста на имателот на животното, истата е ограничена со општите основи за границите на објективната одговорност за причинета штета: вишата сила, дејствието на трето лице или дејствието на оштетениот.²⁸ Како би се избегнале недоумици во поглед на придонесот на оштетениот, во чл. 165-ж(2) ЗОО е редактирано правило според кое имателот одговара и за штетата што вознемиреното животно ќе му ја причини на лицето кое со добра волја настојувало да го укроти и задржи. Дополнителни правила за заштита на оштетениот, комплементари на оние од чл. 23(3) од Законот за сопственост и други стварни права,²⁹ се уредени во чл. 165-s ЗОО. Единствено специфично правило за обемот на одговорноста е содржано во чл. 165-и(2) ЗОО, каде одговорноста на имателот на дивечот е ограничена со вината на оштетениот.

5. Заклучни согледувања

Значењето на реформата извршена со Новелата 2008 се чини неспорно. Општо гледано, Новелата 2008 е мошне квалитетен легислативен текст, и тоа генерално. Ова е од особено значење ако се има предвид самиот квалитет на ЗОО како законски текст од областа на една од најчувствителните и најелегантните правни области. Токму поради ова, глобалната оценка за Новелата 2008 е секако позитивна. Евидентно е дека се пришло со должно внимание и почит кон класичните институти на облигационото право. Инаку, по обем, Новелата 2008 претставува значајно зафаќање во општиот дел на ЗОО, додека во посебниот дел се направени

²⁶ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 20/96, 26/96, 34/97, 69/04, 84/07, 113/07 и 88/08.

²⁷ Дополнително, неизбежно е да се спомене и постоењето посебни одредби во Законот за јавните патишта, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 84/08, 52/09, 114/09, 39/10, 124/10, 23/11 53/11, 44/12, 168/12, 163/13, 187/13, 39/14, 42/14, 166/14, 44/15 и 116/15 – ЗЛП, но и за ова во друга прилика.

²⁸ Вид. Г. Галев, Ј. Дабовиќ-Анастасовска, *Облигационо право*, 3-то изд., Просветно дело, Скопје 2012, 692.

²⁹ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 31/08, 92/08, 139/09 и 35/10.

неколку конкретни интервенции. Со други зборови, т.н. отштетно право е само еден од сегментите каде Новелата 2008 изврши интервенции, во облик на измени и дополнувања.

Што се однесува на обемот на интервенции во областа на одговорноста за вондоговорна штета, со Новелата 2008 се изврши зафаќање во безмалку сите сегменти на оваа одговорност.³⁰ Кај објективната одговорност, како што е споменато, се направени крупни интервенции. Ова не само со воведувањето правила за одговорноста за штета причинета од животни и одговорноста за штета причинета од градеж, туку и со реформирањето на одговорноста за штета причинета од неисправни производи. Контекстуално, во поглед на покриените штети, за овие одговорности се релевантни и измените и дополнувањата кои што се однесуваат на надоместувањето на нематеријалната штета, преку воведувањето на начелото за заштита на личните права, појаснувањето на критериумите за досудување справедлив паричен надомест, уредувањето на прашањето за втасување на обврската за исплата на справедливиот паричен надомест, итн.

Целта на реформата беше законските решенија од областа на одговорноста за вондоговорна штета да се реформираат од аспект на нивната поголема применливост. Како што самата содржина на усвоените решенија покажува, главната водилка при редактирањето на Новелата 2008 беше во прописот да се дадат одговори на некои дилеми на практиката. Ова секако важи и за одговорноста за штетата причинета од животни. Велиме појаснување, од причина што сме на став дека и решенијата на ЗОО 2001 даваа соодветна основа одговорноста за штетата причинета од животни да се смета за објективна. Сепак, практиката секако поседува определени неотпорности така што изречното регулирање се чини корисно и пожелно. Поради тоа, од аспект на суштественоста на интервенциите на Новелата 2008, би рекле дека нејзините решенија не се нови во апсолутна смисла на зборот.

Во секој случај, при редакцијата на решенијата се тргна од искуствата на практиката и секогаш се имаше предвид усвоените концепти да можат да бидат лесно применливи. За успехот на ова одговор ќе даде самата практика. Така, на пр., во практиката и понатаму постојат определени недоумици во поглед на основот на одговорноста за штетата

³⁰ Така, се интервенираше во општите одредби за одговорноста за штета, субјективната одговорност, објективната одговорност, договорната одговорност, посебните случаи на одговорност и нематеријалната штета и нејзиното надоместување.

причинета од животни.³¹ Од друга страна, постои и практика која што е во линија со системот на ЗОО, по интервенциите на Новелата 2008.³² Оттаму, мораме да заклучиме дека самата практика треба да изврши извесна промена во својот пристап кон определени прашања. Ова во насока на подоследна примена на законските одредби, кои што се чинат јасни и доволно еластични.

Сепак, самите решенија на Новелата 2008 секако не се совршени, иако напорите кои што со истата беа направени, а во насока на интегрално уредување на прашањето за одговорност за штета од животни, заслужуваат неоспорни пофалби. Така, на пр., во чл. 165-и(3) ЗОО се споменува, *inter alia*, и соодветната примена на правилата за субјективната одговорност за штета, па не е јасно дали оваа примена е резултат на можноста одговорноста на државата да се исклучи (или намали) поради вина на оштетениот, неукажувањето за маните на животното на лицето/установата каде е на користење или чување или пак значи нешто повеќе. Она што, меѓутоа, е најголем недостаток на реформата извршена со Новелата 2008, е секако оставањето на впечаток на фрагментарност, имајќи ги предвид посебните правила содржани во ЗЛ и ЗЈП.

Од друга страна, изгледа дека ова не е недостаток на Новелата 2008, самата по себе. Имено, првенствена интенција на Новелата 2008 беше да се интервенира во ЗОО 2001, а не во посебни прописи. За волја на вистината, Новелата 2008 можеше да интервенира или да ги измени одредбите на посебните прописи, но ова само би довело до дополнителни компликации и одолгвлекувања имајќи ги предвид различните надлежности. Дури и кога Новелата 2008 би уредила различни решенија за истите прашања, во однос посебните прописи, би се отворило прашањето за утврдувањето на *lex specialis*-от. Во секој случај, иако во поглед на комплетноста на нејзините решенија за одговорноста за штетата причинета од животни е несовершена, Новелата 2008 претставува значаен напредок во однос на актуелниот систем на одговорноста и дава соодветна основа за понатамошно надградување и дообликување.

³¹ Вид., на пр., одлука на Основниот суд во Крива Паланка, П.бр. 66/10 од 12.01.2011 година, одлука на Основниот суд во Куманово, Малв. VI. П.бр. 173/2009 од 18.03.2010 година, одлука на Основниот суд во Винаца, Малв.П-43/2010 од 24.11.2010 година, итн.

³² Вид., на пр., одлука на Основниот суд во Битола, П Малв.бр. 26/14 од 25.04.2014 година, одлука на Основниот суд во Битола, Малв ТС 26/2014 од 03.02.2015 година, итн.

**REFORM OF THE MACEDONIAN SYSTEM OF STRICT LIABILITY:
WITH SPECIAL EMPHASIS ON THE LIABILITY FOR DAMAGE
CAUSED BY ANIMALS**

Summary

The subject matter of the paper is the presentation of the main features of the Macedonian system of strict liability for damages, as a result of the reform of the Law on Obligations from 2008. After the identification of said features, the paper follows the basic concepts of the Macedonian system of liability for damage caused by animals. By considering the legal solutions which covered such situations preceding the amendments to the Law on Obligations from 2008, the paper outlines the basic concepts on which the new legal solutions are based. The basic concepts of the reform are, subsequently, scrutinized in order to consider the appropriateness and feasibility of the current legal rules.

Key words: *damage, animals, strict liability, reform*

* Assistant Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University “Ss Cyril and Methodius” in Skopje, Republic of Macedonia.

Д-р Јелена Трајковска-Христовска¹

ЗА ПОТРЕБАТА ОД ПРОШИРУВАЊЕ НА НАДЛЕЖНОСТИТЕ НА УСТАВНИОТ СУД НА РМ

(THE NEED FOR EXPANDING THE FUNCTIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA)

УДК: 342.565.4(497.7)

Original research paper

Клучни зборови: Уставен суд, превентивна контрола на уставноста, уставна тужба, човекови права.

Key words: Constitutional Court, Preventive control of Constitutionality of Acts, Constitutional complaint, Human rights

Вовед

Уставно судската контрола на нормативните акти во Република Македонија е доверена на Уставниот суд.

Уставно судската книжевност констатира шаренило на надлежности кои ги остваруваат уставните судови. Заедничко за сите уставни решенија е примената на принципот на енумерација при конкретизирањето на надлежностите на уставните судови.

Надлежноста на Уставниот суд на Република Македонија е *materia constitutionis*, а одделните постапки преку кои се остварува неговата надлежност се предмет на уредување од страна на Деловникот на Уставниот суд на РМ². Така, надлежноста на Уставниот суд опфаќа:

¹ Д-р Јелена Трајковска-Христовска е доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

² Во контекст на споменатото мора да се потенцира анализата на споредбените системи на контрола на уставноста за кои е карактеристично презицирањето на надлежноста на уставните судови со устав, но деталното уредување со закон на прашањата кои се однесуваат на одделните постапки преку кои се остваруваат тие надлежности. Имено, прашањата за субјектите кои можат да се јават во својство на овластени предлагачи и

- Одлучување на согласноста на законите со Уставот;
- Одлучување на согласноста на другите прописи и на колективните договори со Уставот и со законите;
- Ги штити слободите и правата на човекот и граѓанинот што се однесуваат на слободата на уверувањето, совеста, мислата, и јавното изразување на мислата, политичкото здружување и дејствување и забраната на дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност;
- Решава за судирот на надлежностите меѓу носителите на законодавната, извршната и судската власт;
- Решава за судирот на надлежностите меѓу органите на Републиката и единиците на локалната самоуправа;
- Одлучува за одговорноста на претседателот на Републиката;
- Одлучува за уставноста на програмите и статутите на политичките партии и здруженија на граѓани;
- Одлучува за други прашања утврдени со Уставот.

I. За потребата од превентивна контрола на уставноста на меѓународни договори

Односот на уставниот суд кон меѓународните договори може да се разгледува на две нивоа:

1. ***Меѓународните договори како основ на контролата на уставноста на правните акти-*** Во зависност од тоа каков е односот на уставниот систем кон меѓународното право, меѓународните договори можат да бидат основ и предмет на контрола на уставноста. *Славнић*

начините на покренување на постапката како елементи на постапката од една страна, предметот на контрола на уставноста, видовите одлуки и нивното правно дејство, па дури и конкретни рокови и услови, претставуваат *materia legis*. Деловничките одреби уредуваат прашања кои се однесуваат на текот на самата постапка или некои нејзини одделни фази, но пред се тоа се прашања кои се однесуваат внатрешната организација на судовите, стручните служби, начинот на распределба на предметите, комисиите или другите работни единици, службите за техничка поддршка на работата на судот итн. Во РМ со исклучувањето на можноста да се донесе Закон за Уставен суд или Закон за постапките и правното дејство на одлуките на Уставниот суд (како оној од 1974 година), севкупната материја е оставена на уредување со одредби на Деловникот на Судот.

истакнува три основни начини на „внесување на меѓународните норми во правните поредоци на државата”³ и тоа:

- модел кој предвидува автоматизам и преку кој меѓународните норми непосредно стануваат внатрешни норми (пр. САД чл.6.ст2од Уставот)

- внесување на меѓународното право преку постапка на ревизија на уставот односно преку дополнување на уставот или измена со уставен закон (пр. во Австрија, одредбите од ЕКЧП добиваат ранг на уставни норми преку дополнување на Уставот⁴)

- внесување на меѓународните норми во внатрешниот правен поредок на начин што на истите им се дава сила на закон и тоа преку закон за ратификација на меѓународниот договор.

Тренеска -Дескоска, истакнувајќи дека ратификуваните меѓународни договори добиваат свое место во хиерархијата на правните акти во современите земји, класифицира две основни групи⁵:

- Земји чии уставы прокламираат дека меѓународните договори се дел од внатрешното право, но не признаваат изречно супрематија на меѓународните инструменти (Австрија, Шпанија, Украина) и

- Земји во кои меѓународните договори стануваат дел од внатрешниот правен поредок и се повисоки во однос на законите (Германија, Словенија, Холандија, Хрватска, Бугарија)- Најсоодветен пример е одредбата од чл.153 од Уставот на Словенија според која „Уставниот суд одлучува за согласноста на меѓународните договори и другите акти со меѓународните договори ратификувани од Националното собрание кои се во сила”⁶. Одредбата директно посочува дека основата на

³ *Од државе која одумире ка правној држави*. Славнић Љиљана. Службени гласник. Београд.1994. р. 48

⁴ Одлука SLG.4049/1961 на Уставниот суд на Австрија. Adamovich истакнува дека основната причина за уставната ревизија од 1964 година е да се регулира начинот на кој меѓународните договори добиваат статус на уставна норма. Така, основниот мотив за уставата измена од 1964 година е и Одлуката на Уставниот суд од 1961 година со која тој го одбива уставниот ранг на ЕКЧП. Во одлуката Уставниот суд утврдил дека законодавниот орган не ја испочитувал уставната обврска да специфицира дека договорот го модификува (дополнува) Уставот.

Подетално види: *Impelemting international legal obligations. Dilemmas for national constitutional law*.

Adamovich L. http://www.concourt.am/hr/ccl/vestnik/2.12-2001/adamovich_eng.htm

⁵ *Контрола на уставноста и законитоста: основа и предмет*. Тренеска-Дескоска Рената. Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први” во Скопје во чест на проф.д-р Стрезо Стрезовски. Скопје.2006. р. 808

⁶ Чл.153 Устав на Република Словенија

контролата на уставноста се и ратификуваните меѓународни договори кои се на сила.

2. Меѓународните договори како предмет на контролата на уставноста– Покрај прашањето дали меѓународните договори претставуваат основ за контролата на уставноста на правните акти, односот на уставните судови кон меѓународните договори може да се анализира и од аспект дали и на кој начин се остварува контролата на уставноста на меѓународните договори. Во контекст на тоа може да се класифицираат: а) група земји чии уставни содржат јасна и експлицитна надлежност на уставните судови да остваруваат контрола на уставноста на меѓународните договори како Австрија, Словенија и Франција (надлежност на Уставниот совет) и б) група земји чии уставни ваква надлежност *expressis verbis* не врзуваат за Уставните судови, но овие органи низ практиката, а особено преку толкувањето на уставните норми кои се однесуваат на односот внатрешно-меѓународно право, ја извлекуваат оваа надлежност (Италија и Германија). Државите кои го прифаќаат решението меѓународните договори да претставуваат предмет на контролата на уставноста, најчесто ја остваруваат превентивната контрола на уставноста (Шпанија⁷, Словенија⁸, Германија⁹). Сепак, не е исклучена можноста да се оствари и *a posteriori* контрола на уставноста на

⁷Органскиот закон за Уставен суд (Чл.27.ст.2) на Кралството Шпанија, прецизно утврдува дека „ прашањето за оценка на уставноста може да биде покренато во врска со меѓународните договори”. Контролата на меѓународните договори во Шпанија е превентивна. Таа се остварува во онаа фаза кога волјата на законодавецот е изразена и во фаза на подготвување на актот за негова ратификација. Доколку Уставниот суд утврди несогласност на меѓународниот договор со Уставот, Парламентот не може да го ратификува меѓународниот договор доколку не изврши уставна ревизија.

⁸ Уставните одредби од чл.160 од Уставот на Република Словенија предвидуваат дека во текот на ратификацијата на меѓународните договори, на барање на претседателот на Републиката, Владата и најмалку 1/3 од членовите на Националното собрание, Уставниот суд обезбедува мислење за уставноста на меѓународниот договор. Националното собрание е обврзано со мислењето на Уставниот суд.

⁹Меѓународните договори претставуваат предмет на оценка на уставноста. Во Германија е прифатено становиштето дека меѓународните договори претставуваат дел од внатрешниот правен поредок и хиерархиски се надредени во однос на законите. Супрематитјата на меѓународните договори е предвидена со Основниот закон, а тоа *per se* претставува поволен момент за контрола на усогласеноста на законите и другите акти со меѓународните договори. Тргувајќи од ова појдовно становиште, Сојузниот Уставен суд на Германија, иако нема изречна надлежност да ја оценува уставноста на меѓународните договори, низ пракса ја извлекол надлежноста за превентивна контрола на уставноста на овие акти. Имено, овој орган ја цени уставноста на меѓународните договори по нивната ратификација, а пред нивното промолгирање и објавување. Сојузниот закон за Уставен суд низ една од 14 постапки кои ги уредува, ја регулира и материјата која се однесува на постапката за оценка на согласноста на меѓународните договори со Уставот.

меѓународните договори, од страна на уставниот суд, како примерот на Австрија, со таа карактеристика што во случај на несогласност на меѓународниот договор со уставот, не се донесува одлука на касација, туку таа несогласност се констатира и меѓународниот договор не се применува од страна на државните органи. Следно прашање е дали законите за ратификација на меѓународните договори (според теоријата на трансформација) ќе бидат предмет на контрола на уставноста и дали таа контрола на уставноста ќе се состои само во оценката на формалната или и на материјалната уставност на законот за ратификација. Во контекст на тоа се наведуваат становиштата дека законот за ратификација може да биде предмет само на формална оценка на уставноста, а дека оценката на материјалната уставност се врзува само за меѓународниот договор (Германија). Законите за извршување на меѓународниот договор, во системите кои ги познаваат овие закони, исто така можат да бидат предмет на контрола на уставноста (Германија¹⁰ и Италија).

Уставот на Република Македонија не предвидува изречно надлежност на Уставниот суд да ја оценува согласноста на меѓународните договори. Од практиката на Уставниот суд може да се заклучи дека Уставниот суд на РМ има еден неконзистентен однос кон ова прашање. Во прилог, треба да се напоменат одлуката (У.бр. 230/1996) со која Уставниот суд ја отфрла иницијативата за оценка на уставноста на Законот за ратификација на Привремената спогодба меѓу РМ и Грција¹¹ и одлуката (У.бр. 178/2000) со која Уставниот суд ја отфрла иницијативата за оценка на уставноста на Законот за ратификација на Договорот меѓу државите страни во Северноатланскиот договор и другите држави учеснички во партнерството за мир за статусот на нивните сили и Дополнителниот протокол меѓу државите страни во Северноатланскиот договор и другите

¹⁰Đuric го наведува и примерот на Сојузниот уставен суд на Германија кој преку уставна жалба се впуштил во оценка на уставноста на амандманот на Основниот закон, чија цел е да се обезбедат уставни претпоставки за ратификација на Договорот од Мастрихт. Во самата одлука Судот непосредно се изјаснил за компатибилноста на самиот меѓународен договор со Основниот закон. Види *Kontrola ustavnosti meѓunarodnih ugovora*. Đuric Vladimir. Pravni život -casopis za pravnu teoriju i praksu. 12/1998. IV tom. Kniga 445. Beograd. p. 148 и BVerfGE 89/155

¹¹ По поднесената иницијатива за оценка на уставноста на чл.1 од Законот за ратификација на привремената спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција, Уставниот суд се огласил за ненадлежен по основ дека Уставниот суд одлучува за согласноста на законите со Уставот, а не и за меѓународните договори. Имено Судот оценил дека согласноста на меѓународните договори со Уставот ја врши Собранието на РМ, во постапка на негова ратификација. По неговата ратификација, тој станува дел од внатрешниот правен поредок, а со тоа и директно извршив. У.бр. 230/1996 од ноември.1996

држави учеснички во партнерството за мир за статусот на нивните сили¹². Во обата случаи Судот ја отфрла иницијативата за оценка на согласноста на Законите за ратификација, со образложение дека оценката на уставноста на меѓународните договори е надвор од надлежностите предвидени во чл.110 од Уставот на РМ.

Наспроти споменатиот заземен став на Уставниот суд на РМ, треба да се спомене одлуката на Уставниот суд од 2002 година (У.бр. 140/2001) во која Уставниот суд повикувајќи се одредбите од чл.108 и чл.110 од Уставот РМ, според која Уставниот суд одлучува за согласноста на законите со Уставот, оценил дека „Уставот му дава можност да ја испитува и формалната и материјалната страна на Законот за ратификација на Билатералниот договор склучен помеѓу Република Македонија и Република Грција, за изградба и управување на нафтоводот”. Во продолжение на оваа одлука Судот констатирал дека:

- Инвестициониот договор како составен дел на Законот за ратификација не е објавен, (формална неуставност);

- дека одредбите од Договорот (чл.5,8,18,23,и24) содржат множество привилегии и повластици за стратешкиот инвеститор, со кои се повредува уставното начело на еднаква правна положба на сите субјекти на пазарот(материјална неуставност);

- дека со Договорот е повредено начелото на владеење на правото како темелна вредност на уставниот поредок на РМ (материјална неуставност);

- дека е повреден чл.33 од Уставот „според кој секој е должен да плаќа данок и други јавни давачки да учествува во намирувањето на јавните расходи на начин утврден со закон, со оглед дека во Договорот на стратешкиот инвеститор му се признава право на ослободување од плаќање на данок и други јавни давачки (материјална неуставност)¹³.

Три години подоцна, во Решението (У.бр.150/05), Уставниот суд повторно го менува својот став и наспроти одлучувањето како во

¹² Во Решението У.бр. 178/2000 Судот ја отфрла иницијативата за поведување постапка за оценка на уставноста на Законот за ратификација на Договорот меѓу државите страни во Северноатланскиот договор и другите држави учеснички во партнерството за мир за статусот на нивните сили и Дополнителниот протокол меѓу државите страни во Северноатланскиот договор и другите држави учеснички во партнерството за мир за статусот на нивните сили, констатирајќи дека „ во чл.110 од Уставот е определено, Уставниот суд да одлучува за согласноста на содржината на законите со Уставот и за согласноста на содржината на другите прописи со Уставот и со законите, како и за други таксативно наведени прашања, но не и за содржината на меѓународните договори. У.бр.178.2000 од јануари 2001

¹³ Одлука У.бр.140/2001 од декември 2002

претходната одлука, Судот се огласува за ненадлежен да ја оценува уставноста на меѓународните договори со истото образложение¹⁴.

Интересен е и феноменот, Уставниот суд да донесува Решение со кое не поведува постапка за оценка на уставноста на меѓународниот договор, но во истото одлучува мериторно (У.бр.341/95). Така во т.1 од Решението, Судот вели „ не се поведува постапка за оценување на уставноста на чл. 1 од Законот за ратификација на Привремената спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција, за да кон крајот на Решението Судот констатира „тргнувајќи од содржината на наведените уставни и законски одредби според мислењето на Судот, Собранието на РМ има уставно-правна основа да ја ратификува привремената спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција како меѓународен договор, и според тоа оцени дека чл. 1 од Законот за ратификација, *е во согласност со Уставот*, поради што не го постави прашањето за негова согласност со чл.119 од Уставот¹⁵.

Спировски ќе констатира дека „тешко е да се рече дека јуриспруденцијата на Уставниот суд во оваа област се карактеризира со конзистентни ставови, иако квалитативно некои изгледаат како такви. Може да се забележи дека на моменти Судот оди преку границата, која самиот ја поставил, за да подоцна се врати на неа”¹⁶.

Конечно, сето споменато оди во прилог на становиштето дека „промената на одлучувањето на Уставниот суд на РМ, наместо чувар на уставниот поредок го прави манипулатор со Уставот, што во голема мера е на штета на кредибилитетот на овој орган”¹⁷. Имено, за разлика од системите кои го прифаќаат моделот на трансформација, а кои го покренуваат прашањето за тоа кога треба да се оствари контролата на уставноста на меѓународните договори (во текот на постапката за негова ратификација или по ратификацијата на договорот), моделот на уставно-судска контрола на уставноста во РМ, сеуште ја нема расчистено дилемата дали меѓународните договори претставуваат предмет на оваа

¹⁴ Решение У.бр.150/02 од јули.2005 година. Со решението се отфла иницијативата на Универзитетот „Св. Кирил и Методиј” во Скопје за оценка на уставноста на одредени членови од Спогодбата меѓу Владата на Република Македонија и Владата на Република Албанија и Спогодбата меѓу Владата на Република Македонија и Владата на Република Бугарија за заемо признавање на документите за образование и за научни степени.

¹⁵ Одлуката У.бр 341/95 од јануари 1996 година .

¹⁶ Судска контрола на актите на надворешната политика: улогата на уставните судови. Спировски Игор. Р. 122

¹⁷ *Контрола на уставноста и законитоста: основа и предмет*. Тренеска-Дескоска Рената. Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први” во Скопје во чест на проф.д-р Стрезовски. Скопје.2006. р. 813

контрола. Уставниот суд кога е во прашање споменатата надлежност презентира слика на „wild mood swings”.

Затоа конечно, треба да се заклучи дека постои потреба од проширување на овластувањата на Уставниот суд на РМ, во насока надолжување на листата на надлежности со превентивната контрола на меѓународните договори, односно законите за ратификација. До тогаш, Уставниот суд треба:

- да се воздржи од менувањето на воспоставените становишта за ова прашање;
- да ја напушти примената на инструментите специфични доктрината на само-воздржување во одлучувањето (пр. ненадлежност да одлучува или подведување на случајот под доктрината на „политичко прашање”¹⁸) и
- низ праксата да ја воспостави и негува превентивната контрола на уставноста на меѓународните договори, следејќи го искуството на Германија и Италија.

II. За потребата од уставна тужба во РМ

Кога е во прашање контролата на уставноста на правните акти, од споредбените анализи може да се заклучи дека уставно -судската контрола на уставноста на правните акти која ја остваруваат уставните судови, се реализира на две нивоа и тоа:

1) контрола на уставноста на општите правни акти (преку комбинација на моделите на апстрактна и конкретна контрола од една страна и превентивна и репресивна контрола на уставноста од друга страна) и

2) преку контрола на уставноста и законитоста на поединечните правни акти со кои е сторена повреда на загарантираните слободи и права, преку уставна тужба, уставна жалба или recurso de amparo constitutional итн¹⁹.

Вториот аспект е исклучително важен, не само затоа што наведениот инструмент се јавува како значаен и исклучително моќен

¹⁸ У.бр.111/93 од ноември 1993 (иницијатива за оценка на уставноста и законитоста на актот на ладата на РМ со кој се согласи за прием на РМ во членство на ООН под име БЈРМ) и У.бр.140/1999 од јуни 2000 (иницијатива за оценување на уставноста на одлуката за воспоставување на дипломатски односи меѓу Република Македонија и Република Кина)

¹⁹ Термините кои се користат за означување на овој инструмент се: Verfassungbeschwerde (Германија), Beschwerden (Австрија), Recurso de amparo constitutional (Шпанија), Constitutional complaint, уставна тужба (Хрватска), уставна жалба (Србија) итн.

механизам за заштита на човековите права, туку затоа што истиот може да се искористи и како повод судовите *ex officio* да покренат постапка за оценка на уставноста на општиот правен акт кој бил основ за донесување на актот со кој повредата е сторена.

Уставот на РМ предвидува ограничена надлежност на Уставниот суд да одлучува за заштита само на одреден број права и тоа: слободите и правата на човекот и граѓанинот што се однесуваат на слободата на уверувањето, совеста, мислата, и јавното изразување на мислата, политичкото здружување и дејствување и забраната на дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност²⁰. Од наведеното решение се добива впечатокот дека основната интенција на уставотворецот била фокусот на работа на Уставниот суд да биде контролата на уставноста и законитоста на општите правни акти. Предвидувајќи го тоа, уставотворецот ги оставил граѓаните без можност да бараат заштита на своите права и слободи (освен превидените) од страна на Уставниот суд, во услови кога истите се повредени со поединечни правни акти и на тој начин ја одземал можноста од дополнителен механизам преку кој неуставните правни акти во системот може да се детектираат.

Деловникот на Уставниот суд на РМ во IV дел под наслов „Постапка за заштита на слободите и правата од чл.110 алинеја 3 од Уставот на Република Македонија” или прецизно низ 7 члена, ја уредува надлежноста на Уставниот суд која се однесува на заштитата на определени слободи и права. Деловничките решенија предвидуваат дека „секој граѓанин што смета дека со поединечен акт или дејство му е повредено право или слобода утврдени со чл.110 алинеја 3 од Уставот на РМ, може да бара заштита од Уставниот суд во рок од 2 месеци од денот на доставувањето на конечен или правосилен поединечен правен акт, односно од денот на дознавањето за преземање дејство со кое е сторена повреда, но не подоцна од 5 години од денот на негово превземање”²¹. Наведената одредба е битно да се анализира од два аспекти и тоа: 1) Уставниот суд манифестира исклучително рестриктивен пристап во заштитата на и онака ограничениот број права и слободи, што е видливо од причина што Деловникот се ограничува само на терминот граѓанин, а не и „човек” како што Уставот предвидува и 2) веројатно плашејќи се од зголемување на обемот на работа, Судот предвидува дополнителен инструмент со кој пропорционално се зголемува можноста да не се постапува по вакви предмети-субјективен и објективен рок.

²⁰ Чл.110 алинеја 3 од Уставот на РМ

²¹ Чл.51 од Деловник на Уставниот суд на РМ

Понатаму, деловничките одредби предвидуваат дека во барањето е потребно да се наведат причините поради кои се бара заштита, актите или дејствијата со кои правата и слободите се повредени, фактите и доказите на кои се заснова барањето, како и другите податоци потребни за одлучувањето на Уставниот суд. Барањето се доставува на одговор до донесувачот на поединечниот акт, односно органот кој превзел дејство со кое правата и слободите се повредуваат, во рок од 3 дена од денот на поднесувањето. Рокот за одговор изнесува 15 дена²². За заштитата на слободите и правата Уставниот суд одлучува, по правило врз основа на одржана јавна расправа. На јавната расправа се покануваат учесниците во постапката, народниот правобранител, а по потреба можат да се повикаат други лица, органи или организации. Јавната расправа може да се одржи и ако некој од учесниците во постапката или народниот правобранител не присуствуваат, доколку се уредно поканети²³. Со одлука за заштита на слободите и правата ќе се утврди дали постои нивна повреда и во зависност од тоа Судот, ќе го поништи поединечниот акт, ќе го забрани дејството со кое е сторена повредата или ќе го одбие барањето²⁴. Сето споменато, претставува воедно и одговор на тоа колку далеку се уставните и деловничките решења на РМ во однос на вообичаената дефиниција за уставна тужба²⁵.

Искуството од остварувањето на уставно-судската контрола на уставноста во останатите земји кои го акцептираат наведеното правно средство, посочува дека најголемиот обем на работа на уставните судови и најголемиот процент од одлуките кои судовите ги донесуваат се однесуваат на постапување по инструментот уставна жалба. Тоа не е случај со Република Македонија. Уставниот суд на РМ добива релативно мал број на барања за заштита на слободите и правата, а статистичките податоци упатуваат дека во најголем број по истите, Судот донесува решенија со кое ги отфрла по различен основ и тоа: нендалежност да

²² Чл.53 од Деловник на Уставен суд

²³ Чл. 55 од Деловник на Уставен суд

²⁴ Чл. 56 од Деловник на Уставниот суд

²⁵ Подетално: *Права и слободи на човекот во Република Македонија*. Дескоска Рената. р.169. Споредувајќи ги елементите и обележјата на овој инструмент на заштита на човековите слободи и права, Дескоска потенцира дека:

- Уставната жалба е специјално правно средство;
- Таа е правно средство за заштита на основните права (во Словенија ги опфаќа сите загарантирани права и слободи, а во Германија и на останатите норми на уставот и уставните принципи);
- Таа е правно средство кое се поднесува против актите на сите органи на државната власт;
- Може да се користи само за заштита на сопствените, а не и туѓите права;
- Тоа е специјално правно средство, а не и основно уставно право само по себе.

одлучува за заштита на права кои со Уставот не се предвидени (У.бр. 29/97), одлучува само кога е во прашање заштита на сопствени, а не туѓи права (исто У.бр.29/97), ненадлежност да одлучува за повреда на акт кој не е конечен или правосилен (пр. обвинителен акт како во У.бр.168/97), ненадлежност да одлучува за права и интереси на странката во конкретен предмет (У.бр. 23/2012, У бр. 89/2012). За мал број на поднесени барања Уставниот суд одлучувал *in merito* (пр.У.бр.84/2009 и У.бр155/2011).

Конечно, се поставува прашањето на кои сè елементи ќе треба да се внимава во случај да дојде до проширување на надлежноста на Уставниот суд, преку воведувањето на инструментот уставна жалба. Во контекст на тоа, ќе треба да се разгледаат следните прашања:

▪ **Обем на права кои ќе бидат предмет на заштита со овој инструмент-** Уставно-судската книжевност анализира различни решенија во врска со обемот на правата кои се заштитуваат со уставна жалба. 1) Искуството на Германија и нормативните решенија *zarecurso de amparo constitutional* во Шпанија, посочуваат дека овој инструмент е моделиран првично да обезбеди заштита на основните човекови слободи и права. Сепак во уставните одредби и одредбите од Сојузниот закон за Уставен суд на Германија, се посочува дека обемот на правата е пошироко поставен и ги опфаќа основните човекови слободи и права, и принципот на еднаквост, правото на слобода, избирачкото право, правото на правично судење, и правото на отпор против секој кој сака да го наруши или повреди воспоставениот поредок, доколку ниту едно друго средство не е дозволиво. Во Шпанија нормативната рамка, обемот на заштита го уредува на начин што покрај основните слободи и права, *expressis verbis* го наведува и принципот на еднаквост. 2) Словенскиот модел од друга страна не предвидува ограничување на правата кои можат да бидат заштитени со инструментот на уставна жалба. Така, предмет на заштита можат да бидат не само правата и слободите предвидени со Уставот, туку и правата предвидени во ратификуваните и објавени меѓународни документи. Наведеното решение секако обезбедува поширок обем на права кои се заштитуваат, но од друга страна мора да се потенцираат два моменти и тоа: а) уставната жалба не е инструмент кој е во симбиоза со т.н *actio popularis* и б) ваквото решение (а особено комбинацијата на уставна жалба и *actio popularis* за покренување постапка за оценка на уставноста на правните акти) доведува до значително зголемување на обемот на работа на Уставниот суд. Тоа само по себе се коси со идејата овој орган да се издвои од системот на редовното судство.

Конечно, системот на уставно -судска контрола на уставноста во РМ ќе треба да избира помеѓу овие две алтернативи. Секако, решението ќе

зависи и од начинот на уредување на прашањето за активно легитимираните субјекти за покренување постапка на контрола на уставноста.

▪ **Субјекти кои ќе имаат право на активна легитимација-**

Во Словенија субјекти кои можат да поднесат уставна жалба пред Уставниот суд се сите физички и правни лица и народниот правобранител. Во Шпанија *recoursos de amparo constitucional* можат да поднесат, исто така сите физички и правни лица, народниот правобранител и државниот обвинител. Тоа ги опфаќа не само државјаните, туку и странците. Во Германија правото на активна легитимација, исто така ги опфаќа сите физички лица со деловна способност и правните лице (дури и оние правни лица кои не се регистрирани во земјата). Врзано за субјектите кои имаат право на активна легитимација во РМ мора да се потенцира деловничката одредба од чл.51 која упатува на решението „секој граѓанин“ а не секој „човек“, што значително ја ограничува можноста за остварување на заштита пред Уставниот суд на со Уставот предвидените права. Искуството на шпанскиот Уставен суд во поглед на ова решение и пракса треба да се избегне. Од друга страна треба да се земат во предвид искуствата на земјите кои овој инструмент го практикуваат, а правото на уставна жалба го врзуваат и за правните, а не само физичките лица. Конечно, треба да се разгледа можноста и народниот правобранител да се јави како овластен субјект кој би имал право на активна легитимација.

▪ **Акти против кои ќе може да се поднесе ова специјално правно средство-** Системите на уставно-судска контрола на уставноста и законитоста на правните акти класифицираат два основни начини на кои ова прашање е уредено. Едниот модел предвидува дека уставна жалба може да се поднесе за заштита на права кои се повредени со закон, одлуките, правните акти или дејствијата на органите на јавните власти. Тука се вбројуваат одлуките, другите правни акти и дејствијата на државните органи и органите на автономните заедници и сите други органи и организации кои остваруваат јавни овластувања. Оспорувањето на уставноста на закон со уставна жалба, е возможно доколку подносителот на жалбата тврди дека неговите права или некој негов интерес се повредени со донесувањето на законот (*германски модел*). Вториот модел предвидува дека овој инструмент може да се поднесе за заштита на права кои се повредени со одлуките, правните акти или дејствијата на органите на јавните власти. Тука, се вбројуваат одлуките, другите правни акти и дејствијата на државните органи и органите на автономните заедници и сите други органи и организации кои остваруваат јавни овластувања. Можноста од поднесување на уставна

жалба против закон не е дозволена, па потребен е конкретен акт (донесен врз основ на закон) со кој е сторена повредата на правата, за да се покрене постапка пред уставниот суд (*шпански модел*). Нормативните решенија кои се однесуваат на заштитата на слободите и правата од страна на Уставниот суд во РМ, треба прецизно да го регулираат ова прашање. Притоа треба да се потенцира дали заштитата ќе се однесува само на актите со кои повредата на правата е сторена, а се донесени од страна на државните органи, или ќе се примени словенечкото искуство и таа да се однесува на правата кои се повредени со поединечни акти на државните органи, единиците на локалната самоуправа или субјектите кои вршат јавни овластувања. Од друга страна треба да се размисли помеѓу алтернативата дали споменатиот инструмент би можел да се поднесе доколку повредата на правата е сторена со закон (и кои дополнителни услови и ограничувања би се примениле во тој случај) или законот како општ правен акт ќе биде исклучен и уставната жалба би се ограничила само на поединечните правни акти.

▪ **Услови за допуштеност-** Инструментот на уставна жалба претставува конечно, вонредно и дополнително средство за заштита на правата и слободите на граѓаните. Германскиот модел на уставно -судска контрола на уставноста предвидува дека, услови за допуштеност на уставна жалба се директна повреда на некое од заштитените права со самото објавување на законот (не е потребно негово извршување) и супсидијарноста. Првиот услов се однесува кога повредата на правата е сторена непосредно со објавување на законот со кој се причинува повреда на правата или интересите на поединецот, или повреда на правата на граѓанинот со акти на јавните власти (управни акти, судски одлуки и други подзаконски акти). Супсидијарноста како услов се бара кога повредата на правата е сторена со акт на органите на егzekутивата, управните органи или судовите од судскиот систем. Во овој случај уставната жалба се јавува како дополнителен механизам за заштита на правата на граѓаните зошто истиот може да се поднесе пред Уставниот суд само доколку претходно се исцрпени сите механизми на заштита на правата пред редовните судови. Сепак, по исклучок, уставната жалба може да биде предмет на разгледување од страна на Сојузниот уставен суд, без реализирање на претходна заштита на правата пред другите органи (судска заштита), доколку тоа е потребно за да се отклони настанување на тешки последици и ненадоместлива штета и доколку постапувањето по уставната жалба е одопшто значење и интерес. Речиси идентично решение предвидува и Органскиот закон за Уставен суд на Шпанија. Словенската нормативна рамка предвидува дека уставната жалба може да биде поднесена само доколку сите правни лекови за заштита на повредените права се претходно исцрпени. Законот предвидува

дека, Уставниот суд само по исклучок ќе одлучува по поднесена уставна жалба, доколку повредата на правата е „манifestно очигледна” и доколку со примената на актот со кој е сторена повредата можат да настанат тешки и непоправливи последици за нејзиниот подносител. Дополнителен услов за примена на уставната жалба е можноста истата да се поднесе најдоцна во рок од 60 дена од денот на доставување на актот, само доколку претходно сите правни средства за заштита на правата се превземени. Деловничкото решение од чл.51 во РМ, го уредува и прашањето за условите за допуштеност на барањето за заштита на слободите и правата од чл.110 алинеја 3 од Уставот. Така, уставните судии утврдиле дека секој граѓанин ќе може да бара заштита на уставно утврдените права во рок од 2 месеци од денот на доставувањето на конечен или правосилен поединечен акт, односно од денот на дознавањето за превземање на дејство со кое е сторена повредата, но не подоцна од 5 години од денот на неговото превземање²⁶. Уставните судии упатуваат дека е неопходно исклучително да се внимава на начинот на кој ќе се утврдат потребните услови, за да пред судот се реализира постапка за заштита на правата. Во контекст на тоа треба да се спомене искуството и статистичките податоци според кои од вкупниот број на предмети на уставните судови преку 80% (Хрватска), 90% (Шпанија) и до преку 95% (Германија) се предмети по уставни жалби. Тоа конечно може да резултира со дефокусирање на уставните судови од основната надлежност за која се конструирани. Пред да се пристапи кон менување на нормативаната рамка треба да се внимава ефектот од имплементираните решенија да не доведе до подоцнежнo барање за т.н „значајна уставна релевантност” како во Шпанија, барање за „фундаментална уставна важност” како во Германија, барање за „разумна шанса за успех” како во Австрија или како што конечно е искуството примената од *writ of certiorari* на Врховниот суд на САД²⁷.

Конечно, од сето наведено може да се заклучи дека никогаш не е исклучена потребата од дополнителен инструмент за заштитата на правата и слободите и дека доколку се прошират надлежностите на Уставниот суд на РМ, треба да се размислува во насока на имплементирање на уставната жалба. Тоа ќе треба да се стори со исклучително внимание и само по претходни анализи на нормативните решенија и искуствата од земјите кои ја практикуваат.

²⁶ Чл.51. од Деловникот на Уставниот суд

²⁷ Подетално: Уставната жалба во Република Македонија. Спировски Игор. Стручно списание Правник. Бр.251.март.2013. р. 28

Заклучок:

Уставно судската книжевност констатира шаренило на надлежности кои ги остваруваат уставните судови. Надлежноста на Уставниот суд на РМ е *materia constitutionis*. Одделните постапки преку кои се остварува надлежноста на Уставниот суд на РМ се предмет на уредување од страна на Деловникот на Уставниот суд на РМ. Сепак :

- Треба да се размисли околу проширување на овластувањата на Уставниот суд на РМ, во насока на дополнување на листата на надлежности со превентивната контрола на меѓународните договори, односно законите за ратификација. До тогаш, Уставниот суд треба: да се воздржи од менувањето на воспоставените становишта за ова прашање; да ја напушти примената на инструментите специфични доктрината на само-воздржување во одлучувањето (пр. ненадлежност да одлучува или подведување на случајот под доктрината на „политичко прашање”) и низ праксата да ја воспостави и негува превентивната контрола на уставноста на меѓународните договори, следејќи го искуството на Германија и Италија.

- Постои потреба од проширување на надлежноста на Уставниот суд и воведување на инструментот уставна жалба. Никогаш не е исклучена потребата од дополнителен инструмент за заштитата на правата и слободите. Утврдувањето уставна основа за воведување на уставна жалба, треба да се стори со исклучително внимание и само по претходни анализи на искуствата од земјите кои ја практикуваат како и на нормативните решенија кои се однесуваат на обемот на правата заштитени со уставната жалба, субјектите со право на активна легитимација, условите за допуштеност, актите против кои истата може да се поднесе.

Користена литература:

- Lach Kasia, Sadurski Wojciech. Constitutional Courts of central and Eastern Europe: Between Adolescence and Maturity. Journal of Comparative Law Vol.3 issue 2 www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studioric/JCL3-2-final_.pdf
- Mavcic Arne. *Individual complaint as a domestic remedy to be exhausted or effective within the meaning of the EHCR- Comparative and Slovenian Aspect*. 2011. www.concourts.net
- Mavcic Marjan Ante. *Problem ostvarivanja principa dostupnosti u postupku sudske ocjene ustavnosti I zakonitosti*. <http://www.concourts.net>
- Patrono Mario. *The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts- A Comparative Perspective*. Paper was presented to the VUW Law Faculty by Professor Patrono on 20 October 1999 as one part of his Wellington research work "Human Rights in Europe: Achievements and Dangers in the Transition to a New Millenium". 2009
- Pavcnik Marijan, Mavcic Arne. *Ustavno sodstvo*. Cankarjeva Zalozba. Ljubljana. 2000.
- Slavnic Ljiljana. *Neki aspekti ustavne zalbe i uloga Ustavnog suda*. Pravni Zivot Casopis za pravnu teoriju i praksu, 22 godina Kopaonice Skole Prirodnog Prava br.14/2009.
- Snatolaya Pablo. *The Role of Constitutional Court in Stenghtening Constitutional Values: The Spanish Experience*. European Commission of Democracy through Law. Strasbourg. 2011.
- Stojanovic Dragan, Vucic Olivera. *Domasaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlucivanja o ustavnim zalbama gradjana*. Pravni Zivot Casopis za pravnu teoriju i praksu, 22 godina Kopaonice Skole Prirodnog Prava br.14/2009.
- Testen Franc. *The Binding Force of the Decisions of the Constitutional Court of Slovenia*. Seminar on "The effects of the Constitutional Court decisions". European Commission for Democracy through Law. Strasbourg.2003.
- Treneska Deskoska Renata. *Constitutional Complaint, the Notion and Specifics of Constitutional Complaint*. Pravni Zivot Casopis za pravnu teoriju i praksu, 22 godina Kopaonice Skole Prirodnog Prava br.14/2009.
- Wöhrmann Gotthard. *The Federal Constitutional Court: an introduction..* <http://www.iuscomp.org/gla/literature/Inbverfg.htm>

- Дескоска Рената. *Уставниот суд во Република Македонија: предлози за реформа*. Зборник на трудови од меѓународен симпозиум „Современо право, правната наука и Јустинијановата кодификација” том 2. Скопје.2004.
- Дескоска Рената. *Уставниот суд на Република Македонија-дилеми и перспективи*. FORUM EUROPAEUM -Уставниот суд на Република Македонија-статус дилеми и перспективи. Скопје. 2010.
- Силјановска-Давкова Гордана.*Уставниот суд на Република Македонија -од мој агол*. FORUM EUROPAEUM -Уставниот суд на Република Македонија-статус дилеми и перспективи. Скопје. 2010.
- Славнић Љиљана.*Од државе која одумире ка правној држави*. Службени гласник. Београд.1994.
- Спиrowsки Игор. Судска контрола на актите на надворешната политика: улогата на уставните судови.
- Спиrowsки Игор. *Улогата на Уставниот суд во градењето на уставната демократија*. Светски Конгрес на Меѓународното Здружение за Уставно Право, Ротердам. 1999.
- Спиrowsки Игор. Уставната жалба во Република Македонија. Стучно списание Правник Но. 251. Скопје.2013
- Тренеска–Дескоска Рената. *Конституционализмот и човековите права*. Скопје.2006
- Цунов Тодор. *Уставно-судска контрола и заштита на меѓународните договори во Република Македонија*. Зборник во чест на проф.д-р Миле Хаџи Василев. Скопје. 2004

СУПЕРВИЗИЈА НА НОТАРСКОТО РАБОТЕЊЕ

УДК: 347.961

Original research paper

I. Вовед

Надзорот на законитоста, уредноста и ефикасноста во вршењето на нотарските работи, претставува еден од основните постулати на кои се заснова остварувањето на Нотаријатот како јавна служба, односно остварувањето на со закон утврдените јавни овластувања на нотарот. Правилата кои се однесуваат на супервизијата (надзорот) на законитоста на работењето на нотарите во вршењето на нотарската служба, се регулирани со законите кои го уредуваат нотаријатот. Во Република Македонија тоа беше Законот за вршење на нотарските работи со кој е воведен нотаријатот, а кој подоцна целосно е заменет со Законот за нотаријатот, кој се применува и денес.

Соодветно на карактерот и овластувањата на нотарската служба како јавна, самостојна и независна служба, со Законот за нотаријатот е востановен и соодветен систем на двоен надзор. Предвиден е надзор кој го врши Министерот за правда (т.н. надворешен надзор) и надзор кој го врши Нотарската комора на РМ (т.н. внатрешен или интерен надзор). И надворешниот и внатрешниот надзор над работење на нотарот, според времето и начинот како се вршат, можат да бидат редовен и вонреден, и меѓу нив постои јасна концепциска дистинкција во однос на карактерот и целта заради која се врши надзорот, а за што поопширно ќе стане збор во понатамошниот текст.

Постапувањето на нотарот спротивно на законските одредби, констатирано при извршениот надзор, претставува основ за поведување на дисциплинска постапка спрема нотарот над чие работење е вршен надзорот и можност за евентуална дисциплинска одговорност. Во овој труд ќе биде даден и краток осврт на дисциплинската постапка и дисциплинската одговорност на нотарот, која може да биде резултат на претходно извршен надзор, при кој се констатирани недоследности и

¹ Нотар

неправилности во примената на законите и подзаконските акти со кои се уврдени надлежности, обврски и одговорности на нотарот.

Покрај наведените надзори кои се вршат според одредбите на Законот за нотаријатот, над нотарското работење се вршат и други видови на надзори предвидени со посебни закони, со кои на нотарите им се доверени одредени надлежности и одговорности, кои подробно ќе бидат опфатени во овој труд.

II. Надзор над нотарското работење од страна на министерот за правда

Со Законот за нотаријатот² е востановен суштински нов начин на вршење надзор од страна на министерот, за разлика од начинот предвиден со претходниот Закон за вршење на нотарските работи³. Покрај одредбите за вршење надзор содржани во овој закон, не постои друг подзаконски акт кој поблиску ја уредува постапката за вршење надзор над нотарското работење (како што е на пр. Правилникот за вршење надзор над работењето на извршителите).

Надзорот на законитоста на нотарското работење од страна на министерот за правда, се состои од оценка на законитоста на службените дејствија што ги презема нотарот, односно дали нотарот постапува законито, стручно и совесно применувајќи ги законите и правилата за вршење на нотарската служба. Поточно, надзорот се врши во однос на примената на Законот за нотаријатот, Правилникот за работното време на нотарските канцеларии⁴, Правилникот за формата, начинот на пишување и обележување на нотарските исправи и формата и начинот на потврдување на фактите и изјавите⁵, Правилникот за видот, содржината, формата, начинот на водењето и чувањето на актите, уписниците, книгите и имениците на нотарот, начинот на примање и чување на нотарските исправи и предметите од вредност и нивното издавање и преземање како и преземање на други формални дејствија⁶, Правилникот за формата и

² Закон за нотаријатот (Сл. весник на РМ бр. бр.55/07; 86/08; 139/09 и 135/1).

³ Закон за вршење на нотарските работи (Сл. весник на РМ бр. 59/96; 25/98; 6/02, 66/06).

⁴ Правилник за работното време на нотарските канцеларии (Сл. весник на РМ бр. 21/08).

⁵ Правилник за формата, начинот на пишување и обележување на нотарските исправи и формата и начинот на потврдување на фактите и изјавите (Сл. весник на РМ бр. 55/10).

⁶ Правилник за видот, содржината, формата, начинот на водењето и чувањето на актите, уписниците, книгите и имениците на нотарот, начинот на примање и чување на нотарските исправи и предметите од вредност и нивното издавање и преземање како и преземање на други формални дејствија (Сл. весник на РМ бр. 55/10 и 38/12).

содржината на службениот печат, сувиот и водениот жиг, штембилите и фирмата на нотарот, како и начинот на нивното издавање и одземање⁷, Судски деловник⁸, Законот за извршување⁹, како и други закони и прописи кои се од надлежност на нотарите.

„Надворешниот надзор,“ кој се врши од страна на министерот за правда, може да биде **Редовен и Вонреден надзор.**

➤ **Начин и постапка за вршење редовен надзор**

Редовниот надзор се врши врз основа на месечен план за надзор, изготвен од страна на Министерството за правда, кој содржи листа на нотари над чија работа се врши надзор.

По овластување на министерот за правда, надзорот го врши Комисија составена од двајца претставници од министерство за правда од одделението за надзор на работата на нотарите и медијаторите и судија од Основен суд од подрачјето на нотарот над чие работење се врши надзорот. При вршењето надзор од страна на министерот, мора да биде присутен и претседателот на Комората или лице (нотар) овластено од него.

За вршење на надзорот, министерот не е должен претходно да го извести нотарот, но според досегашната пракса, неколку денови (2-3) претходно, овластените лица за вршење на надзор писмено или телефонски го известуваат нотарот за денот, часот и видот на надзорот. За вршењето надзор над работењето над определен нотар писмено се известува и Нотарската комора.

При вршење на надзорот, нотарот е должен да овозможи пристап до просториите и нотарските исправи, и притоа не смее да биде повредена тајноста на списите и заштитените информации. Во пракса, често се случува, членовите на Комисијата која го врши надзорот, заради поедноставно и попрецизно изготвување на записникот за надзорот, од нотарот над чие работење се врши надзорот да бараат фотокопии од прегледаните списи, книги и именици кои ги води. По барање на овластените лица кои го вршат надзорот, нотарот е должен да даде писмено или усно објаснување во врска со прашањата кои се однесуваат на надзорот.

⁷ Правилник за формата и содржината на службениот печат, сувиот и водениот жиг, штембилите и фирмата на нотарот, како и начинот на нивното издавање и одземање (Сл. весник на РМ бр. 55/10 и 99/11).

⁸ Судски деловник (Сл. весник на РМ бр. 66/13 и 114/14).

⁹ Закон за извршување (Сл. весник на РМ бр. 35/05; 50/06; 129/06; 8/08; 83/09; 50/10; 83/10; 88/10; 171/10; 148/11 и 187/13).

Предмет на Редовниот надзор над нотарското работење е:

- опременост на нотарската канцеларија со опрема;
- дали нотарот е осигуран од одговорност за штета и дали уредно го продолжил осигурањето за штета;
- начинот на водење, чување и заштита на уписниците, имениците и други книги утврдени со Законот за нотаријатот и подзаконските прописи, а кои се потребни за вршење на нотарската служба;
- архивирање и чување на списите;
- преку увид во списи на предмети побарани по случаен избор, се врши надзор и од материјален и од формален аспект на начинот на пишување на нотарските исправи (составени нотарски акти, потврдени приватни исправи, заверени потписи, преводи и преписи и сл.), односно дали истите по својата форма и содржина се во согласност со Законот за нотаријатот и другите законски прописи;
- целокупното работење на нотарот во согласност со законите и подзаконските акти донесени од министерот за правда.

За спроведениот надзор Комисијата формирана од министерот, во рок од 60 дена од денот на извршениот надзор, составува записник во писмена форма, од кој еден примерок задолжително се доставува до нотарот над чие работење е извршен надзор и еден примерок до Нотарската комора. Записникот содржи податоци за видот на надзорот кој се врши, нотарот кај кој се врши надзорот, овластените лица кои го вршат надзорот, преземените службени дејствија, наод и констатација и потписи на овластените лица. Поради фактот што постапката за вршење надзор не е уредена со посебен Правилник, а во законот тоа изречно не е наведено, на нотарот врз чие работење е извршен надзорот, во случаи кога има забелешки на одредени констатации внесени во записникот, не му е дадена можност за ставање на приговор на записникот, што претставува сериозен недостаток на постапката за вршење надзор. Заради отстранување на овој недостаток, би требало што побрзо да се донесе посебен Правилник за вршење надзор над нотарското работење од страна на министерот за правда или евентуално вакви одредби да се внесат во Законот за нотаријатот.

По извршениот надзор и евентуално констатируваниот наод за евентуални недостатоци во работењето, во записникот се укажува на потребата за нивно отстранување и му се предлага на нотарот во понатамошното работење нотарските работи да ги врши во целосна

согласност со законската и подзаконската регулатива со која се уредува работењето на нотарот и вршењето на нотарската служба. Доколку при вршењето на надзор (без оглед на тоа дали е редовен или вонреден) се најде и оцени дека со одредено постапување, однесување или преземено службено дејствие од нотарот е повреден законот или правилата на нотарската служба, со што нотарот сторил одреден вид на дисциплинска повреда предвидена со Законот за нотаријатот, министерот за правда поднесува предлог за поведување на дисциплинска постапка до Дисциплинскиот совет на Нотарската комора.

➤ **Начин и постапка за вршење Вонреден надзор**

Надзор над нотарското работење може да се врши и по конкретен предмет (**вонреден надзор**), без претходно известување на нотарот над чие работење се врши тој надзор. Овој вид на надзор се врши по службена должност, врз основа на сознанија за евентуални неправилности во работење на нотарот поврзани за конкретен предмет, добиени од пријави на државни органи, правни и физички лица.

За вршење на Вонредниот надзор, по овластување на министерот за правда се формира Комисија на истиот принцип како и за Редовниот надзор и се врши на ист начин како и Редовниот. И за овој надзор се известува Нотарската комора, за да претседателот определи свој претставник, а во пракса во најголем број случаи, непосредно на денот или неколку дена однапред, се известува и нотарот кај кој ќе се врши надзорот, пред се од практични причини, односно нотарот да овозможи непречено вршење на надзорот и за таа цел евентуално презакаже некои веќе закажани предмети за тој термин. За разлика од Редовниот надзор, каде Комисијата врши контрола над целокупното работење на нотарот за одреден период (две–три години), Вонредниот надзор се врши на постапувањето на нотарот по конкретен предмет и за конкретна нотарска исправа. Во пракса тоа значи, дека ваков надзор се врши, откако во Министерството за правда е доставена определена пријава, претставка или друг вид на писмено, со кој определен субјект кој по некој основ учествувал во постапка пред нотар или има некакви реперкусии од одредена нотарска исправа, истакнува дека нотарот во конкретниот случај, при својата работа направил повреда на законските или подзаконските акти од кои може да произлезе евентуална дисциплинска или друг вид одговорност.

При вршење на Вонредниот надзор, Комисијата која го врши надзорот го контролира конкретниот предмет за кој е поднесена пријавата (пр. предмет УПДР бр. 155/14 во кој нотарот постапувал по Предлог за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа) и пред се ги испитува наводите од претставката (пр. дека Решението е донесено без да е приложена веродостојна исправа). Се разбира, доколку при вршење на овој вид на надзор, Комисијата констатира други пропусти од страна на нотарот (пр. во предметот нема доставница за прием на решението, а истото е прогласено за правосилно) ќе ги земе во предвид и тие наоди. При изготвување на записникот од извршениот надзор се констатираат сите утврдени релевантни факти во врска со конкретниот предмет, без оглед дали за тие околности е поднесена претставката или не. Доколку при извршениот надзор се утврдени одредени пропусти на нотарот, за кои постои основано сомнение дека е направен дисциплински престап, кривично дело и сл., министерот врз основа на извршениот надзор, поднесува пријава за поведување на дисциплинска, кривична или друг вид на постапка.

Табеларен приказ на извршени надзори над нотарското работење од страна на министерот за правда

Видови надзор	2012	2013	2014
Извршени редовни надзори	32	72	56
Извршени вонредни надзори	28	24	34

Основна суштина и содржина на надзорот над работата на нотарите од страна на министерот за правда е обезбедување на законито, стручно, совесно, непристрасно, независно, самостојно и слободно вршење на нотарските должности, зголемување на правната сигурност и законито одвивање на правниот живот и заштита на угледот и довербата кон нотарската служба. Во досегашната пракса, имајќи ги во предвид поведените дисциплински постапки, понагласена беше репресивната компонента на надзорот, но секако, свое место има и корективната и советодавната компонента.

По мое мислење, заради зголемување на легалитетот и компетентноста при вршење на надзор од страна на министерот за правда, без оглед дали тој е редовен или вонреден, неопходно е од страна на министерот за правда да се донесе посебен Правилник за вршење на надзор над нотарското работење, со што на јасен и недвосмислен начин ќе бидат уредени сите аспекти и поединости во врска со вршење на надзорот.

III. Надзор над нотарското работење од страна на нотарска комора на РМ

Т.н. „внатрешен или интересен“ надзор на законитоста на работењето на нотарите, како дел од воспоставениот систем за вршење на надзор, се врши од страна на Нотарската комора, во согласност со одредбите на Законот за нотаријатот и Правилникот за вршење надзор над работењето и обврските на нотарите¹⁰ донесен од Управниот одбор на Нотарската комора. Целта и смислата на овој вид надзор е да се оцени дали севкупните нотарски активности се во согласност со законот и правилата за вршење на нотарската служба, заради отстранување на воочените недостатоци и воедначување на законитото постапувањето на нотарите, што во крајна линија допринесува за подобрување на правната сигурност.

За разлика од надворешниот надзор за кој зборувавме погоре, овој вид на надзор на прв план ја става корективната и советодавната компонента на надзорот, и пред се служи за воедначување на нотарската пракса за исти и слични случаи, како и детектирање и отстранување на констатираните недоследности при вршење на нотарската служба. На ваков начин, Нотарската комора како единствен начин на струково организирање на нотарите, непосредно се грижи за квалитетот и законитоста на нотарското работење, со што во крајна линија на најдиректен начин се зацврстува правната сигурност и се потенцира дигнитетот на нотарската служба.

„Внатрешниот или интересен надзор,“ кој го врши Нотарската комора, може да биде **Редовен и Вонреден.**

Редовниот надзор над работата на нотарите Нотарската комора го врши врз основа на Годишен план кој го донесува Управниот одбор на Комората, а кој содржи листа на нотари, над чија работа Комората ќе врши надзор во текот на годината, утврдени по азбучен редослед и соодветно на секое апелационо подрачје.

На ист принцип како министерството за правда, Комората може да врши надзор и по конкретен предмет (**Вонреден надзор**), без претходно известување на нотарот над чие работење се врши тој надзор. Претседателот на Комората може врз основа на сознанија од добиени

¹⁰ Правилник за вршење надзор над работењето и обврските на нотарите донесен од Управниот одбор на Комората на 9.12.2000 год. и Правилникот за изменување и дополнување на Правилникот за вршење надзор над работењето и обврските на нотарите донесен од Управниот одбор на Комората на 13.12.2008 год.

претставки или обраќања на странки, да определи надзор и по конкретен предмет, без притоа претходно да се извести нотарот на чие работење по тој предмет ќе се изврши надзор. Вонредниот надзор се врши на ист начин како и редовниот надзор.

➤ **Начин и постапка за вршење надзор од Комисиите на Нотарска комора**

Нотарската комора на Република Македонија, преку своите комисии, редовно секоја година врши надзор над работењето на една третина од именуваните нотари, во кој се опфатени нотари од сите апелациони подрачја во Република Македонија. Надзорот го опфаќа периодот од последните две години.

Управниот одбор на Комората надзорот на работењето и обврските на нотарите го врши преку 8 двочлени или трочлени комисии, односно подготвува листа на 8-10 лица овластени од Комората за вршење надзор над работата на нотарите и од нив формира трочлени комисии, од кои еден е член на Управниот одбор, другиот член е од редот на овластените нотари од соодветното апелационо подрачје и третиот - нотар по избор (доколку сака) на нотарот врз чија работа се врши надзорот.

Лицата овластени да вршат надзор над работата на нотарите се определуваат според следните критериуми:

а) нотари со над петгодишно работно искуство во вршењето на нотарската дејност;

б) нотари кои се залагаат за афирмација на нотарската дејност и развој на нотарската служба;

в) нотари со чија досегашна работа се штити достоинството и се чува угледот на нотарската служба;

г) нотари и надворешни стручни лица- судии кои изразуваат волја и согласност да вршат надзор врз основа на овластувања од Комората.

Комисиите, надзорот над работењето на нотарите го вршат во точно определен неработен или работен ден, по претходно известување за денот на вршењето на надзорот, кое известување треба да е доставено до нотарот најдоцна 7 дена пред денот кога е определен надзорот.

Надзорот над работењето на нотарите опфаќа:

➤ начинот на водење на уписници, именици и други книги кои ги води нотарот;

- начинот на пишување на нотарските исправи, односно дали истите по своја форма се во согласност со Законот за нотаријатот и другите законски прописи;
- архивирање и чување на списите;
- наплата на нотарска награда;
- уплата на чланарина на Комората (редовност и висина);
- уплата на осигурување;
- опременост на нотарската канцеларија со опрема;
- усогласување на нотарското работење со актите донесени од Собранието на Комората, Управниот одбор и претседателот на Комората;
- целокупното работење на нотарите во согласност со Законот за нотаријатот и подзаконските акти донесени од министерот за правда.

По спроведениот надзор се составува записник за текот на активностите. Записникот го потпишуваат лицата кои го спровеле надзорот и нотарот над чие работење тој е извршен. Записникот се составува во три примероци, од кои еден примерок останува во архивата на Комората, еден за нотарот и еден се доставува до Министерството за правда. Нотарот врз чие работење е извршен надзорот има право во рок од 8 дена, од денот на приемот на записникот да стави забелешка на истиот. Забелешките на записникот нотарот ги доставува до Управниот одбор на Комората.

Доколку при вршење на надзорот се утврдат неправилности во работењето на нотарот, се преземаат мерки утврдени со Законот за нотаријатот и актите на Комората, на начин што претседателот на Комората поднесува предлог за поведување на дисциплинска постапка до Дисциплинскиот совет, повикувајќи се на фактите и доказите наведени во записникот, како и фактите и доказите дополнително прибавени, а кои се битни за оцена дали постои основано сомнение дека е сторена одредена – точно определена со законот, дисциплинска повреда. Се разбира, доколку од надзорот произлезе основано сомнение дека е сторен друг вид престап (кривичен, управен и сл.), се поднесува пријава до надлежниот орган.

Табеларен приказ на извршени надзори над нотарското работење од страна на Нотарската комора

Видови надзор	2011	2012	2013	2014
Извршени редовни надзори од НКРМ	43	20	19	31
Извршени вонредни надзори од НКРМ	1	0	0	0

По спроведување на предвидените надзори, Нотарската комора преку своите органи, Стручниот совет и Управниот одбор врши согледување и анализа на извршените надзори, и врз основа на добиените резултати, доколку се воочат определени отстапувања во работењето на нотарите или пак нееднакво постапување на нотарите во слични ситуации (начин на водење на уписниците и имениците, архивирање и чување на списи, начин на составување на нотарските исправи исл), предлага определени заклучоци заради отстранување на недоследностите или воедначување на нотарското постапување.

Изложениот начин на вршење надзор над работата на нотарите од страна на Нотарската комора и анализа на резултатите од ваквиот надзор овозможува од една страна директно постапување на нотарот по евентуалните упатства и забелешки, со што се спречува евентуално незаконито или неуредно постапување и отстранување на констатираните забелешки, а од друга страна на генерално ниво подигање на нивото на работа на нотаријатот како целина и градење на воедначена пракса при постапувањето на нотарите во вршење на нотарските работи.

IV. Дисциплинска одговорност на нотарот

Како што е споменато погоре, вршењето на надзор над нотарското работење од аспект на законитоста треба да се доведе во контекст на прашањето за дисциплинска одговорност на нотарот, бидејќи наодите од извршениот надзор можат да бидат основ за евентуална дисциплинска одговорност. Во овој дел накратко ќе биде изложена дисциплинската одговорност на нотарот уредена со Законот за нотаријатот и со Правилникот за дисциплинска одговорност и дисциплинска постапка¹¹.

Според Законот за нотаријатот, нотарот лично е одговорен за вршење на нотарската служба, за повреда на законот, Кодексот на професионална етика на нотарите и актите на Нотарската комора. Всушност, нотарот одговара дисциплински ако со своето однесување во вршењето на службата, спротивно на Кодексот на професионалната етика

¹¹ Правилник за дисциплинска одговорност и дисциплинска постапка донесен од Собранието на Нотарска комора на РМ на 29.9.2007 год., Правилник за изменување и дополнување на Правилникот за дисциплинска одговорност и дисциплинска постапка донесен од Собранието на НКРМ на 27.3.2010 год., Правилник за изменување и дополнување на Правилникот за дисциплинска одговорност и дисциплинска постапка донесен од Собранието на НКРМ на 22.4.2012 год. и Правилник за дополнување на Правилникот за дисциплинска одговорност и дисциплинска постапка донесен од Собранието на НКРМ на 22.3.2014 год.

на нотарите ја нарушува честа и угледот на нотарската служба, ја доведува во прашање довербата на нотарската служба или ако ја повреди нотарската должност со незаконито, нестручно односно несовесно постапување.

Дисциплинска постапка се поведува по предлог на министерот за правда, претседателот на основниот суд на чиешто подрачје е седиштето на нотарот и претседателот на Комората.

Дисциплински органи на Комората се Дисциплински совет, како првостепен орган и Управен одбор на Комората, како второстепен орган. Дисциплинскиот совет е составен од пет члена и нивни заменици со мандат од две години, без право на повторен избор. Два члена и нивни заменици ги избира Владата на Република Македонија на предлог на Комисијата за именување на Владата на Република Македонија, еден судија и негов заменик по предлог на Судскиот совет на Република Македонија и два члена и нивни заменици ги избира Собранието на Нотарската комора на Република Македонија.

За сторена дисциплинска повреда, спрема нотарот може да се изречат следниве дисциплински мерки: писмена опомена, јавна опомена, парична казна, привремено одземање на правото на вршење на нотарска служба, и трајно одземање на правото на вршење на нотарска служба.

Против одлуката на Дисциплинскиот совет со која се изрекува дисциплинска мерка, нотарот има право на жалба до Управниот одбор на Комората во рок од осум дена од денот на приемот на одлуката. Против одлуката на Управниот одбор може да се поведе управниот спор пред Управниот суд.

Табеларен приказ на поведени дисциплински постапки против нотари

	2011	2012	2013	2014
поднесени предлози за поведување на дисциплински постапки против нотари од министерот за правда	4	33	33	44
поднесе предлози за поведување на дисциплински постапки против нотари од претседателот на Нотарска комора	1	1	1	1
донесени одлуки од Дисциплински совет	20	0	24	33

Според податоците наведени во табелата може да се констатира дека во најголем број случаи предлогот за поведување на дисциплинската постапка е доставен од страна на министерот за правда, како последица на извршен редовен или вонреден надзор. Во одредени случаи предлог е поднесен и од страна на претседателот на Нотарската комора по повод поднесена претставка од граѓанин. Досега не е регистриран случај, предлог за поведување на дисциплинската постапка да е доставен од страна на претседателот на судот на чиешто подрачје е седиштето на нотарот.

Табеларен приказ на одлуки по поведени дисциплински постапки против нотари

Одлуки	2011	2012	2013	2014
Видот на изречени дисциплински мерки	Парични казни-3 Јавна опомена-10 Писмена опомена- 1	0	Парични казни-9 Јавна опомена-9 Писмена опомена-1	Парични казни-8 Јавна опомена-16 Писмена опомена-2
ослободени од дисциплинска одговорност	6	0	5	5
поднесени жалби против одлуките на Дисциплинскиот совет при НКРМ	7	0	3	1

Покарактеристични дисциплински повреди кои се опфатени со предлозите за поведување на дисциплинска постапка, се состојат од полесни повреди - неуредно водење на нотарските уписници и повреди кои се однесуваат на прашањето на начинот на пишување на нотарските исправи. Во прилог на ова се и податоците прикажани во табелата, според кои во најголем број на случаи, дисциплинските постапки против нотари се завршени со изречена дисциплинска мерка - **јавна опомена**.

V. Надзор над работењето на нотарот како повереник

Надзорот над работењето на нотарот како повереник на одреден орган го врши самиот тој орган определено во член 136 од Законот за нотаријатот. Органот е овластен да му нареди на нотарот да ги предаде актите и по службена должност присилно да го изврши таквиот налог.

Уште поконкретно, со член 138 став (3) од Законот за вонпарнична постапка¹² е определено дека надзор над работата на нотарот како судски повереник, врши судот што му ја доверил работата. Спроведувањето на надзорот од страна на судот се врши со аналогна примена на член 19 од Законот за судовите¹³. Надзорот од страна на судот се врши во случаите кога нотарот постапува во оставинските предмети како повереници на судот, по доверените извршни предмети и при вршењето на достава како доверена работа од судот.

Во досегашната пракса не се регистрирани случаи на извршен надзор над работењето на нотарот како повереник на суд и на друг орган.

VI. Вршење надзор од страна на Комисијата за вршење надзор над примената на одредбите од Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам и Управата за финансиско разузнавање

➤ Вршење надзор од страна на Комисијата на Нотарската комора

Во согласност со Законот за нотаријатот и Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам¹⁴, Нотарската комора има своја Комисија за вршење надзор над примената на одредбите од Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам, која е составена од 5 члена. Членовите на оваа Комисија ги именува Собранието на Нотарска комора, од редот на нотарите за мандатен период од 4 години без право на повторно именување.

Надлежноста на оваа Комисија се состои во вршење надзор над работењето на нотарите во делот на примената на должностите кои се пропишани со Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам. И оваа Комисија врши два вида на надзор, **Редовен надзор и Вонреден надзор**, кои се вршат врз основа на следните критериуми:

- врз основа на годишните извештаи на нотари,**
- по своја иницијатива или**

¹² Закон за вонпарнична постапка (Сл. весник на РМ бр. 9/08).

¹³ Закон за судовите (Сл. весник на РМ бр. 58/06; 62/06; 35/08 и 150/10).

¹⁴ Закон за спречување на перење пари и финансирање на тероризам (Сл. весник на РМ бр. 130/14).

-по преставки на други нотари, службени лица или странки чии преставки содржат основано укажување дека е извршено сомнителна трансакција

А.) Редовниот надзор се врши врз основа на Годишен план за вршење надзор, кој на почеток на секоја година го донесува Комисијата, и истиот, содржи: вид на надзор, број на нотари над чие работење ќе се врши надзор, класификација на нотари по градови, во кој дел ќе се врши надзор, список на нотари над чие работење ќе се изврши надзор и распоред за вршење надзор.

Систематско вршење надзор од аспект на спречување на перење пари, Комисијата врши на начин што се формираат 5 подкомисии составени од по 2 члена на оваа Комисија, кои во текот на годината непосредно вршат надзор над работењето на определен број на нотари, утврдени во Годишниот план. Комисијата, надзорите ги врши во две полугодија во текот на една година.

При вршење на редовен надзор, предмет на контрола е:

- извршување на должностите за доставување на податоци за сомнителни трансакции до Управата за финансиско разузнавање;
- извршување на должностите за доставување на собраните податоци од извршените трансакции во вредност од 15.000 евра или повеќе до Управата за финансиско разузнавање, на крајот на денот во електронска форма;
- поседување на доказ за пријавените трансакции над 15.000 евра во електронска форма во Управата за финансиско разузнавање;
- применување на индикаторите за анализа на ризикот и за препознавање на сомнителните трансакции;
- изготвување и ажурирање Програма за примена на мерки и дејствија за спречување на перење пари и финансирање на тероризам, и доставување на мислење и увид до Управата за финансиско разузнавање и
- применување на одредбите од Програмата за примена на мерките и дејствијата за спречување на перење пари и финансирање на тероризам.

Б.) Комисијата врши **вонреден (ад хок) надзор** само за определни случаи, и тоа во случај на поднесена претставка против нотар, во кои е содржано основано укажување дека е извршена сомнителна трансакција или по образложено барање на Управата за финансиско разузнавање.

За извршениот надзор се изготвува записник во кој е утврден наод и мислење во врска со обврската на нотарот за спречување на перење пари. Наодот се утврдува од побараните предмети на увид, по случаен избор. За констатираните недостатоци и неправилности, членовите на Комисијата му укажуваат на нотарот во најбрз можен рок да ги острани констатираните недостатоци и го известуваат претседателот на Нотарската комора за преземање на соодветни мерки. Записниците се составуваат на лице место при самото вршење на надзор, во три примероци, од кои еден останува за нотарот над чие работење е вршен надзорот, а два записници се доставуваат до Нотарската комора.

Доколку при вршење на надзорот, Комисијата утврди дека постои основано сомневање за сторено кривично дело или прекршок на перење пари и други приноси од казниво дело, од страна на нотарот или неговите соработници, должна е без одлагање да ги извести претседателот на Комората, Управниот одбор и Дисциплинскиот совет на Комората. Исто така, Комисијата е должна да ја извести Управата и за поднесеното барање за поведување на прекршочна постапка за сторен прекршок, за поведените постапки за порамнување и за исходот од овие постапки. За поведување на дисциплинска постапка против нотар, или поднесувањето на кривична пријава или барање за прекршочна постапка, претседателот на Нотарската комора е должен без одлагање да ја извести Управата за финансиско разузнавање.

Во Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам, се предвидени парични казни (прекршочни санкции) за прекршоци на правните лица, а во определни случаи покрај прекршочната санкција може да се изрече и забрана за вршење на дејност. Овие санкции се однесуваат и за нотарите во случај на непочитување на обврските предвидени со Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам. Додека пак во Законот за нотаријатот е предвидена дисциплинска мерка трајно одземање на правото на вршење нотарска служба, која ќе се изрече во случај на непреземање на пропишаните мерки за спречување на перење пари и други приноси од казниво дело. До денес против ниту еден нотар не е изречена прекршочна санкција, ниту пак е поведена дисциплинска постапка поради непостапување во согласност со одредбите од Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам.

Табеларен приказ на надзори извршени од страна на Комисијата за вршење надзор над примената на одредбите од Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам на Нотарската комора

Вид надзор и мерки	2012	2013	2014
Извршени редовни надзори	70	50	46
Извршени вонредни надзори	0	0	0
Број на нотари кај кои се констатирани недостатоци	4	7	11
Број на преземени мерки	0	0	0

Според податоците прикажани во табелата, кои се резултат од досегашните извршени надзори над работењето на нотарите, може да се констатира дека не се утврдени повреди од страна на нотарите во делот на спречување на перење на пари и финансирање на тероризам. При надзорите извршени од страна на Комисијата се констатирани недостатоци кои што можат да се отстранат (најчести случаи се - изготвена Програма за мерки и дејствија за спречување на перење пари, но истата не е доставена на увид и мислење до Управата за финансиско разузнавање) за што на нотарите во самиот записник за извршен надзор им е укажано во најбрз можен рок да ги отстранат констатираните недостатоци и да ја известат Нотарската комора за постапување по укажувањето на Комисијата.

➤ **Вршење надзор од страна на Управата за финансиско разузнавање**

Покрај надзорот кој го врши Комисијата на Нотарската комора, надзор над примената на мерките и дејствијата за спречување на перење пари и финансирање на тероризам од страна на нотарите е овластена да врши и Управата за финансиско разузнавање. Управата надзорот го врши врз основа на годишна програма за вршење надзор, која ја донесува директорот на Управата.

Надзорот кој самостојно го спроведува Управата, го вршат инспектори, вработени во Управата. При вршење на надзорот кој го спроведува Управата, инспекторот заради отстранување на утврдените неправилности, има право и обврска на субјектот:

- да му укаже на утврдените неправилности;
- да му укаже на утврдените неправилности и да определи рок за нивно отстранување и да му врачи покана за спроведување на едукација;
- да му предложи постапка за порамнување и
- да му поднесе барање за поведување на прекршочна постапка или да поведе друга соодветна постапка.

Табеларен приказ на Надзори извршени во примената на Законот за спречување на перење пари и финансисрање на тероризам од страна на Управата за финансиско разузнавање¹⁵

Вид надзор и мерки	2011	2012	2013
Извршени редовни надзори	7	2	3
Извршени вонредни надзори	0	0	0
Број на нотари кај кои се констатирани недостатоци	3	0	0
Број на презмени мерки	0	0	0

VII. Инспекциски надзори од страна на Дирекцијата за заштита на личните податоци

Станува збор за посебен вид на надзор пропишан со Законот за заштита на личните податоци¹⁶, на начин што Дирекцијата за заштита на личните податоци го исполнува преку вршење надзор над законитоста на преземените активности при обработување на личните податоци и нивната заштита во Република Македонија. Овој вид на надзор се врши на контролорите¹⁷, односно обработувачите¹⁸ на збирките на личните податоци, во кој се опфатени и нотарите.

¹⁵ Податоците се добиени од страна на Управата за финансиско разузнавање

¹⁶ Закон за заштита на личните податоци (Сл. весник на РМ бр. 7/05; 103/08; 124/08; 124/10; 135/11 и 43/14).

¹⁷ "Контролор на збирка на лични податоци" е физичко или правно лице, орган на државната власт или друго тело, кое самостојно или заедно со други ги утврдува целите и начинот на обработка на личните податоци (во натамошниот текст: контролор). Кога целите и начинот на обработка на личните податоци се утврдени со закон или друг пропис, со истиот закон, односно пропис се определуваат контролорот или посебните критериуми за негово определување;

Инспекцискиот надзор на спроведувањето на овој закон и прописите донесени врз основа на овој закон го врши Дирекцијата преку инспекторите за заштита на личните податоци. Инспекцискиот надзор може да биде редовен, вонреден или контролен.

Редовниот инспекциски надзор опфаќа надзор на спроведувањето на Законот за заштита на личните податоци и прописите донесени врз основа на него и се врши според годишна програма, што директорот на Дирекцијата ја донесува до крајот на тековната за наредната година.

Вонредниот инспекциски надзор се врши врз основа на иницијатива поднесена од орган на државна власт, правно или физичко лице, како и во случај на сомневање на инспекторот за повреди на одредбите на овој закон.

Контролниот инспекциски надзор се врши по истекот на рокот определен во решението за отстранување на утврдени недостатоци.

Со Правилникот за начинот на вршење на инспекциски надзор¹⁹ кој го донесува директорот на Дирекцијата се пропишува начинот на вршење на инспекциски надзор од страна на инспекторите за заштита на личните податоци кај контролорите, односно обработувачите на збирки на личните податоци. Инспекцискиот надзор се врши согласно Годишната програма за вршење на инспекциски надзор и месечните планови за вршење на инспекциски надзори, донесени од страна на директорот на Дирекцијата за заштита на личните податоци. Месечните планови за вршење на инспекциски надзори содржат број на инспекциски надзори по контролори, односно обработувачи, вид на инспекцискиот надзор, збирки на лични податоци, број на предвидени инспекциски надзори за секој инспектор и период на отпочнување на инспекцискиот надзор.

➤ **Начин на вршење на инспекцискиот надзор**

Заради извршување на инспекцискиот надзор врз контролорите и обработувачите, инспекторот пред започнување на инспекцискиот надзор презема подготвителни активности во зависност од случајот или од контролорот, односно обработувачот.

¹⁸ "Обработувач на збирка на лични податоци" е физичко или правно лице или законски овластен орган на државната власт кое ги обработува личните податоци за сметка на контролорот;

¹⁹ Правилник за начинот на вршење на инспекциски надзор донесен од директорот на дирекцијата за заштита на личните податоци (Сл. весник на РМ бр. 158/10) и Правилник за изменување и дополнување на Правилникот за начинот на вршење на инспекциски надзор (Сл. весник на РМ бр. 144/2014).

Инспекцискиот надзор може да биде најавен и ненајавен, а по обем целосен и делумен. Инспекцискиот надзор се врши во просторите на контролорот, односно обработувачот каде што се обработуваат личните податоци и во просториите на Дирекцијата. За денот, видот и обемот за вршењето на инспекцискиот надзор, по правило директорот на Дирекцијата или од него овластен раководен државен службеник писмено го известува контролорот, односно обработувачот кај кој се врши инспекцискиот надзор. Секој инспектор по правило самостојно врши инспекциски надзор, а по исклучок кога тоа е предвидено со месечниот план за вршење на инспекциски надзор или по предлог на раководниот државен службеник или директорот на Дирекцијата, поради обемот и сложеноста на инспекцискиот надзор, истиот може да го вршат повеќе инспектори.

По извршениот инспекциски надзор, инспекторот составува записник со наод на состојбата и примерокот од записникот и од решението за секој извршен инспекциски надзор, задолжително се доставува до контролорот односно обработувачот над кој е спроведен инспекцискиот надзор во рок од 30 дена од денот на завршувањето на надзорот. Контролорот, односно обработувачот во рок од три дена од денот на приемот на записникот може да достави забелешки.

Доколку при вршењето на инспекцискиот надзор, инспекторот утврди дека е сторена неправилност е должен да состави записник во кој ќе ја утврди сторената неправилност со укажување за отстранување на утврдената неправилност во рок од осум дена и со истовремено врачување на покана за спроведување на едукација на контролорот, односно обработувачот каде што е утврдена неправилноста при вршењето на инспекцискиот надзор. Едукацијата ја организира и спроведува Дирекцијата, во рок не подолг од осум дена од денот на спроведувањето на инспекцискиот надзор.

Ако при вршење на инспекцискиот надзор инспекторот утврди повреда на овој или друг закон, поднесува барање за поведување на прекршочна постапка до Комисијата за одлучување по прекршок.

Табеларен приказ на извршени редовни инспекциски надзори кај нотари од страна на Дирекцијата за заштита на личните податоци²⁰

Вид надзор	2011	2012	2013	2014
Извршени редовни инспекциски надзори	6	39	3	0
Извршени вонредни инспекциски надзори	0	0	0	0

➤ **Надворешна контрола**

Според Законот за заштита на личните податоци и Правилникот за техничките и организациските мерки за обезбедување тајност и заштита на обработката на личните податоци²¹, контролорите на личните податоци задолжително подлежат на надворешна контрола со цел да се провери дали постапките и упатствата содржани во документацијата за техничките и организациските мерки се применуваат и се во согласност со прописите за заштита на личните податоци. Овој вид контрола се врши преку обработка на документи од страна на трето независно правно лице, а Дирекцијата за заштита на личните податоци објавува листа на независни трети правни лица кои можат да вршат надворешна контрола кај контролорите на личните податоци.

Начинот и условите за вршење на надворешна контрола, се уредени со Упатство за начинот на вршење на надворешна контрола²² донесено од страна на директорот на Дирекцијата, со кое се пропишува начинот на вршење на надворешната контрола на информацискиот систем и на информатичката инфраструктура и на рачната обработка на личните податоци кај контролорот од страна на независно трето правно лице.

До сега не постојат податоци и информации за извршена надворешна контрола над работење на нотар.

²⁰ Податоците се преземени од месечните планови за вршење на редовни инспекциски надзори објавени на веб страната на Дирекцијата за заштита на личните податоци.

²¹ Правилникот за техничките и организациските мерки за обезбедување тајност и заштита на обработката на личните податоци („Службен весник на Република Македонија“ бр. 38/09 и 158/10).

²² Упатство за начинот на вршење на надворешна контрола (Сл. весник на РМ бр. 76/2012).

VIII. Компаративна анализа

Во овој дел ќе биде опфатена компаративна анализа на законските решенија за вршење надзор над нотарското работење во земјите од регионот, особено во оние кои имаат слично уредување со македонскиот нотаријатот, односно Хрватска, Србија, Црна Гора и Босна и Хрцеговина.

1. Хрватска

Според Законот за јавното бележништво²³, во Хрватска надзор над работата на јавнобележничката служба врши Министерството за правда и Нотарската комора.

Надзор над работата на јавнобележничката служба врши министерството, кое може по службена должност или по повод пријава на заинтересирано лице да определи преглед на работењето на определен јавен бележник и да преземе потребни мерки утврдените неправилности да се отстранат и санкционираат. Јавниот бележник е должен на министерството да му овозможи преглед на списите и книгите кои се наоѓаат кај нив.

Лицата овластени за вршење на надзор над работењето, можат да изречат укор на јавниот бележник, поради полесни повреди на службената должност и непримерно однесување. Против укорот, јавниот бележник може да изјави жалба до првостепениот Дисциплински совет, против која одлука не е дозволен правен лек. Изрекувањето на укор не влијае на правото на надзорното тело да поведе дисциплинска постапка. Ако биде поведена дисциплинска постапка, изречениот укор е без правно дејство. Ако по повод поднесената жалба, првостепената одлука за укор биде укината, може за истото дело да се поведе дисциплинска постапка само врз основа на факти и докази кои не биле познати во постапката пред надзорното тело.

Надзор над работата и однесувањето на јавните бележници врши и Управниот одбор и претседателот на Комората. Овие тела се овластени да даваат упатства и да ставаат забелешки на работата на јавниот бележник. Управниот одбор најмалку еднаш во три години врши преглед на канцеларијата на јавните бележници заради проверка на нивното работење. Прегледот ја опфаќа целокупната работа на јавниот бележник. Заради вршење на прегледот, Управниот одбор определува еден или

²³ Zakon o javnom bilježništvu (Narodne novine br.78/1993, 29/1994, 16/2007).

повеќе свои членови. Ако се утврдат неправилности во работата на јавниот бележник, против него се преземат мерки утврдени со закон. При вршење на своите надзорни овластувања, Комората не е овластена да се впушта во испитување на содржинските правилности во вршење на јавнобележничката служба.

Надзор над работата на јавниот бележник како повереник на судот и други органи, го врши судот и тие органи. Тие се овластени да му наредат на јавниот бележник да ги предаде списите кои му се доверени, а доколку тоа доброволно не го стори, по службена должност присилно да го спроведе тој налог.

2. Босна и Херцеговина

Според Законот за нотарите²⁴, во Босна и Херцеговина надзор над спроведување на овој закон врши федералното министерство, а надзор над работата на нотарите во вршење на службата врши кантоналниот орган за управа и федералното министерство. Исто така, предвиден е и надзор од суд во извршување на доверените работи.

За разлика од Законот за нотаријатот во Република Македонија кој ја пропишува постапката за вршење на надзор над нотарското работење, тоа не е случај со Законот за нотарите на Босна и Херцеговина, туку постапката за вршење на надзор е потесно уредена со Правилник за работа на нотарите.

Според Правилникот за работа на нотарите²⁵ пропишано е дека контролата се врши од страна на контролори, кои ги сочинуваат судија именуван од страна на федералното министерство за правда во соработка со кантоналниот орган за управа, а по претходна согласност на високиот судски и обвинителен совет. Според овој Правилник секој нотар е должен да состави годишен извештај за работата, кој го составува врз основа на податоците од книгите и списите и да го достави до кантоналниот орган за управа и федералното министерство за правда и еден примерок до Нотарската комора. Извештајот го доставуваат на посебен формулар, кои го пропишуваат органите до кои се доставува на предлог на Комората. Нотарот е должен најдоцна до крајот на февруари, односно најдоцна во рок од 60 дена од денот на доставување на формуларот да достават Извештај за своето работење до тие органи.

²⁴ Zakon o notarima (Službene novine Federacij BiH , br. 45/02).

²⁵ Pravilnik o radu notara – донесен од федералниот министер за правда.

Федералното министерство за правда во соработка и во согласност со кантоналниот орган за управа и Нотарската комора именува контролори од редот на правни стручњаци, кои ќе вршат надзор над работата на нотарот. Надзор врши Комисија која се состои од по три члена и тоа по еден претставник од федералното министерство за правда, кантоналниот орган за управа на чие подрачје се врши контролата и Нотарска комора – нотар од подрачје на кантонот во кој таа Комисија не врши надзор. Членовите на Комисијата треба да бидат дипломирани правници со положен правосуден испит, а кои се должни да потпишат изјава за чување на службена тајна за вршење на надзорот над работата на нотарот.

За извршениот надзор се составува записник кој го потпишуваат членовите на Комисијата и нотарот над чие работење се врши надзорот, кој има право да стави примедби на записникот. За примедбите на нотарот во врска со извршениот надзор одлучува Комисија составена од три члена кои ги именува федералниот министер за правда. Надзорот над нотарското работење се врши во временски период од најмногу две години, а ако постојат оправдини причини за тоа и во пократок период. Кај новоименуваните нотари првиот надзор се врши во рок од една година по именувањето за нотар.

3. Црна Гора

Според Законот за нотарите²⁶, во Црна Гора надзор над законитоста во вршење на нотарската служба врши министерство за правда, кој во рамките на своите овластувања може да изврши преглед на нотарското работење и да предложи водење на дисциплинска постапка против нотар.

Надзор над работењето на нотарите во врска со предметите кои се доверени од судот врши претседателот на судот на чие подрачје нотарот има седиште. Тој може да изврши предглед на нотарското работење, да предложи министерство за правда да изврши надзор над нотарското работење и да предложи водење на дисциплинска постапка против нотар.

Непосреден надзор над нотарското работење врши и Нотарската комора, која може да ги прегледа списите и евиденциите на нотарот, работењето со исправи преземени на чување, како и работењето со преземени пари, хартии од вредност и скапоцености и да нареди нотарот работењето да го усогласи со прописите.

²⁶ Zakon o notarima (Službenom listu RCG", br. 68/2005 i "Službenom listu CG", br. 49/2008).

4. Србија

Според Законот за јавно бележништво²⁷, во Србија надзор над нотарската дејност врши Министерството за правда, надлежен суд и Нотарската комора.

Освен оваа одредба од Законот за јавно бележништво на Србија, не постојат други одредби кои се однесуваат на надзорот, а ниту Правилник кој ја регулира таа материја, бидејќи Србија е последна земја на Балканот која го вовела нотаријатот (септември 2014 година), не секако не значи дека во блиска иднина по примерот на земјите од нејзиното опкружување, ќе го зајакне системот на вршење надзор над нотарското работење.

IX. Заклучок

Надзорот над работата и функционирањето на нотарската служба во сите земји каде што е имплементиран нотаријатот, има значајна превентивна улога и претставува инструмент и коректив за спречување на евентуални злоупотреби во вршење на службата и должностите утврдени со законите кои го регулираат нотаријатот.

Надзорот, како надворешен кој го врши министерот за правда, така и внатрешен или интерен кој го врши Нотарската комора има три функции, и тоа:

- **Превентивна** - обезбедување на законито, стручно и совесно вршење на нотарската служба како целина и поединечно од секој нотар и спречување на евентуални аномалии и недоследности при вршење на нотарската служба,
- **консултативна** – обезбедува воедначување на работата на нотарите при практикување на нотарската служба и
- **репресивна**- применување и развивање на одговорноста на нотарите за законито, совесно, чесно и непристрасно вршење на нотарските службени дејствија и овластувања.

Имајќи ги предвид досегашните искуства, несомнено може да се заклучи дека основната цел и функција на вршењето надзор над нотарското работење, без оглед на тоа кој орган го врши, е нотаријатот кој е самостојна и независна јавна служба да работи и функционира како висока професионална служба, која допринесува за ефикасно и законито одвивање на правниот живот и промет во државата.

²⁷ Zakon o javnom beležništvu (Sl. Glasnik SR., br. 31/2011, 85/2012, 55/2014 –dr. zakon, 93/2014- dr. zakon, 121/2014 I 6/2015).

Земајќи ги предвид компаративните искуства од земјите кои се предмет на овој труд, се заклучува дека секоја земја има воспоставено свој систем за вршење надзор над нотарското работење, кои на просториите на западен Балкан воглавном се со слични карактеристики и одредени специфичности за секој систем.

Апстракт

Надзор над нотарското работење претставува еден од основните постулати на кои се заснова остварувањето на Нотаријатот како јавна служба. За таа цел, законите кои ја уредуваат нотарската служба (Законот за вршење на нотарските работи со кој е воведен нотаријатот во Република Македонија и потоа Законот за нотаријатот), посебно ја регулираат и материјата која се однесува на супервизија (надзор) над законитоста на работењето на нотарите.

Надзорот над законитоста на работењето на нотарот, како редовен така и вонреден, се врши од страна на Министерот за правда и Нотарската комора на РМ. Постапувањето на нотарот спротивно на законските одредби, констатирано при извршениот надзор, претставува основ за поведување на дисциплинска постапка спрема нотарот на кој му е вршен надзорот.

Имајќи во предвид, дека со одредени закони нотарот доби и доверени надлежности (водење на оставинска постапка, достава на писмена за суд и др.), надзор на работењето на нотарот како повереник на суд или друг одреден орган го врши судот или органот кој му ја доверил работатата на нотарот.

Со Законот за спречување на перење пари и финансирање на тероризам, предвиден е посебен вид на надзор кој се врши од страна на Комисија на Нотарската комора на РМ, а се однесува на примената на одредбите од овој закон од страна на нотарот при вршење на нотарската служба.

Исто така, посебен вид на надзор е инспекцискиот надзор на спроведувањето на Законот за заштита на личните податоци од страна на нотарот, кој го врши Дирекцијата за заштита на личните податоци преку нивните инспектори.

Покрај споменатите, постојат и други видови на надзори кои се вршат на одредено постапување на нотарот, уредени во посебни закони кои ја регулираат постапката за вршење надзор.

Во овој труд, сеопфатно се разработуваат постапките на вршење надзор над нотарската служба и темелно се претставува суштината на различните видови на надзори, при што подробно се опфатени и се анализирани сите видови на надзор кои се вршат над работењето на нотарите. Исто така, во трудот е содржана анализа од досегашните извршени надзори на нотарското работење во Република Македонија и компаративна анализа за вршење надзор над нотарското работење во земјите од регионот, особено во оние кои имаат слично уредување на нотаријатот како и македонскиот.

Abstract

Supervision over the notarial work is one of the basic tenets on which relies the performance of the notary as a public service. On that notice, the laws which govern the notary service (Law on Performing Notary Activities by which the notariat was introduced in Republic of Macedonia and then the Notary Law), specifically regulate the matter of supervision over the legality in the work of the notaries.

Supervision of the legality in the work of the notary, as regular and an extraordinary (regular or irregular) is made by the Minister of Justice and the Notary Chamber of Republic of Macedonia. The handling of the notary against the law found when the supervision is carried out is the basis for initiating a disciplinary procedure against a notary on which the supervision has been performed.

Taking into account that by certain laws the notary received trusted powers (running the inheritance proceedings, submitting a written for the court, etc.), supervision over the notary work as a trustee of the court or other authority it's govern by the court or the authority that entrusted its work to the notary.

The Law on prevention of money laundering and terrorist financing provides a particular type of supervision that is carried out by the Commission of the Notary Chamber of Republic of Macedonia, and relates to the provisions of this law by the notary in while preforming the notary activities.

Also, a special kind of supervision is the inspection of the implementation of the Law on protection of personal data by the notary, which is made by the Directorate for protection of personal data by their inspectors.

Besides these, there are other types of supervision on certain activates performed by the notary, regulated in special laws which regulate the procedure for the supervision.

In this paper, comprehensively are elaborated the procedures of supervising the notarial work and thoroughly are presented the essence of the various types of supervision, by which covered in detail and analyzed are all kinds of supervision which are performed on the work of the notaries. Also, the paper contains analysis of previous inspections conducted on the notary work in the country and comparative analysis for supervising notary work in the region, especially in those who have a similar arrangement of the notary as well as in Republic of Macedonian.

PROSECUTION AND PROTECTION

**TRAFFICKING IN WOMEN FROM A HUMAN RIGHTS
PERSPECTIVE**

УДК: 343.431-055.2
Original research paper

Abstract

This article examines trafficking in women from a human rights perspective and through the gender based lenses. Thus it concludes that prosecution and protection as preconditions for successful fight against trafficking in women lies on enacting of laws that are in line with international standards, implementation of those and successful prosecution of traffickers. Furthermore, it points out that protection of victims is an important and integral part of the process of prosecution of traffickers and that it should be based on human rights principles as stipulated in international legal instruments and jurisprudence.

1. Introduction

The fight against trafficking in women, as a complex phenomenon, has been difficult but dynamic. It involves responses on international, regional, and national levels. There have been a number of strategies and policies targeting trafficking in women, adopted and implemented world wide, in order to eradicate this practice.

Despite these efforts trafficking still exists and is a growing phenomenon. This situation raises questions of how effective the already existing strategies to combat trafficking are and what should be done to improve them. To that end, this paper will elaborate the issue of what can be done in order to enhance the effectiveness of the fight and eradication of trafficking in

¹ Associate Professor of Law at the Southeast European University in Tetovo

women by exploring the issue of policies on prosecution and protection through the human rights perspective.

Combating trafficking in persons, more specifically women, from a human rights approach, raises a number of issues that will be discussed in the text below. With respect to prosecution there are procedural and evidentiary issues, rights of victims to pursue civil actions,² and compensation for victims;³ with respect to protection and assistance there are issues of shelters for women victims of trafficking, residence permits, and witness protection.

2. Trafficking in Women as violation of human rights

Even though men and boys are trafficked too, the majority of trafficked people in the world consist of women and girls, who are mostly trafficked for purposes of sexual exploitation.⁴ It could be said that trafficking in human beings is predominately gender-based influenced practice.

The phenomenon of trafficking in women has affected every country in the world, poor or rich. The countries of origin of women victims of trafficking generally are poor countries. The countries of transit usually *en route* to the destination countries are often countries that have weaker border control rules, and are generally poor countries or countries in transition.⁵ The destination countries generally are countries, which are economically advanced and have significant demand for the prostitution *per se*, *i.e.* exploitation of the prostitution of women, and have weaker laws and/or lack of implementation of laws criminalizing traffickers.

² Highly interesting and also useful as a reference point in fighting the problems of trafficking in women and forced prostitution thereof, in cases where the government can or will not, is the Civil RICO. According to which: 'it allows a private cause of action for anyone injured by the investments in, acquisition or operation of and enterprise that affects interstate or foreign commerce through a 'pattern of racketeering activity' occurring within a ten year period. Racketeering is defined as the violation of state and federal offences listed in the RICO statute, including the offence of trafficking.' See Lan Cao, *Illegal Traffic in Women: A Civil RICO proposal*, 96 Yale L.J 1297 (1986-1987), 1297-1322, at 1307.

³ OSCE, ODIHR, Trafficking in Human Beings: Implications for the OSCE, Background Paper, 1999/3, found on: www.osce.org/odihr/documents/background/yttrafficking.htm, visited: 13.07.2003.

⁴ CIA estimates that approximately two percent of the trafficked persons within the OSCE region for forced prostitution are men and boys. See OSCE, ODIHR, Trafficking in Human Beings: Implications for OSCE, 1999. Also see USAID, *The Emerging Global Market in Trafficking*, Gender Matters Quarterly No.1, February 1999.

⁵ United Nations, Economic Commission for Europe, *Trafficking in Women and Girls*, note prepared by the office of the High Commissioner for Human Rights and the ECE secretariat, UN Doc. E/ECE/RW.2/2000/3, 1 December 1999, pg. 5, par. 11.

Once women fall into the hands of traffickers, their future is bleak. The exploitation of these women usually starts as soon as they enter the process of transit. Their passports are taken away; their freedom of movement is restricted; they are subjected to psychological and physical ill treatment and torture, such as biting, rape, humiliation, deprivation of food and beverages etc.⁶ Upon reaching the countries of destination, the victims are often sold to brothel owners, debt bonded, and subjected to various forms of ill treatment and torture such as continuous rape by customers or pimps, and their associates,⁷ bitten upon refusal to fulfill orders or threatened with their life or the life of loved ones. In some cases, victims are killed, if they escape or have been disobedient (to set an example to other victims of trafficking). They are exposed to HIV and AIDS infections,⁸ are forced to abort in unsanitary conditions thus denied access to medical services, resulting in their deaths.⁹ Their freedom of movement is often strongly restricted and in some cases is non-existent. Making the picture even more horrendous is the fact that, in many societies government officials are involved in the exploitation of women and girls, either through active participation or through concurrence. In either instance, they fuel the practice.¹⁰ Thus, trafficking in human beings presents a myriad of human rights violations of the victims of trafficking, from the right to life to the right of liberty and security of person and freedom to be free from torture and degrading and inhuman punishment and freedom from slavery, forced labor and slavery like practices.

⁶ Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women's migration and violence against women, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/44. Economic and Social Council, Doc. Num. E/CN.4/2000/68, 29 February 2000, pg. 6. Available at the web-site of the United Nations High Commissioner for Human Rights at: <http://www.unhcr.ch/html/menu2/7/b/mwom.htm>.

⁷ David Weissbrodt and Anti-Slavery International, *Abolishing Slavery and its Contemporary Forms*, United Nations High Commissioner for Human Rights, 2002, pg. 31.

⁸ The Health Risks and Consequences of Trafficking in Women and Adolescents, report by Zimmerman, C., Yun, K., Shvab, I., Watts, C., Trappolin, L., Treppete, M., Bimbi, F., Adams, B., Jiraporn, S., Beci, L., Albrecht, M., Bindel, J., Regan, L. (2003), London: London School of Hygiene & Tropical Medicine (LSHTM), at 46.

⁹ Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, on trafficking in women, women's migration and violence against women, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1997/44. Economic and Social Council, Doc. No. E/CN.4/2000/68, 29 February 2000, pg.6. Available at the web-site of the United Nations High Commissioner for Human Rights at: <http://www.unhcr.ch/html/menu2/7/b/mwom.htm>.

¹⁰ See Linda Smith and Mohamed Mattar, *Creating International Consensus on Combating Trafficking in Persons: US Policy, The Role of the UN, and the Global Responses and Challenges*, The Fletcher Forum of World Affairs, Vol.28: I Winter 2004, pp. 156-178, at 160.

Even though national and international efforts are made and some victims of trafficking are rescued, this rescue is usually a relative one depending on national laws and policies in relation to ‘recognized victims of trafficking,’ the existence of an adequate implementation mechanisms, attitudes towards victims of trafficking in the country where the victim is rescued and finally, the successful prosecution of perpetrators.

3. Prosecution as a precondition for successful combat of trafficking in women

Successful prosecution of traffickers is a *conditio sine qua non* for the effective combat against trafficking in women. Without a successful prosecution the organized crime networks that profit from the trafficking in women are just left to grow and expand their horrendous illegal deeds. However, prosecution of traffickers is often a difficult task. The reasons range from high cost and recourse intensive investigations of cases of trafficking in human beings for the police and prosecution, to inaction on the part of police and prosecution related to inadequate laws and corruption issues. Inadequate laws usually have to do with poor definition of trafficking in women, failure to identify trafficked women as victims and/or to effectively protect women victims in the process of investigation and prosecution thus losing the only witnesses to this heinous crime.

3.1. Basic steps needed in order to achieve better prosecution of traffickers

In order to achieve an effective prosecution of trafficking in women it is important to note that in the process of enacting laws to fight trafficking in women one has to take into consideration the human rights of the victims of trafficking. Especially, this is important during the prosecution phase.¹¹ When creating laws and measures concerned with this phase, it is important to take into account also the gender moment and to be in line with international legal documents, the human right ones and the more specific once dealing with trafficking in human beings. For example, the ECHR proscribes for protection of variety of human rights that are already being violated in the process of trafficking including jurisprudence that stresses the state obligation to protect

¹¹ Vanessa Von Struensee, *Globalized, Wired, Sex Trafficking In Women And Children*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Volume 7, Number 2 (June 2000).

victims of violation of human rights, as well as, the CoE's Convention on action against trafficking in human beings and the Palermo Protocol.

The CoE's Convention is the only one that explicitly stipulates that the States Parties have to take into gender equality account the in applying measures:

'Article 17 – Gender equality

Each Party shall, in applying measures referred to in this chapter, aim to promote gender equality and use gender mainstreaming in the development, implementation and assessment of the measures.'¹²

There are four basic steps into the prosecution of trafficking in women. On a national level, this would mean firstly, criminalizing the practice of trafficking in women by creating relevant criminal law legislation that will create legal duties for governments with respect to trafficking in women. Consequently, criminal law legislation should include trafficking in women as a distinct offence. Many countries have not included in their criminal law a distinct offence of trafficking;¹³ trafficking is usually prosecuted under other existing laws (illegal migration, prostitution and pimping- all carrying small punishments) or it is not prosecuted at all.

Secondly, it is important to define trafficking in women properly in national laws on trafficking. This is the basis for adequate application of those laws.

Thirdly, new anti-trafficking legislation should be designed as to detail adequate legal sanctions for the perpetrators (not mild punishments) and to be able to establish criminal liability of all actors involved in trafficking.

And fourthly a criminal liability for all actors involved in the practice of trafficking (with exception of victims) has to be established though proper investigation and prosecution.

The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children in its Article 5¹⁴ criminalizes trafficking as:

'Article 5

Criminalization

¹² Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report Warsaw, 16.V.2005, Council of Europe Treaty Series - No. 197, <http://www.coe.int/trafficking>

¹³ Angelika Kartuch, Reference Guide for Anti-Trafficking legislative review, OSCE ODIHR, 2001, at 41.

¹⁴ Article 5, Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, found on: www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents.pdf, visited on 03.10.2004.

1. Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences the conduct set forth in article 3 of this Protocol, when committed intentionally.

2. Each State Party shall also adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences:

(a) Subject to the basic concepts of its legal system, attempting to commit an offence established in accordance with paragraph 1 of this article;

(b) Participating as an accomplice in an offence established in accordance with paragraph 1 of this article; and

(c) Organizing or directing other persons to commit an offence established in accordance with paragraph 1 of this article.’

The CoE’s Convention also calls for criminalization of the practice of trafficking, but only when committed internationally:

‘Article 18 – Criminalisation of trafficking in human beings

Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences the conduct contained in article 4 of this Convention, when committed intentionally.’¹⁵

The OCSE Action Plan in a similar way stresses the need for criminalization of the practice of trafficking on a national level, thus recognizing it as a separate offence under domestic criminal law. It also recognizes the need for a clear definition of trafficking and supports the one offered by the Protocol in Article 3.¹⁶ The Action Plan calls for:

‘Adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences the conduct set forth in Article 3 of the United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.

1.2 Adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences:

- Attempting to commit this criminal offence;
- Participating as an accomplice in this criminal offence;
- Organizing or directing other persons to commit this criminal offence.’¹⁷

¹⁵ Article 18, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report Warsaw, 16.V.2005, Council of Europe Treaty Series - No. 197, <http://www.coe.int/trafficking>

¹⁶ See Chapter II for definition of trafficking.

¹⁷ Decision No. 557 OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings, PC.DEC/557, 24 July 2003, para. 1.1., 1.2.

When looking at the ECtHR case law and making a connection to criminalization of trafficking and adopting relevant legislation pursuant to it, the case of *X and Y v. The Netherlands*,¹⁸ has identified positive State obligations in the judgment when the Court held that there was an obligation on the state to adopt criminal law provisions to secure the effective protection of individuals. Culpable state failure to act on this obligation could give rise to a violation of the ECHR. Moreover, in the case *Young, James and Webster v. The United Kingdom*¹⁹ the Court stated that “Under Article 1 of the Convention, each Contracting State ‘shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention,’ meaning that if a violation of one of those rights and freedoms is the result of non-observance of that obligation in the enactment of domestic legislation, the responsibility of the State for that violation is engaged.²⁰ More recently the Court in a landmark decision, confirmed that trafficking in human beings, although not explicitly mentioned in the ECHR, fell within the scope of Article 4 (prohibition of slavery, servitude and forced labour). This followed the case of *Siliadin v. France*,²¹ which judgment focused only the failing criminal law framework in place at the time.

In the most current case of *Rantsev* the Court took a much more thorough look at the whole issue of trafficking and clarified the obligations of states in this respect, addressing criminalization of trafficking and protection of the victims.²² If the authorities are aware of a situation of human trafficking or of the real risk that an individual will get into such a situation, it is obliged to take appropriate measures. This includes a procedural obligation to investigate situations of potential human trafficking and to cooperate with the investigations of other state parties. This goes for both states of origin, transit and destination.²³

These international standards translated into possible actions with respect to sanctions against trafficking, harsh penalties have to be introduced to serve as a deterrent to potential traffickers and their accomplices. These penalties have to include the mechanism of ‘*aggravating circumstances*’ with respect to the intensity of cruelty of the respective criminal deed:

¹⁸ Eur. Court HR, *X and Y v. The Netherlands* judgment of 26 March 1985, Series A no. 91, paragraph 23

¹⁹ Eur. Court HR, *Young James and Websters v. The United Kingdom*, judgment of 13 August 1981, Series A, no. 44, paragraph 49.

²⁰ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report Warsaw, 16.V.2005, Council of Europe Treaty Series - No. 197, <http://www.coe.int/trafficking>

²¹ *Siliadin v. France* (Appl.no. 73316/01) of 2005.

²² *Rantsev*

²³ Anti-Slavery International, *Human Traffic, human rights: redefining victim protection*, by Elaine Pearson, 2002.

‘Making legislative provisions for effective and proportionate criminal penalties, including imprisonment, that take into account the serious nature of this crime. Where appropriate, legislation should provide for additional penalties to be applied to persons found guilty of trafficking in aggravating circumstances, such as in the case of offences involving trafficking in children or offences committed by or involving the complicity of State officials.’²⁴

The CoE’ Convention provides for the following aggravating circumstances:

‘Article 24 requires Parties to ensure that certain circumstances...are regarded as aggravating circumstances in the determination of the penalty for offences established in accordance with Article 18 of this Convention.

The first of the aggravating circumstances is where the trafficking endangered the victim’s life deliberately or by gross negligence. This aggravating circumstance is likewise laid down in Article 3(2) of the *European Union Council Framework Decision of 19 July 2002 on combating trafficking inhuman beings*. The circumstance arises, for example, where the conditions in which trafficking victims are transported are so bad as to endanger their lives.

The second aggravating circumstance is where the offence was committed against a child –that is, for the purposes of the Convention, against a person aged under 18.²⁵

Including government officials, as a liable party should be a priority. The different levels of involvement as a qualification of the gravity of the offence must be recognized. With respect to the State responsibility towards participation of government officials in the process of trafficking a criminal, civil or administrative liability has to be established by adopting special legislation, as stated by the ECtHR in *Z and others v. the United Kingdom*.²⁶

The CoE’s Convention sees the involvement of public officials as a third aggravating circumstance:

²⁴ Decision No. 557 OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings, PC.DEC/557, 24 July 2003, para. 1.4.

²⁵ Article 24, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report Warsaw, 16.V.2005, Council of Europe Treaty Series - No. 197, <http://www.coe.int/trafficking>.

²⁶ *Z and others IV. the United Kingdom*, 29392/95 [2001] ECHR 333 (10 May 2001).

The third aggravating circumstance is where the trafficking was committed by a public official in the performance of his or her duties.²⁷

The OSCE Action Plan stresses the importance of:

Adopting such measures as may be necessary to establish the liability of legal persons for trafficking offences in addition to the liability of natural persons. Subject to the legal principles of the participating State, the liability of legal persons may be criminal, civil and/or administrative.²⁸

Anti-trafficking legislation should also provide for the creation of special task force to combat trafficking in women. This task force will deal with investigation of trafficking and the victims of trafficking in the investigation period of the prosecution,²⁹ possibly in a form of organized crime department.

States should interpret and amend existing provisions of the law punishing slavery and unlawful deprivations of liberty. In that way, they will ensure that the law will prohibit situations in which the right to be free from slavery and the right to security and liberty of person of the trafficking victims can be violated. The ECtHR in the case of *Pantea v Romania*³⁰ found in connection of the deprivation of liberty and the conditions of detention the States has an obligation to protect all persons under its supervision including protection from the actions of private individuals. Also, the ICCPR HR Committee has stipulated that the States have a duty to investigate murders of victims of trafficking that can be regarded as a positive State obligation to investigate and prevent killings by non-state actors as well as by State actors.³¹

²⁷ Article 24, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report Warsaw, 16.V.2005, Council of Europe Treaty Series - No. 197, <http://www.coe.int/trafficking>.

²⁸ Decision No. 557 OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings, PC.DEC/557, 24 July 2003, para. 1.3.

²⁹ For example, in Columbia in 1996, a law was adopted to create an Interagency Committee against trafficking in women and children.²⁹ The Committee includes representatives of the Ministry of Justice, the Ministry of Foreign Relations, the General Department of Security, the Attorney General's Office, the General Director of the National Police, the Ombudsman, the Office of Civil Registration, the Program of the President for personal freedom, the Colombian Institute of Family, the Office of Women Equity, INTERPOL, and the Child Office.²⁹ There is a special trafficking unit within the police for investigating trafficking cases; United Nations Division for the Advancement of Women (DAW) and the United Nations Office on Drugs and crime (ODC), *Trafficking in Women and Girls*, Report of the Expert Group Meeting, Glen Cove, New York, USA, 18-22 November 2002, Doc. No. EGM/TRAF/2002/rep.1.

³⁰ *Pantea v Romania*, 33343/96 [2003] ECHR 266 (3 June 2003).

³¹ Concluding Observations of the human Rights Committee, Lesotho, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999).

An important step in the process of punishing slavery and servitude is making sure that clearly identifiable and provable elements of psychological coercion are recognized as method of constraint,³² as pointed out by the ECtHR in *W, X, Y, and Z v United Kingdom*.³³ Furthermore, the States should apply existing slavery provisions to cover modern forms of slavery such as trafficking and to make sure that they are consistent with the anti-trafficking provisions, adopted under the Protocol.

3.2. Secondary steps

After the basic steps are met, a secondary level of two conditions has to be met in order to successfully prosecute the traffickers.

One refers to the rights of women victims of trafficking during the prosecution process. This is closely connected to the active participation of the victims in the process of collecting evidence and the actual prosecution. The other condition refers to the ability of the investigation and prosecution unit.

The relevance of the first condition to the successful combat of trafficking in women in part overlaps with the relevance of active protection of the victims of trafficking. The second condition has to be achieved through training programs for investigation units and prosecutors with special attention on the human rights of the victims of trafficking and the fragility of their condition after being rescued.³⁴ This is also related to cooperation between governments encompassing police enforcement agencies, and the judiciary by creating joint task forces, exchanging information, and extradition of offenders.³⁵

The author will briefly enumerate the condition referring to the rights of the women victims of trafficking during the prosecution process that is closely

³² Anti-Slavery International, *Human Traffic, human rights: redefining victim protection*, by Elaine Pearson, 2002.

³³ Cited in Clare Ovey & Robin C.A. White, *European Convention on Human Rights*, third edition, 2002, at 91.

³⁴ United Nations Division for the Advancement of Women (DAW) and the United Nations Office on Drugs and Crime (ODC), *Trafficking in Women and Girls*, Report of the Expert Group Meeting, Glen Cove, New York, USA, 18-22 November 2002, Doc. No. EGM/TRAF/2002/rep.1.

³⁵ Decision No. 557 OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings, PC.DEC/557, 24 July 2003, para. 1.3.

connected to the active participation of the victims in the process of collecting evidence and the actual prosecution. It is at this point that the human rights approach reaches its maximum in the prosecution stage. The realization of this condition depends on the four measures that have to be enacted and implemented into the Criminal Procedure codes of the respective countries. The first two measures are:

1. Speedy and considerate police questioning of victims of trafficking, with presence of translators, and process of referral of victims of trafficking to protection centers.³⁶

2. Victims of trafficking to receive legal aid in the pre trial investigative procedure and to be in position to give officially on record statements.

This strategy obliges state to provide in its internal law for the right to legal assistance and free legal aid for victims under the conditions provided by its internal law. Since court and administrative procedure is often very complex, legal assistance is necessary for victims to be able to claim their rights. States must have regard for Article 6 of the ECHR. Article 6(3)(c) of the ECHR provides for free assistance from an officially appointed lawyer only in criminal proceedings, which are often very crucial in trafficking cases. However, European Court of Human Rights case-law, as in *Airey v. Ireland*,³⁷ also recognizes, in certain circumstances, the right to free legal assistance in a civil matter on the basis of Article 6(1) ECHR, interpreted as establishing the right to a court for determination of civil rights and obligations as said by the ECtHR in *Golder v. the United Kingdom*.³⁸

The second two measures are:

3. Protecting the right to privacy of the victims of trafficking during trials, avoiding degrading and humiliating treatment of the victims of trafficking during trials.

4. Protecting the right to be free from torture and degrading and inhuman treatment, the right to privacy and possibly the right to life, by initiating the practice of providing testimonies of the victims of trafficking through a video link.

³⁶ Vladimir Danailov and Sterijo Zikov, *Towards the Handbook for the Public Prosecutors in Prosecution of the Human Trafficking Crime*, IOM, Mission in Skopje, with cooperation of the Association of public prosecutors in the republic of Macedonia, 2005.

³⁷ *Airey v. Ireland*, - 6289/73 [1979] ECHR 3 (9 October 1979).

³⁸ *Golder v. the United Kingdom*, 4451/70 [1975] ECHR 1 (21 February 1975).

This means that procedural legislation should be enacted or amended to protect victim's right to privacy during trials against traffickers. The HR Committee's General Comment 16 has pointed out at the positive obligation of the State to safeguard one's right to privacy:³⁹

'In the view of the Committee this right is required to be guaranteed against all such interferences and attacks whether they emanate from State authorities or from natural or legal persons. The obligations imposed by this article require the State to adopt legislative and other measures to give effect to the prohibition against such interferences and attacks as well as to the protection of this right.'

Actions such as death threats, threats of rape, various humiliating acts and threats of reprisals against a detainee's family may all constitute mental suffering for the purposes of Article 3 as well as, found by the Court in *Sevtap Veznedaroglu v Turkey*.⁴⁰ Accordingly, the state has a positive obligation to prevent any such acts or to investigate and punish perpetrators.

4. Conclusion

The key in effective combating of trafficking in women must be supported with enacted legislation that covers this heinous crime from all perspective and gives a sound bases for future prosecution of traffickers. However, it is important to bare in mind that this is not possible without taking into consideration the gender moment in enacting legislation, and the human rights of the victims.

³⁹ HR Committee's General Comment 16.

⁴⁰ *Sevtap Veznedaroglu v Turkey* 32357/96 [2000] ECHR 167 (11 April 2000).

УПОТРЕБА НА МОДАЛИТЕТИ ПРИ ОПРЕДЕЛУВАЊЕТО НА НАСЛЕДНИЦИТЕ

УДК: 347.65/68

Review paper

Апстракт

Завештателот најчесто во тестаментот, определувањето на универзалните и сингуларните наследници го врши директно, на непосреден начин, без притоа завештателот да врши збогатување на содржината на тестаментот со некакви ограничувања, со некакви услови, рокови или да направи некакви оптоварувања. Сепак, завештателот може да употреби модалитети, кога врши именување на наследниците и на легатарите. Така, завештателот во содржината на тестаментот може, да одреди услови и рокови при определувањето на наследниците или легатарите, да определи нивно оптоварување или да определи нивни заменици. Оттука, целта на овој труд, е преку научно проучување и анализа на модалитетите при определувањето на наследниците, како универзалните, така и сингуларните, да се согледа нивното значење, можноста за нивна употреба од страна на завештателот, а во насока на нивна поголема примена во практиката.

Клучни зборови: тестамент, завештател, модалитети, услов, рок.

¹Доктор на правни науки, соработник на Правен факултет – Кичево, Универзитет „Св. Климент Охридски“ – Битола, e-mail: risto@yahoо.com.

Вовед

Како најтипична содржина на тестаментот се јавува определувањето на наследник, или определувањето на повеќе наследници на оставителот, при што се врши директно распределување на имотот на завештателот. Завештателот освен што може да определи универзален наследник, може и на определено лице со тестаментот да остави легат, при што ова лице се јавува како сингуларен наследник. Во овој контекст, завештателот при определувањето на наследниците и легатарите може да изврши збогатување на содржината на тестаментот, употребувајќи определени дозволени модалитети при нивното поставување. Така, завештателот може да определи заменици при поставувањето на наследниците и легатарите, да постави рокови и услови на наследниците или легатарите, или да изврши нивно определено оптоварување.

Во трудот, се врши проучување и анализа на можностите за определување на супститутите, задржувајќи го интересот на простата супституција, како и на забраната за фидеикомисарната супституција, при што понатаму се врши проучување и анализа на можноста завештателот да постави услови и рокови при определување на наследниците или легатарите, како и да се направи оптоварување на лицето на кое завештателот му остава некоја корист од оставината. Освен проучување на македонското позитивно право, се врши проучување и на наследно – правните прописи што беа во важност во Република Македонија, кои беа донесени за време на поранешната југословенска федерација, а се врши во неопходна мера проучување и на новите наследно – правни законодавства на Република Србија од 1995 година и Република Хрватска од 2003 година.

Имено, во трудот се врши научно проучување и анализа на модалитетите, при што се согледува нивното значење, можноста за нивна употреба, а во правец на поголема практична примена, што впрочем ја претставува целта на овој труд. Оттука сметам дека овој труд, освен теоретска, има и практична димензија, а со тоа ќе биде од полза, како за теоретичарите, така и за практичарите како чинители во општеството.

1. Основни напомени за модалитетите при определување на наследниците

Иако, најчесто завештателот, на директен и непосреден начин врши определување на универзалните и сингуларните наследници, без притоа да одреди некои ограничувања, да постави услови, рокови, или да направи некакви оптоварувања, сепак завештателот има право да изврши определени отстапувања од таквиот начин на именување на наследниците и легатарите, при што завештателот може да определи модалитети. Имено, завештателот има можност да определи заменици на своите наследници и легатари, да постави услови и рокови, или да одреди определени оптоварувања.

Модификацијата која завештателот во согласност со закон има можност да ја направи, секако е во насока на почитување на вистинската волја на завештателот. Така, дозволените модалитети на содржината на тестаментот, се во насока на изразување на волјата на завештателот. Оттука се согледува и нивното значење за самиот завештателот, со оглед на тоа што може во тестаментот да определи замени, да постави услови, рокови, како и да определи товари.

Ваквите тестаментални одредби секако имаат влијание во однос на конечната рспределба на имотот за случај на смрт. Имено, дали ќе употреби или не некакви дозволените модалитети е секако одлука на самиот завештател.

Во продолжение, посебно за нив ќе стане збор, а најпрвин за можноста за определување на заменици на наследниците и легатарите.

2. Проста супституција

Завештателот може со тестаментот во согласност со закон, да определи заменик на определениот наследник или легатар, односно на лицето кое најпрвин се јавува во својство на наследник или легатар. Имено, во член 97, став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година¹ се пропишува дека: „Завештателот може со тестаментот да определи лице на кое ќе му припадне наследството, ако определениот наследник умре пред него, или ако се откаже од наследството, или ако биде недостоен да наследи.“ Така, завештателот може да определи заменик на лицето кое е определено како наследник и нему да му припадне наследството, доколку

¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

овој наследник, умрел пред завештателот, се откажал од наследство или е недостоен за наследување. Додека во наредниот став 2 од член 97 од Законот за наследувањето се пропишува дека: „Одредбата од став 1 на овој член се однесува и на легатите.“ Така, определувањето на заменик на наследникот или на легатарот е избор на самиот завештател. Вака наведеното регулирање, согласно член 97 став 1 и 2, без некоја суштествена разлика беше карактеристично за сојузниот Закон за наследувањето² од 1955 година (член 85, став 1 и 2) и за првиот македонски и републички Закон за наследувањето од 1973 година³ (член 83, став 1 и 2).

Можноста за определување на заменици, а со тоа и почитувањето на волјата на завештателот е карактеристично за вулгарната или проста супституција. Вулгарната супституција постои уште во римското право. Во науката се пропишува дека, „поставувањето на заменик на првоименуваниот наследник или легатар се вика проста или вулгарна супституција, која има за цел во конкретниот случај да овозможи да дојде до примена исклучиво волјата на завештателот, а не законскиот наследен ред.“⁴ Определениот наследник се вика институт, а неговиот заменик кој го определил завештателот се нарекува супститут. Така, во теоријата стои дека, „лицето, кое со тестаментот е определено за наследник, во ситуација кога се определени и супституции, се вика *институт*, а лицето за кое е определено со тестаментот дека ќе му припадне наследството ако определениот наследник (институтот) умре пред него, или ако се откаже од наследство, или ако биде недостоен да наследи, се вика *супститут*.“⁵

Во овој контекст карактеристично е постоењето на супституционен случај. Имено, интенцијата на законодавецот е можноста завештателот да определи лице на кое всушност ќе му припадне наследството, доколку настапи смрт на определениот наследник пред завештателот, доколку се откаже од наследство, или ако биде недостоен за да наследи., со таа напомена дека супституцијата се применува и кај легатот. Оттука, било кој од овие случаи, во согласност со погоре цитираната законска одредба од член 97, став 1 може да се јави како супституционен случај. Така, како супституционен случај може да се јави: смртта на институтот пред завештателот, односно недоживувањето на смртта на оставителот од страна на институтот, откажувањето од наследство и недостојноста за наследување на институтот.

² „Службен лист на ФНРЈ“ бр. 20/55, „Службен лист на СФРЈ“ бр. 12/65 и 42/65 – пречистен текст.

³ „Службен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78);

⁴ Миле Хаџи Василев – Вардарски, *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983 година, стр. 251.

⁵ Кирил Чавдар, *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена*, Агенција „Академик“ – Скопје, Скопје, 1996 година, стр. 188 – 189.

Имено за да биде повикан заменикот на наследство, односно за да стане наследник супститутот, бидејќи супститутот се јавува како евентуален наследник, потребно е или првоименуваниот наследник што значи институтот да умрел пред завештателот, или да се откажал од наследството, или да е недостоен за наследување, при што покрај ова, потребно е и супститутот да ги исполнува сите потребни услови за да биде наследник. Во врска со ова, на пример, второименуваниот наследник што значи супститутот треба да е жив во моментот на смртта на завештателот, но кога настапил супституциониот случај, супститутот може, но и не мора да е жив. Имено, за да се повика на наследство супститутот, како заменик не мора супститутот да биде жив на пример во моментот кога институтот се откажал од наследство.

Се поставува прашањето дали постои правен однос помеѓу поставениот наследник и второименуваниот наследник како негов заменик? Одговорот е негативен. Имено, супститутот не е наследник на институтот, тука претставува негов заменик. Како што веќе напоменавме погоре супститутот е всушност евентуален наследник во однос на завештателот. Меѓутоа, независно дали станува збор за институтот или за супститутот, се работи за директен наследник на оставителот. Така, доколку супститутот стане наследник, станува наследник *ex tunc*, од моментот на смртта на оставителот, односно од моментот на делацијата. Доколку институтот стане наследник, со оглед на самостојниот наследно – правен статус и на институтот и на супститутот, од страна на завештателот определено лице како заменик, во однос на неговата оставина нема никакво побарување од наследно – правен аспект.⁶

Сепак, оставината ќе ја наследат законските наследници согласно законски определениот ред на наследување, доколку ниту првоименуваниот, ниту неговиот заменик, не можат да се јават како наследници од било која причина.

Кога станува збор за простата супституција, завештателот има повеќе можности, кога врши определување на супститут на наследникот, или на легатарот. Завештателот, може на едно лице да определи еден негов заменик, или на еден наследник или легатар, да определи и два, три, четири па дури и повеќе заменици.⁷ Понатаму, завештателот со тестаментот може да определи и едно лице како супститут на двајца или

⁶ Во науката меѓу другото стои дека, „помеѓу институтот и супститутот нема никакви наследноправни односи, зошто ако настапи супституциониот случај се зема дека институтот не постои.“ Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, *Nasledno pravo*, Nomos, Beograd, 1991, str. 277.

⁷ Кога определува, два три или повеќе заменици, од желбата на завештателот зависи и колку ќе бидат нивните делови во однос на оставината.

тројца или повеќе универзални или сингуларни наследници како легатари. Така, завештателот може дури и на сите наследници истовремено да постави едно лице како супститут, или на секој наследник или легатар да си постави поединечно супститут. Завештателот исто така може со тестаментот да определи едно лице како супститут само на оние наследници кои всушност нема да стекнат својство на наследници или легатари. Понатаму, завештателот може и на повеќе лица, односно на двајца, тројца или повеќе наследници да определи и повеќе за нив супститути. Колкави ќе бидат деловите на замениците во однос на институтите, зависи од волјата на завештателот определена со тестаментот. Како ќе постапи завештателот сепак зависи од неговата волја.⁸

Завештателот може да определи и супститут на законски наследник, при што во овој случај се смета дека е поставен како тестаментален наследник. Во науката стои дека, „не би се сметала за ништовна одредбата од тестаментот, ако со него се определи супститут на некој законски наследник, бидејќи тогаш, законскиот наследник се смета дека молчаливо, или индиректно, е определен и за тестаментален наследник, па нему му е определен и супститут.“⁹

За разлика од простата супституција, каде како што забележавме се определуваат повеќе можности за завештателот при определувањето на супститутите, а како што ќе видиме подоцна завештателот во однос на тестаментот, при именувањето на наследниците и легатарите, може да изврши модификација и со услови, рокови и оптоварувања, во нашиот наследно – правен поредок, се забранува, односно не се прифаќа фидеикомисарната супституција. Имено, во нашето наследно право, завештателот не може да му одреди наследник на својот наследник ниту на легаторот (член 97, став 3).¹⁰ Завештателот не може со тестаментот, да го определи подоцнежниот наследник, односно наследникот на

⁸ Во теоријата се наведува дека, „обична замена на наследникот може да се јави во облик на т.н. *сукцесивна супституција*. Тоа ќе биде случај кога завештателот ќе определи замена на наследникот не само во еден степен (нпр. ако А не постане наследник, Б ќе биде наследник), туку во два или повеќе (нпр. ако А не постане наследник, ќе биде Б, а ако не биде ниту Б, ќе биде Ц итн.).“ Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, *op. cit.*, str. 277.

⁹ Кирил Чавдар, *op. cit.*, стр. 189.

¹⁰ Во, судската практика, е забележано дека: „Одредбата на договорот, со која давателот на подарокот го ограничува примателот на подарокот да подарениот имот мора да го сочува и да го остави на своите законски наследници, нема дејство исто како ниту фидеикомисарната супституција одредена со тестаментот.“ Savezni vrhovni sud, Rev – 1708/60, цитирано според Priručnik, Porodično – pravnih propisa i propisa o nasleđivanju sa najnovijom važećom sudskom praksom Vrhovnog suda Jugoslavije i republičkih vrhovnih sudova, Zbirka Propisa, Prosveta, Beograd, 1969, str. 94.

наследникот, ниту на легатарот. Со тестаментот, завештателот не може на пример, да го утврди редоследот во наследувањето, така што ќе определи неограничен број наследници, во смисла наследник е А.А., па по неговата смрт, наследник е Б.Б., а после неговата смрт наследник ќе биде В.В. итн. Решението кое е застапено во член 97, став 3 од Законот за наследувањето од 1996 година, во однос на фидеикомисарната супституција, беше застапено како во Законот за наследувањето од 1973 година (член 83, став 3), така и во Законот за наследувањето од 1955 година (член 85, став 3).

Во однос на новите наследно – правни законодавства на Србија од 1995 година и на Хрватска од 2003 година, решенија во врска со простата супституција, како и во однос на фидеикомисарната супституција, содржат и Законот за наследувањето на Србија од 1995 година¹¹ и Законот за наследувањето на Хрватска од 2003 година.¹² Во српското наследно право, со тестаментот, односно со тестирањето, постои можност да биде одреден оној на кого всушност ќе му припадне наследството, во случај доколку поставениот наследник нема да може или нема да сака да наследи во конкретниот случај, при што ова важи и за легатите (член 116, став 1 и 2). Исто така ништовна е тестаменталната одредба со која се врши определување на наследник на својот наследник или на легатарот (член 159, став 1). Додека во хрватското наследно право, завештателот има можност да го определи со тестаментот, лицето на кого ќе му припадне наследството, доколку определениот наследник умре пред завештателот, или да се откаже од наследство, или ако определениот наследник биде недостоен за наследување, при што истото ова важи и за легатите, налозите и за останатите располагања (член 44, став 1). Понатаму, завештателот нема можност да определи наследник на својот наследник ниту на легатарот (чл. 44, став 2).

3. Постапување на наследник под услов

Завештателот со тестамент може да постави наследник под услов и тоа независно дали се работи за универзален или сингуларен наследник. Во оваа насока, завештателот може со тестамент да определи некое лице за наследник, било како универзален наследник или како сингуларен наследник, но под услов, од чие исполнување или неисполнување, зависи

¹¹ Текстот на српскиот Закон за наследување од 1995 година може да се види на следната интернет страница: <http://www.scribd.com/doc/17209293/zakon-o-nasledjivanju>.

¹² Текстот на хрватскиот Закон за наследување од 2003 година може да се види на следната интернет страница: <http://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.

дали тоа лице во еден конкретен случај ќе се појави во својство на наследник. Имено, и со поставувањето на наследник под услов се врши моделирање на содржината на тестаментот.

Во овој контекст, во нашата држава во Законот за наследувањето од 1996 година, во однос на можноста завештателот да одреди услови, во член 100, став 2 се регулира дека: „Тој може во одделни одредби на тестаментот да постави услови или рокови.“ Додека во наредниот став 3 на истиот член се пропишува дека: „Невозможни, недозволени и неморални услови и оптоварувања, како и оние што се неразбирливи или противречни, се сметаат како да не постојат.“ Со вакви решенија се одликуваа и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (член 88, став 2 и 3), како и првиот републички Закон за наследувањето од 1973 година (член 86, став 2 и 3).

Во нашето наследно право, Законот за наследувањето од 1996 година не предвидува посебни одредби во однос на условите. Оттука, за повеќе треба да се имаат предвид правилата на граѓанското право, поконкретно облигационото право,¹³ но со соодветно прилагодување за примена во наследното право.

Отсуството на посебни одредби во однос на условите, како карактеристика беше застапена и во поранешните законски текста за наследувањето од 1955 година и 1973 година.

Во хрватското наследно право, согласно Законот за наследувањето од 2003 година, завештателот може во определени тестаментални одредби да определи услови и рокови, при што ќе се смета дека не постојат невозможните, недозволените и неморалните услови, како и условите кои се неразбирливи или противречни (член 47, став 2 и 3). Имено и Законот за наследувањето на Хрватска не пропишува посебни одредби кои би се однесувале на условите, при тоа како што забележавме тоа е карактеристика и на сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Додека, Законот за наследување на Србија од 1995 година, предвидува дека: „Завештателот може во поединечни одредби на тестаментот да постави услови и рокови“ (чл. 119). Меѓутоа овде забележуваме дека, за српското наследно – правно законодавство од 1995 година е карактеристично пропишувањето на посебни одредби кои се однесуваат на условите.¹⁴

¹³ Види член 66 – 68 од Законот за облигационите односи (Службен весник на Република Македонија број 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13).

¹⁴ Од аспект на наследното право, со наследно – правна материја, во српскиот Закон за наследувањето од 1995 година, се пропишуваат посебни одредби во однос на условите. Види член 120 – 123 и член 125 – 131 од Законот за наследување на Србија од 1995 година.

Поставувањето на наследник под услов е секако можност на завештателот, при што дали ќе ја користи или не, зависи од неговата волја. Меѓутоа, секако не може да се поставуваат било какви услови, за да едно лице добие статус на наследник. Во нашето наследно право, ќе се сметаат дека не постојат невозможните, недозволените, неморалните, неразбирливите и противречните услови и оптоварувања.¹⁵

Определувањето на условите од страна на завештателот во тестаментот може да биде на изричен начин или молкум, така што независно од нивниот начин на определување во тестаментот, нивното влијание може да се согледа во тоа, дали едно лице се поставува за наследник, или го губи статусот на наследник во определениот случај.

Кога завештателот поставил некое лице за наследник под одложен услов, тогаш ова лице навистина ќе стане наследник во вистинска смисла кога ќе се исполни условот. Оставината на завештателот, додека не се исполни условот кога и лицето именувано под одложен услов ќе стане наследник, се доделува на она лице кое го определил завештателот, доколку извршил вакво определување, во спротивно доколку отсутствува наредба во оваа насока, оставината се предава на законските наследници. Со оглед на ова не останува ништо друго, освен овие лица на кои им е всушност предадена оставината да постапуваат како совесни држатели¹⁶ Кога ќе се исполни одложниот услов, оставината се предава на поставеното лице за наследник под одложен услов.¹⁷

Кога завештателот поставил наследник под раскинлив услов и тоа позитивен или негативен, поставениот наследник го губи статусот на наследник (тестаментален наследник), доколку настане или нема да настане настанот, односно фактот, кој што завештателот го утврдил со тестаментот. Именуваниот наследник под раскинлив услов ја добива оставината на завештателот веднаш, а треба да се однесува како совесен држател. Така, наследникот поставен под раскинлив услов има право да ја користи оставината, се до настапувањето на раскинливиот услов, кога оставината ја предава на лицето кое во конкретниот случај се јавува во улога на наследник. Во судската практика се забележува дека: „По

¹⁵ „Уште од римското право, а така е во повеќето современи правни системи невозможни, недозволен или неморални услови (и терети) се сметаат како да не се ни поставени, како да не постојат. Исто правило важи и во случај кога се во прашање неразбирливи или противречни услови.“ Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, *op. cit.*, str. 284.

¹⁶ Во оваа насока види член 157 – 159 од Законот за сопственост и други стварни права (Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/2010).

¹⁷ Во Законот за наследувањето на Србија од 1995 година во член 126, се пропишува дека: „Ако одложниот услов се оствари или рокот истече, поставениот наследник на оставината наследува во сопственост.“

тестаментот со раскиден услов, тестаменталниот наследник го стекнува наследството во моментот на смртта на завештателот, но истото го губи ако настапи раскидниот услов.¹⁸ Доколку постои ситуација, настапувањето на раскинливиот услов да не е можно, или ако постои судска оценка дека таквиот услов е недозволен или дека е неморален, тогаш лицето именувано за наследник под раскинлив услов станува наследник со право на сопственост.¹⁹

4. Постапување на наследник под рок

Определена модификација на содржината на тестаментот, може да се изврши и преку постапувањето на наследник под рок. Во овој контекст, завештателот во тестаментот може, да одреди определено лице да се јави во улога на наследник, откако ќе помине определен временски период од неговата смрт, односно од смртта на завештателот, но исто така завештателот во тестаментот може да одреди, именуваното лице, да го изгуби статусот на наследник по протекувањето на определен временски период.

Во нашата држава е дозволено, завештателот да може со тестамент да определи наследник под рок. Како што веќе стана збор, во Законот за наследувањето од 1996 година во член 100, став 2 се пропишува дека: „Тој може во одделни одредби на тестаментот да постави услови или рокови.“ Во оваа насока, во Законот за наследувањето од 1996 година, не се предвидени некои посебни одредби во однос на роковите. Имено, идентична одредба беше содржана и во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (член 86, став 2), како и во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (член 88, став 2), но и кај нив исто така

¹⁸ ВСМ, Гж. 137/70 од 2.IV 1970, цитирано според Кирил Чавдар, *op. cit.*, стр. 197. Понатаму, во судската практика, исто така е забележано дека: „Одредбата од тестаментот со која на наследникот му се налага оставителот и неговата жена да ги чува, имотот да го обработува и после нивната смрт истиот да го наследи, важи како раскиден услов. Секоја обврска наложена во тестаментот во границите на дозволеното и можното дејствува како услов, ако тоа било намерата на завештателот. Имајќи предвид дека тужениот не ја пазел вдовицата на оставителот настапил раскидниот услов, па наследството ќе се одземе и ќе се предаде на следниот наследник.“ Одлука на Сојузниот врховен суд, Рев. Бр. 13443/62, цитирано според Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Граѓанско применето право (наследно право)*, Културна установа Блесок, Скопје, 2011, стр. 147.

¹⁹ Во овој контекст, во член 131 став 1 во српскиот Закон за наследувањето од 1995 година се регулира дека: „Ако раскинливиот услов не се оствари, поставениот наследник ја наследува оставината во сопственост.“

како и во Законот за наследување од 1996 година, отсутнуваат посебни одредби во однос на роковите.

Смислата на погоре наведената одредба е содржана и во Законот за наследувањето на Србија од 1995 година (член 119) и во Законот за наследувањето на Хрватска од 2003 година (член 47, став 2), со тоа што и во хрватскиот Закон за наследување, не се предвидуваат посебни одредби кои би се однесувале на роковите, додека во српскиот Закон за наследување, како во однос на условите, се регулираат и посебни одредби кои се однесуваат на роковите.²⁰

Имено, за роковите, од значење се правилата на граѓанското право, поконкретно облигационото право,²¹ прилагодени за во областа на наследувањето.

Завештателот во согласност со законот, може да постави наследник под рок, а со тоа да ја ефектуира неговата последна волја.²²

Завештателот може да именува одредено лице за наследник под одложен или раскинлив рок, при што правната положба на тоа лице не се разлика во однос на тоа кога се работи за именување на лице за наследник под одложен или раскинлив услов. Така, правната положба на поставениот наследник под одложен или раскинлив рок, е иста во однос на правната положба на поставениот наследник под одложен или раскинлив услов.

Кога завештателот ќе определи, односно ќе именува лице за наследник под одложен рок, лицето стекнува статус на наследник, откако ќе истече рокот пропишан во тестаментот. Имено, наследникот, со настапувањето на одложниот рок, стекнува право на сопственост. До настапување на одложниот рок, што се однесува до имотот на завештателот, истиот ќе се предаде на одредени лица којшто завештателот ги определил во тестаментот, а доколку нема ваква наредба, имотот ќе се предаде на законските наследници, при што тие треба да постапуваат како совесни држатели, и немаат право на сопственост.

Кога пак, завештателот ќе определи, односно ќе именува лице за наследник под раскинлив рок, тогаш во моментот на смртта на завештателот, тестаменталниот наследник го добива делот од оставината што го определил завештателот, со тоа што го губи својството на наследник кога ќе измине рокот којшто завештателот го определил во тестаментот. Овде, положбата на наследникот под раскинлив рок до

²⁰ Во оваа насока види член 124 – 126 и член 128 – 130 од Законот за наследување на Србија од 1995 година.

²¹ Во овој контекст види член 66 – 70 од Законот за облигационите односи од 2001 година.

²² Во српскиот Закон за наследувањето од 1995 година, во член 124, став 1 се регулира дека: „Рокот кој никогаш не може да настапи или е непримерно долг ќе се смета како непостоечки.“

настапувањето на раскинливиот рок, е положба на совесен држател. Кога ќе измине рокот, односно со настапувањето на раскинливиот рок, на наследство се повикуваат законските наследници, доколку согласно законот завештателот нема некој поинаква желба, изразена како наредба во тестаментот.

Оптоварување

Преку оптоварувањето се врши дозволена модификација на содржината на тестаментот. Во Законот за наследувањето од 1996 година е предвидено дека: „Завештателот може да го оптовари со некоја должност лицето на кое му остава некоја корист од оставината“ (чл. 100, ст. 1). Во оваа смисла беа и решенијата застапени, во сојузното наследно – правно законодавство од 1955 година (член 88, став 1) и во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (член 86, став 1).

Така, во нашето наследно право, со оптоварувањето (товар, налог), завештателот може со тестаментот, на лицето на кое му остава определена корист, да му наложи да преземе определено дејствие, нешто тоа лице да даде, или нешто да стори, или му наложува на лицето нешто да трпи. Имено, во врска со оптоварувањето, како дозволена модификација е карактеристично постоење на лице на кое завештателот му остава некоја корист од оставината. Во овој контекст, лицето на кое завештателот му остава некоја корист од оставината, може да биде оптоварено со некоја должност. Имено, завештателот може да направи оптоварување, односно наложување, на било кое лице на кое му остава некоја корист од оставината. Така, завештателот може да изврши оптоварување, односно наложување и на универзалните и на сингуларните наследници. Во теоријата стои дека, „...под поимот **о п т о в а р у в а њ е** (налог, модус) во наследното право се подразбира одредба со која завештателот во тестаментот го задолжува лицето на кое му остава некоја корист од оставината, нешто да стори, да даде или нешто да пропушти, односно да трпи, без да произлезе од тоа корист за самиот него.“²³

Во зависност од волјата на завештателот, зависи каква ќе биде содржината на оптоварувањето (налогот). Така, завештателот во тестаментот, го определува оптоварувањето на лицето на кое му остава определена корист од оставината. Сепак, треба да се има предвид дека како во однос на условите, така и во однос на оптоварувањата, во нашето

²³ Миле Хаџи Василев – Вардарски, *op. cit.*, стр. 256.

наследно право се смета како да не постојат условите и оптоварувањата, кои се невозможни, недозволен и неморални, како и оние кои се неразбирливи и противречни.²⁴

Кога се работи за налогот, треба да се има предвид дека од една страна може да станува збор за корист за некое лице, меѓутоа треба да напомниме дека од друга страна може и да станува збор само за товар на наследникот, односно само за обврска без да постои таква корист. Имено, во врска со налогот како корист, треба да се знае дека истиот не е насочен кон лице кое во тестаментот е точно определено, туку е насочен кон оние лица, кои ќе се најдат во определена ситуација која завештателот ја определил во тестаментот, за добивање на извесна корист.²⁵ Кога од налогот произлегува корист за некое лице, завештателот кога го оптоварува со некоја должност лицето на кое му остава определена корист од оставината, не го наведува точно во тестаментот лицето кое всушност ќе ја прими користа, од извршувањето на таквото оптоварување. Имено, како корисник од тоа оптоварување, како корисник на налогот, не се јавува точно определено лице од страна на завештателот во тестаментот. Ова лице не е наведено прецизно во тестаментот.²⁶ Туку завештателот во тестаментот ги одредува специфичностите на определена ситуација, каде што некое лице би добило определена корист.²⁷ Меѓутоа како што стана збор, завештателот може да го оптовари наследникот, така што е потребно да изврши некоја обврска, без постоење таква корист, како што е пример: подигнувањето определен споменик на оставителот. Во теоријата се наведува дека, „оптоварувањето што му е определено на наследникот во тестаментот не мора секогаш да претставува корист за некое лице. Тоа може да претставува и само обврска со која е задолжено некое лице, на кое му е оставена корист од оставината, да стори нешто по смртта на завештателот, (на пример, налог во врска со местото и начинот на погребувањето на завештателот, формата и изгледот на надгробниот споменик и сл.).“²⁸

Имајќи предвид дека во нашето наследно право, отсутнуваат подетални одредби во однос на налогот, се применуваат правилата на

²⁴ Види член 100, став 3 од Законот за наследувањето од 1996 година.

²⁵ Види повеќе кај: Миле Хаџи Василев – Вардарски, *op. cit.*, стр. 256.

²⁶ За разлика од ова, кога завештателот на пример со тестамент сака да остави легат за некое лице, тоа лице завештателот во тестаментот точно го определува, така што точно се знае кое лице е корисник на легатот.

²⁷ На пример: давање награда на првиот дипломиран студент од генерацијата.

²⁸ Миле Хаџи Василев – Вардарски, *op. cit.*, стр. 256.

граѓанското право, поконкретно облигационото право, соодветно прилагодени за наследно – правниот терен.²⁹

Исто така, специфично е прашањето за правното дејство на налогот. Имено, лицето на кое завештателот му остава некоја корист од оставината, може да биде оптоварено со некоја должност. Завештателот со тестаментот му определува всушност обврска на лицето на кое му остава некоја корист од оставината. Од стварно – правен аспект тоа лице има право на сопственост на наследените добра од оставината. Имено, тоа лице се јавува како сопственик на наследените добра, така што независно што се работи за лице оптоварено со налог, тоа лице согласно овластувањата кои го сочинуваат правото на сопственост, може по сопствена волја да располага со тие добра.³⁰

Во однос на извршувањето на налогот, како правило и тоа општо правило, е да истиот се изврши како што определил завештателот во тестаментот. Имено, Законот за вонпарничната постапка од 2008 година³¹ предвидува ефикасни инструменти во однос на извршувањето на налогот. Имено, кога на наследниците со тестаментот им се наложени обврски во корист на лице кое не е во состојба само да се грижи за своите права или за постигање на општокорисни цели, наследниците се должни да поднесат доказ, дека таквите обврски ќе ги извршат односно ќе ги обезбедат, така што по поднесувањето на овој доказ, судот ќе нареди да се изврши потребното запишување во јавните книги каде се запишуваат правата на недвижностите, како и на овластените лица да им се предадат движните предмети кои се наоѓаат на чување на судот (член 179). Ако правото на наследниците или на легатарите е одложено поради недостиг на времето или е ограничено на определено време или е одложено додека се исполни определен услов, односно налог кој ќе се смета како раскинувачки услов, на предлог од заинтересираните лица судот ќе дозволи привремени мерки за обезбедување на соодветниот дел од оставината.³² Имено, решението за

²⁹ Исто така, овде ќе напомниме дека определени законски одредби се однесуваат и за легатот и за налогот.

³⁰ Сепак, правното дејство на налогот не било секогаш вака одредено. Постои одредена еволуција во правниот концепт на налогот. Имено, кога станува збор за правното дејство на налогот, уште во римското право, концептот на налогот бил сличен на поставување на наследник под одложен услов, додека подоцна својството на налогот се менува и добива сличност со поставување на наследник под раскинлив услов, за да денес кога се работи за правното дејство на налогот да се гледа како за обврска, на точно одредено лице во тестаментот, да исполни одредено оптоварување. Види повеќе кај: Миле Хаџи Василев – Вардарски, *op. cit.*, стр. 257; Љиљана Спировиќ – Трпеновска, *Наследно право*, 2 Август, Скопје, 2009 година, стр. 208 – 209.

³¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 9/08.

³² Види подетално член 180 до Законот за вонпарнична постапка од 2008 година.

наследување, содржи меѓу другото и податоци за тоа дали правото на наследникот се одложува поради недостиг на времето или е ограничено на определено време или е одложено додека се исполни определен услов кој зависи од некој раскинувачки услов, односно налог што ќе се смета како раскинувачки услов, или е ограничено со право на плодуживање или некое друго право и во чија полза.³³

Во Законот за наследување на Србија од 1995 година помеѓу останатото се регулира дека: „Завештателот може да наложи на наследникот или легатарот да стори нешто или да се воздржи од нешто што бил овластен да го стори, но така што меѓу обврзаното лице и корисникот на налогот не настанува облигационен однос“ (член 132, став 1). Додека хрватскиот Закон за наследувањето од 2003 година меѓу другото пропишува дека: „Завештателот може да го оптерети со некоја должност лицето на кое му остава некоја корист од оставината (налог)“ (чл. 47, ст. 1). Меѓутоа и српското наследно право и хрватското наследно право подетално го регулираат налогот.³⁴

Како што веќе стана збор завештателот може да направи оптоварување, на било кое лице на кое всушност му остава некоја корист од оставината. Ова секако е во насока на изразување на вистинската волја на завештателот.

³³ Види подетално член 177 од Законот за вонпарнична постапка од 2008 година.

³⁴ Види за повеќе член 132, став 2 – 3 и член 133 – 134 од српскиот Закон за наследување од 1995 година и член 48 од хрватскиот Закон за наследување од 2003 година.

Заклучок

Употребата на модалитетите претставува можност за завештателот. Завештателот може да ја збогати содржината на тестаментот со тоа што може да определи заменици на наследниците и легатарите, да постави услови и рокови при определувањето на наследниците или легатарите, или да изврши оптоварување.

Во позитивното наследно право на Република Македонија, дозволена е простата супституција, додека е забранета, односно не се прифаќа фидеикомисарната супституција. Имено, завештателот со тестаментот може да определи лице на кое ќе му припадне наследството, ако определениот наследник умре пред завештателот, или ако се откаже од наследството, или ако биде недостоен за да наследи, со тоа што ова, важи и за легатите.

Завештателот со тестамент може да постави наследник под услов и тоа независно дали се работи за универзален или сингуларен наследник. Доколку завештателот поставил некое лице за наследник под одложен услов, тогаш ова лице во вистинска смисла ќе стане наследник кога ќе се исполни условот, додека кога се работи за именуван наследник под раскинлив услов тогаш поставениот наследник го губи статусот на наследник ако настапи условот. Завештателот исто така, може во тестаментот да одреди, определено лице да се јави во улога на наследник, откако ќе помине определено време од неговата смрт, а може и да одреди определеното лице да го изгуби статусот на наследник по изминувањето на определен временски период.

Со тестаментот, во македонското право, завештателот исто така може да изврши и оптоварување, односно да го оптовари со некоја должност лицето на кое му остава некоја корист од оставината.

Одредувањето на заменици, поставување на рокови и услови на наследниците или легатарите, определување на оптоварување, значи модификација на содржината на тестаментот. Можноста за модификација на содржината на тестаментот претставува на определен начин и инструмент во рацете на завештателот за изразување и почитување на неговата вистинска волја, секако во согласност со законот.

Во трудот се спроведе научно проучување и анализа на модалитетите при определување на наследниците и на универзалните и на сингуларните, а со тоа се согледа нивното значење, можноста за нивна употреба од страна на завештателот, а во контекст на поголема практична примена, со што сметам дека се постигна целта на овој труд.

Литература

- Blagojević T. Borislav, Antić B. Oliver, *Nasledno pravo*, Nomos, Beograd, 1991.
- Gavella Nikola, *Nasljedno pravo*, Informator, *drugo izdanje*, Zagreb, 1990.
- Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Граѓанско применето право (наследно право)*, Културна установа Блесок, Скопје, 2011.
- Пухан Иво, Поленак Аќимовска Мирјана, *Римско право*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2008.
- Romac Ante, *Rimsko pravo, II. izdanje*, Narodne novine, Zagreb, 1987.
- Трпеновска - Спировиќ Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Наследно право во Република Македонија*, Културна установа Блесок, Скопје, 2010.
- Трпеновска – Спировиќ Љиљана, *Наследно право*, 2 Август, Скопје, 2009.
- Хаџи Василев – Вардарски Миле, *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983.
- Чавдар Кирил, *Коментар на Законот за наследувањето*, Агенција „Академик“ – Скопје, Скопје, 1996.
- Zbirka Propisa, Priručnik, Porodično – pravnih propisa i propisa o nasledivanju sa najnovijom važećom sudskom praksom Vrhovnog suda Jugoslavije i republičkih vrhovnih sudova, Prosveta, Beograd, 1969.
- Закон за наследувањето (Службен лист на ФНРЈ бр. 20/55, Службен лист на СФРЈ 12/65 и 42/65 – пречистен текст).
- Закон за наследувањето (Службен весник на СРМ бр. 35/73 и 27/78).
- Закон за наследувањето (Службен весник на Република Македонија бр. 47/96).
- Закон за наследување на Србија од 1995 година. Текстот може да се види на следната интернет страница: <http://www.scribd.com/doc/17209293/zakon-o-nasledjivanju>.
- Закон за наследување на Хрватска од 2003 година. Текстот може да се види на следната интернет страница: <http://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.
- Законот за облигационите односи (Службен весник на Република Македонија“ број 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13).
- Законот за сопственост и други стварни права (Службен весник на Република Македонија бр. 18/01, 92/08, 139/09 и 35/2010).
- Закон за вонпарнична постапка (Службен весник на Република Македонија бр. 9/08).

Ph.D. Risto Ilioski¹

USAGE ON MODALITIES IN APPOINTING OF THE HEIRS

Abstract

The testator mostly in the will, appointing of the universal and singular heirs are performed directly, in the immediate way, without the testator to performs the enrichment of the content of the will with some limitations, with some conditions, terms or make any burdens. However, the testator may use modalities, when performs naming of the heirs and the legatees. So, the testator in the content of the will can determine the conditions and terms in the appointing of heirs or legatees, to appoint their load or to appoint their deputies. Hence, the purpose of this paper, is through a scientific study and analysis of the modalities in the appointing of the heirs, as universal, righto and singular, to perceive theirs meaning, the possibility of theirs usage by the testator, and in order to their wider application in practice.

Key words: will, testator, modalities, condition, term.

¹Ph.D., a Teaching Associate, Faculty of Law – Kichevo, University “St. Kliment Ohridski” – Bitola, e-mail: ristoi@yahoo.com.

ПРЕКУГРАНИЧНОТО СПОЈУВАЊЕ НА ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА ВО ЕВРОПСКАТА УНИЈА

*Кој има бенефит, а кој ризик од оштетување од
прекуграничното спојување на трговските друштва во Европската
Унија*

УДК: 658.114.25(4-672ЕУ)

Original research paper

Review paper

Апстракт:

Спојувањето на трговските друштва претставува исклучително сложена проблематика која допира до повеќе сегменти на приватното право. Компексноста на ова проблематика посебно доаѓа до израз на теренот на прекуграничното спојување на трговските друштва што како статусна промена вклучува повеќе прашања од конкурентското, трудовото, компаниско, облигационо право. Спојувањето на меѓународно ниво нема само приватно правен карактер. Прекуграничното спојување како концепт го допира и јавните интереси на секоја национална економија, оттука и големото внимание и значаење на ова проблематика во заедничкиот европски пазар.

Прекуграничното спојување како модерен концепт на создавање вредности имплицира економски развој преку создавање глобални конкуретни трговски друштва во светски размери. Во основа, преку регулирањето на постапката за прекугранично спојување, економската логика на Европската Унија (*во понатамошниот текст ЕУ*) беше да создаде конкуретни трговски друштва во меѓународната трговска заедница, кои рамо до рамо со светските гиганти ќе одговорат на потребите на бизнис и потрошувачкиот сектор.

Сепак, секоја економска логика нужно мора да биде следена од соодветна правна рамка која ќе ја следи економската законитост, истовремено, ќе превенира повреди на правниот поредок.

¹Доц. д-р Борка Тушевска, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип, borka.tusevska@ugd.edu.mk;

Целта на трудот е преку анализа на примарното и секундарното законодавство за прекугранично спојување, да ги анализираме предностите и слабостите на постоечкиот правен режим за прекугранично спојување, со фокус на прашањето за бенефицијарноста на овој концептот и позицијата на субјектите чии интереси преку спојувањето во најголем обем се доведени во прашање.

Клучни зборови: спојување, припојување, доверители, малцински акционери, работници, економски развој.

CROSS-BOARDER MERGER OF COMPANIES IN EUROPEAN UNION

Who benefits and who is damaged by the cross boarder merger of companies within European Union

Abstract:

Merger of the companies is an extremely complex issue related with many aspects of private law. The complexity of this subject is particularly evident in the field of cross-border merger of trade companies. As one of the statutory amendments, cross border merger include numerous questions from competition, labor, company and obligation law. As a modern concept of creating values, cross border merger implies economic development primarily reflected in creation of global competitive companies worldwide. Basically, creating the legal regime for cross-border merger was directly connected with the main intention of EU which was creation of competitive trade companies that'll meet the need of consumer and business sector worldwide. Nevertheless, any economic logic, must be followed with proper legal regime that simultaneously will the failure of the legal system.

The main goal of this article is to analyze the advantage and disadvantage of the existing legal regime for cross-border merger, emphasizing the issue about the benefits of this concept and the position of the subjects which interest are at the biggest risk.

Key words: merger, acquisition, creditors, minority shareholders, workers, economic development.

Воведни напомени:

Спојувањето на трговските друштва е исклучително комплексна проблематика.¹ Својата економска база и оправданост, концептот на „*спојување на трговските друштва*“ ги базира на основна цел и тоа: *спојување во насока на создавање конкуретни трговски друштва по светски стандарди на работа, со зголемен профит, во интерес на задоволување на потребите на бизнис секторот, потрошувачкиот сектор, вработените, доверителите, малцинските акционери и останатите стејхолдери.*² Сепак, практиката ги надминува овие теоретски поставени цели и мотиви за спојување или присоединување на едно кон друго трговско друштво. Имено, практиката познава бројни други причини поради кои реално трговските друштва се одлучуваат кон спојување или присоединување на едно кон друго трговско друштво. Ова посебно се однесува на земјите во развој, каде честопати се злоупотребуваат постапките на статусни промени.³ Оттука и бројните законски процедури и контроли во поглед на законитоста на постапката за спроведувањето на спојувањето или присоединувањето (судска, административна постапка,

¹ Иако во Закон за трговските друштва („Службен весник на Република Македонија“ бр. 28/2004; 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010; 24/2011; 166/2012; 70/2013; 119/2013; 120/2013; 187/2013; 38/2014; 41/2014; 138/2014 и 88/2015, во понатамошниот текст ЗТД), присоединувањето се издвојува како посебна статусна промена, во основа припојувањето е спојување на едно кон друго трговски друштва по пат на универзална сукцесија и без постапка за ликвидација. Во контекст на трудот, присоединувањето ќе биде проучувано како еден вид на спојување.

² Основањето или создавањето (*по пат на која било статусна промена*) на конкуретни трговски друштва на заедничкиот Европски пазар, по светски стандарди на деловно работење, позитивно се одразува на повеќе сфери во општеството. Не само поради актуелноста на прашањето за заштита животната средина, туку пред се поради реалните потреби на човештвото, здравите и конкуретни трговски друштва претставуваат пред се услов за здрава животната средина, раст и развој на бруто домашниот производ, намалување на бројот на невработени, и конечно, зголемување на профит на друштвата. Во основа ова претставува една од фундаменталните цели на концептот на спојувањето, вклучувајќи го и остварувањето на правото на примарно или секундарно основање во рамките на заедничкиот Европски пазар, согласно Европското законодавство.

³ Ваквата констатација ја базираме на консултирна литература (Види повеќе: Botta M., *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case study in Brazil and Argentina*, Alphen aan den Rijn, Netherland : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, Inc., 2011. Апликативно истражување во конкретна земја не сме реализирале. *In concreto*, и во рамки на овој труд се задржуваме на предностите и слабостите, опасностите од загрозувањето на статусот на одредени категории субјекти, низ призмата на Европската регулатива, Европскиот Суд на правда и теоретските законитости.

констрола од страна на нотар или друг овластен јавен орган (*зависно од државата за која станува збор*)).⁴

Компаративно-правно, спојувањето на трговските друштва во националните правни системи е проблематика регулирана во делот на статусните промени на трговските друштва, вклучување ги: *присоединување, спојување и поделба на друштвата*.⁵ Присоединувањето што во компаративната литература се среќава како припојување, во основа претставува спојување преку присоединување на едно кон друго трговско друштво. Во контекст на ова, едно или повеќе друштва може да се присоединат (*друштво што се присоединува*) кон друго друштво (*друштво што презема*), со пренос на целокупниот имот и на обврските на друштвото коешто се присоединува без да се спроведе негова ликвидација, во замена за удели, односно за акции од друштво што презема (ЗТД, чл. 517/1). Согласно ЗТД, спојувањето пак претставува случај кога две или повеќе друштва можат да се спојат, без да се спроведе ликвидација, *со основање на едно ново друштво* - корисник на коешто преминува целокупниот имот и обврските на друштвата што се спојуваат, во замена на уделите, односно на акциите од новото друштво – корисник (517/2). Од самите дефиниции на овие два одделни концепти на статусни промени (според ЗТД) произлегува дека во првиот случај спојувањето настанува со присоединување на едно кон друго постоечко друштво, а во вториот случај преку создавање на новоосновано друштво, без ликвидација на двете споени друштва, а во замена за акции и удели од

⁴ Законитоста на постапката за спојување или припојување во различни правни системи е обезбедена преку различни механизми од различни карактери. Имено, во некои од земјите членки предидена е административна контрола, во друга судска, во трета контролата на законитоста се обезбедува преку заверка на одлуката, спогодбата, извештајот за проценка на уделите од страна на нотар итн. Во контекст на ова, Франција предвидува превентивна судска контрола за законитоста на спојувањето или присоединувањето. Контролата во спојувањето на трговските друштва во Франција била воспоставена во 1977 година. Од 2 Март 2009, Autorité de la concurrence станува одговорен орган за законитоста на постапките. Види повеќе: Autorité de la concurrence, Republique Francaise, Merger Control guidelines, 2014. Судска контрола над законитоста над спојувањето била имплементирана и во Германија и Италија. Види повеќе за ова: Gotts, I.K., The Merger Control, Law Business Research, 2013. Merger control : New rules in Germany and Italy starting 2013.

⁵ Согласно ЗТД, статусните промени во национални рамки се уредени во посебна (*десетта*) глава (член 517-537). Како дел од статусните промени уредено е и прашањето за спојувањето на трговските друштва. Сепак, во ова глава се регулирани посебните правила кои што се однесуваат на: содржината на спогодбата за спојување, одлуката за спојување, преносот на имотот или дел од него, ревизијата на спогодбата, извештај итн. Општите правила во поглед на потребните документи, изјави, кворум за одлуки итн., се регулирани со општите правила кои се однесуваат на секоја од статусните промени регулирана во глава десет од ЗТД.

новооснованото друштво.⁶ Ваквиот концепт на спојување е присутен и во Третата директива за национално спојување донесена во 1978 година - *Third Council Directive 78/855/EEC of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies.*⁷ Историјата на донесување на *Directive 78/855/EEC*, е доказ за комплексноста и значењето на ова проблематика, посебно во делот на прекуграничното спојување на трговските друштва. Основаната идеја од 1978 година, преку *Directive 78/855/EEC*, била да се заштитат акционерите и да се воведат спојувањето како статусна промена во секоја земја членка.⁸ Отежнителна околност во процесот на унифицирање на правилата за спојување било и релативно доцното прифаќање на директивата од страна на повеќе земјите членки.⁹ Во основа, спојувањето на трговските друштва не може да се унифицира во сите аспекти на статусните промени. И самата директива во голем број случаи упатува на националните права на земјите членки, или упатува на колезиионите норми кои треба да упатат на меродавното право *in concreto*. Постигнувањето на еднаков правен режим во постапките на спојување или присоединување е во функција на олеснувањето на постапката на прекугранично спојување што е во основа најсуштественото прашање во проблематика на статусните промени. Имено, најголемите зделки во делот на корпоративното право се на полето на прекуграничното спојување. И самата *Directive 78/855/EEC* е донесена во интерес на уредувањето на прашањето за *прекуграничното спојување*.¹⁰ Фокусот на големите трговските друштва е токму ширњето на својот деловен потфат надвор од границите на својата земја. Прекуграничното спојување е еден од моделите на ширењето на бизнисот, концентracијата на

⁶ Види повеќе за ова: Siegel D., *International Merger and acquisition law, A Country-by-Country Look at M&A Regulations and Best Practices in Major Markets around the Globe*, 2005.

⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31978L0855>, [пристапено на 18.08.2015].

⁸ Во тој периодот Холандското законодавство не го предвидувало спојувањето како статусна промена. Види повеќе: Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP., *Implementation of the Cross-Border Merger Directive in The Netherlands*, 2008.

⁹ *Directive 78/855/EEC* е имплементирана во Данска и Германија во 1983 година. Во Холандија три години подоцна, односно 1986. Во Португалија 1978, Франција и Велика Британија во 1989, Шпанија и Италија 1991, во Белгија дури во 1992 година. Доцното имплементирање на *Directive 78/855/EEC* во најголемите Европски сили јасно ги одразува компликациите во процесот на создавање униформирана рамка барем за клучните прашања: *ништовноста, правното дејство на одлуката, проценката на акции и удели* итн. Податоците се преземени од: Василевћ М., Рафовић В., Петровић Јевремовић Т., *Компанијско право Европске Уније*, Београд, 2012, стр. 287.

¹⁰ Види повеќе за постапката на усвојување на *Directive 78/855/EEC*: Campbell D., *Mergers and Acquisitions in Europe: selected issues and jurisdiction* 2011.

капиталот и понуда на „*fill package services or procurement of goods*,” како најактуелен модел на освојување на светскиот пазар.¹¹

Во низата економски предности за трговските друштва, спојувањето како концепт отвори бројни други прашања кои се наметнаа со посебен предизвик за истражување. Во насока на ова, и посебно за земјите во развој се поставува прашањето: *колку од споените трговски друштва (новооснованите или преку присоединување на едно кон друго постоечко, го зголемиле својот профит после направената статусна промена? Дали како резултат на направеното спојување е зголемен или намален бројот на вработените? Кои се правните последици од спојувањето врз вработените? Каков е нивниот статус после направената статусна промена (спојување или присоединување)? Дали и колку се подобрени условите за работа во новооснованото трговско друштво? Како е статусот на малцинските акционери/содружници после спроведеното спојување? Кои се правните последици врз доверителите од спроведеното спојување, итн?*

Сите овие и уште многу други (фискални прашања на пример) прашања нужно се наметнуваат пред или после спроведувањето на спојувањето. Економската логика е јасна, меѓутоа прашање е кои и какви се правните импликации од спојувањето? Попрецизно, кој има придобивки, а кој е оштетен од спојувањето? Сите овие прашања во основа го добиваат своето знаење кај прекуграничното спојување, што многу често ја наметнува потребата од признавање и извршување на странски судски одлуки, промена на местото на живеење на вработените (во случај кога друштвото што се присоединило или се споило во новоосновано ги затвора сите претставништва во земјата во која претходно било седиштето или претставништво, загрозување на позицијата на малцинските акционери итн. Замислата да се функционира како еден заеднички пазар, со највисоко почитување на правото на слободно движење на стоки, услуги и капитал, се уште генерира практични проблеми за одредена категорија на субјекти. Неспорни се напорите на ЕУ во делот на создавањето на заеднички европски пазар. Во насока на ова е и член 49 (поранешен член 43 од ДЕЗ) каде изрично се забрануваат ограничувања на слободата на основање за државјани на земја-членка на територија на друга земја-членка. Таквата забрана, исто

¹¹ Концентрација на капиталот во неколку светски гиганти на трговски друштва преку концептот на мајка-ќерка, основање на филијали надвор од своите седишта е светски тренд кој е во центарот на внимание на бизнис секторот. Како замена за специјализацијата, големите трговски друштва се насочени и делуваат од позиција на концентрација на услугите и палетата на стоки, со интенција да ги опфатат потребите на што е можно повеќе потрошувачи.

така, се однесува и на ограничувања за основање застапништва, филијали или подружници од државјани на која било земја-членка основани на територија на која било земја-членка.

Прекуграничното спојување е во тесна врска со правото на примарно или секундарно настанување загарантирано во Договорот за функционирање на ЕУ- Treaty of the functioning of European Union, *Official Journal C 326*, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.¹² Од ова одредба изрично произлегува забраната за дискриминација во правото на настанување на трговските друштва. Во насока на ова спојувањето на трговските друштва преку присоединување или спојување во новоосновано друштво е логична последица на светските трендови. Прашање е со кои механизми да се заштитат правата на одредена категорија субјекти, чии интереси се загрозувани.

1. Прекуграничното спојувањето како статусна промена на трговските друштва

1.1. Поим на прекугранично спојување според македонското право и практика

„Економски гледано спојувањето (*фузијата*) претставува „правна техника со која се остварува економски процес на концентрација на капитал.“¹³ Како што спомнавме потребата да се унифицира постапката за прекуграничното спојување постои уште при донесувањето на третата директива за национално спојување на трговски друштва *Directive 78/855/EEC*. Бројни се пречките кои постоеле во текот на сите фази од создавањето на предлог Десетта Директива за прекугранично спојување.¹⁴ Директивата за прекугранично спојување - *Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies*, е усвоена во 2005 година после бројни обиди почнувајќи од Нацрт Конвенцијата за прекугранично спојување од 1965 година – *Draft Convention on the International merger of sociétés anonymes*.¹⁵

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:12012E/TXT>, [пристапено на 22.08.2015].

¹³ Граић-Степановић С., „Хармонизација фузија предузећа у Савезној Републици Југославије и Европске Уније“, Право и природа, бр. 5-8, Београд, 1996, стр. 424.

¹⁴ Bech – Bruun, Study on the application of Cross – border mergers Directive, 2013.

¹⁵ Bulletin of the European Communities, Supplement 13/73., Submitted to the Council of the Commission on 29 June 1973.

Во Република Македонија, преку ЗТД, прекуграничното спојување беше имплементирано согласно со Законот за изменување и дополнување на Законот за трговските друштва („Службен весник на Република Македонија“ бр. 48/2010).¹⁶ Во член 537 – а изречно беше наведено дека одредбите од глава 10 ќе се применуваат кога се врши прекугранично спојување на акционерски друштва или на друштва со ограничена одговорност основани во согласност со одредбите ЗТД и запишани во трговскиот регистар (*македонски друштва*) со друштва во кои одговорноста на содружниците е ограничена, на кои се применува право на друга држава членка на Европската унија и имаат регистрирано седиште, централна управа или главно место на вршење на нивната дејност во држава членка на Европската унија (*друштва од Европската унија*). Ова одредба ги опфаќа сите форми на деловни потфати на друштвата во ЕУ. Имено, земајќи ги предвид седиштето, централната управа или местото каде што трговското друштво ја врши претежната дејност, законодавецот избегнал спорни ситуации во кои како отворено може да се постави прашањето што претставува седиште по секое од меродавните права кои се применливи на корпоративната трансакција.

Законодавецот во десетта глава ја дефинира постапката за прекугранично спојување истакнувајќи дека освен кога со ЗТД поинаку не е определено, прекуграничното спојување е постапка во која: едно или повеќе друштва се присоединува (друштво/а што се присоединува/ат) кон друго друштво (друштво што презема) со пренос на целокупниот имот и на обврските на друштвото кое се присоединува без да се спроведе негова ликвидација во замена за издавање на удели, акции и други хартии од вредност од основната главнина, на друштвото што презема на содружниците на друштвото што се присоединува и ако е можно разлика во пари што не надминува 10% од номиналната вредност, или во недостаток на номинална вредност, 10% од сметководствената вредност на примените удели, акции или други хартии од вредност (ЗТД, член 537-б/1). Прекуграничното спојување според став 2 од ЗТД постои во случај кога две или повеќе друштва се спојуваат без да се спроведе ликвидација, со основање на едно ново друштво - корисник на кое преминува целокупниот имот и обврските на друштвата што се спојуваат, во замена за уделите, акциите, односно други хартии од вредност во основната

¹⁶ членот 25 со кој се воведува новата глава Десетта заедно со членовите 537-а, 537-б, 537-в, 537-г, 537-д, 537-ѓ, 537-е, 537-ж, 537-з, 537-с, 537-и, 537-ј, 537-к и 537-л, ќе започне да се применува со денот на пристапување на Република Македонија во Европската Унија.

главнина на новото друштво - корисник и ако е можно разлика во пари којашто не надминува 10% од номиналната вредност, или во недостаток на номинална вредност, 10% од сметководствената вредност на примените удели, акции или други хартии од вредност или се врши универзален пренос на имотот и на обврските на едно друштво без да се спроведе негова ликвидација, на друштво коешто ги има сите или најмалку 90% од сите негови удели, акции, односно хартии од вредност.¹⁷ Согласно ЗТД, во постапката на прекуграничното спојување мора да учествуваат најмалку едно македонско друштво и едно друштво од Европската Унија.¹⁸

Според ЗТД прекугранично спојување со друштво кое припаѓа на држава која е членка на Европската унија *е можно* само ако со законот на државата членка на Европската унија кој важи за тоа друштво се дозволува прекугранично спојување спрема формата на друштвата кои се спојуваат. Во поглед на формата на друштвата кои може прекугранично да се спојат, во правната литература подолго се дискутирално околу прашањето дали друштвата со ограничена одговорност може да бидат предмет на прекугранично спојување и дали различни форми на трговски друштва може да се спојат. Овие дилеми генерирале од фактот што поднесената Нацрт конвенција од 1973 година била насловена како Нацрт Конвенција за меѓународно спојување на акционерски друштва.

Во глава десет помеѓу другите услови за законито спроведување на спојувањето, ЗТД предвидува и механизми за заштита на најзагрозената категорија на субјекти и тоа: *вработените, доверителите, малцинските акционери*. Имено, водејќи се од насоките во Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies [Official Journal L 310 of 25.11.2005],¹⁹ законодавецот предвидел дека органот на управување на македонското друштво кое прекугранично се спојува, има обврска до содружниците, доверителите и вработените да ги достави условите на спојувањето и

¹⁷ Концептот на „универзална сукцесија“ има суштествено значење во постапката на спојување на трговските друштва во новосоздадено друштво и спојување со присоединување на едно кон друго друштво. Ова од причина што универзалната сукцесија е единствениот основ за заштита на правата на доверителите во однос на друштвата што се споиле. Друго е прашањето за нивното остварување, меѓутоа концепциски и теоретски оправданоста е во универзалната сукцесија. Токму поради непознавањето на концептот на „универзална сукцесија“ во Велика Британија, подолго време се одложувало имплементирањето на Директивата за прекугранично спојување. Консултирај повеќе за ова: Survey on the Societas Europaea September, *International Bureau of Fiscal Documentation, Annex 15, United Kingdom*, 2003.

¹⁸ Идентично е решението на Директивата, содржано во член 2 став 2 и член 3.

¹⁹ Директивата од 2005 прв пат е менувана во 2009 и 2012 година: OJ L 259 of 2.10.2009 и OJ L 156 of 16.6.2012.

извештај за прекугранично спојување во кој се образложуваат и оправдуваат правните и економските аспекти на прекуграничното спојување, истовремено се објаснуваат и последиците и влијанието на тоа спојување врз содружниците, доверителите и вработените.

Извештајот за прекуграничното спојување се става на увид на содружниците и на вработените лично или на нивните претставници ако ги има и се објавува на интернет страницата на друштвото ако има таква, во рок кој не може да биде пократок од еден месец пред датумот на одржување на состанок на собирот на содружниците, односно одржување на седница на собранието на друштвото на која ќе се одлучува за прифаќање или отфрлање на предлогот со условите.²⁰ Предвидените решенија се во интерес на заштита на правата на акционерите, особено малцинските акционери кои наспроти нивната волја стануваат акционери на ново акционерско друштво, односно стануваат акционери под режим на новооснованото друштво, или друштвото стекнувач на капитал во друга држава.

Во основа решенијата од десетта глава, во целост кореспондираат со Directive/2005/56/EC. Сепак, нужно е да се земе предвид дека станува збор за усогласеност со концепти. Директивата и целокупното коминитарно право во голем дел оставаат отворени прашања кои се предмет на уредување на националните законодавства. Оттука, во голем дел законодавецот е тој кој што е во позиција да ја заштити ова категорија на субјекти. *In concreto*, Директивата обврзува на обезбедување соодветна заштита на доверителите, меѓутоа начинот на кој што тоа ќе го направат во националните законодавства, останува во рацете на секоја земја поединечно. Конечно, Директивата дава насоки, внатрешната политика преку законодавството одлучува за степенот и карактерот на заштита на правата на секој од овие стејкхолдери. Анализирајќи ја позицијата на македонското законодавство, ја апострофираме усогласеноста со Директивата. Со оглед на фактот што овие одредби ќе се применуваат после влезот на РМ во Европа, останува да се видат практичните импликации за вредноста и оправданоста на законските решенија.

²⁰ ЗТД, член 537-е/2.

2. Прекугранично спојување на единствениот Европски пазар

2.1. Заштита на акционерите, доверителите и вработените според Европското законодавство во постапката на спојување на трговски друштва

Корените на правната рамка на прекуграничното спојување на трговските друштва во рамките на Заедничкиот европски пазар датираат уште од 1965 година. На ова поле направени се неколку измените и дополнувања во насока на заштитување на акционерите, доверителите и вработените, со интенција да се зачуваат економските интереси на друштвото и останатите стејкхолдери. Секоја од овие категории е под посебен правен режим на заштита. И покрај ова, во практиката се јавуваат повеќе спорни ситуации кои потенцијално значат повреда на правата на овие субјекти. Во ова насока ќе бидат предмет на анализа и елаборација: *заштитата на правата на вработените, акционерите и доверителите.*

2.1.1. Заштита на правата на работниците

Спојувањето како статусна промена не повлекува престанок на работниот однос на вработените во друштвото кое се присоединува кон постоечко друштво односно, друштвото кое се спојува со во новоосновано друштво. Во овој сегмент работените се заштитени во рамки на националните законодавства и директивата исто така. Сепак, на терен на практиката како спорни се појавуваат прашањата *подведувањето на договорот за вработување под нов режим на право, преместување на работното место на работникот во случај кога во претходната држава не постои ниту филијала, ниту подружница на новооснованото друштво, различни услови за работа во поглед на претходно договорените, стекнување на работодавец со различна актива и пасива во однос на претходниот итн.* Иако навидум станува збор за окрупнување на капиталот, и зголемувањето на активата во однос на пасивата, практиката може да создаде дијаметрално спротивни ситуации. Сепак ова не претставува толку голем проблем како што тоа би се однесувало на доверителите кои по сила на закон добиваат нови должници.

Кај договорите за вработување, пролематично е прашањето кога друштвото што се спојува или присоединува кон новосоздаденото друштво, под концептот на *„економско-технички и организациони*

промени“ се обидува да им го прекине работниот однос на вработените во матичната компанија и тоа по основа на: *затворање на некоја од филијалите, подружниците, претставништвата итн.* Оттука, работодавецот е во позиција да ја злоупотреби ова ситуација и повикувајќи се на потребата од реализирање на одредени економско-технички и организациони промени, да им го прекине работниот однос на работниците.

2.1.2. Заштита на правата на акционерите

На ниво на ЕУ и во внатрешните законодавства на земјите членки, најголем дел од прописите за прекугранично спојување се однесуваат на заштита на правата на акционерите. Со оглед на фактот што одлуката за спојување е во нивни раце, остварувањето на ова нивно право зависи од овозможувањето на пристап кон документите и соодветната информираност за постапката. Овие права ги гарантира и Директивата и тоа преку правото на увид во договор за спојување.²¹ Акционерите имаат и право на увид во извештај на органот на управување на друштвото и ревизорот (електронски или бесплатна копија од извештајот на ревизорот или органот на управување).

Преку овие инструменти на контрола им даваат право на акционерите да ја спречат намерата на органите на управата да го присоединат друштвото, односно да го спојат со друго и да создадат ново.

Одобрување на нацрт одлуката за спојување или присоединување од страна на генералното собрание или собирот на содружници е условено од претходно остварување на:

Право на информирање и увид во документите кои се однесуваат на постапката на спојување,

Право на глас на генерално собрание за донесување на одлука за спојување или присоединување кон веќе постоечко друштво

Право на контрола преку судско, административно утврдување на законитоста на прекуграничното спојување.

Право на нотарска заверка на документите за спојување или присоединување на едно кон веќе постоечко друштво.

И покрај различните решенија во различните национални закондовства, едно од прашањето за кои сите законодавства се на исто становиште е дека повредата на некои од овие права не им дава право на

²¹ Директива 2005/56/ЕС, член 2 и 4.

поништување на постапката, туку на надомест на штета. Како посебна категорија на акционери во поинаков статус се малцинските акционери. Тоа се категорија на акционери кои не се согласуваат со спојувањето односно присоединувањето кон друго друштво. Директивата и националните законодавства на ова категорија акционери помеѓу другото им гарантира право на: *Судска проверка на постапката за спојување, Право на надомест во парична вредност, Право на откуп на акциите, односно право на истапување од друштвото.*²²

2.1.3. Заштита на правата на доверителите

Спојувањето или припојувањето директно се одразува и на интересите на доверителите. Ова не секогаш значи дека тие се оштетени, меѓутоа значи дека тие се во неизвесност со оглед на фактот што за должник *ipso facto* добиваат субјект дотогаш непознат за нив. Во основа главниот проблем произлегува од несигурноста во наплатата на своите недоспеани побарувања во момент на спојувањето.

Компаративно, правните системи предвидуваат различни механизми на заштита, вклучувајќи го и правото на гаранција за исполнувањето на обврската. На становиште сме дека станува збор за *ipso facto* отстапување на договор со оглед на фактот што доверителот кој што има побарување спрема друштвото што се споило односно присоединило кон друго друштво, во истовремено може да биде должник спрема друштвото што се присоединило односно споило. Оттука, тргнувајќи од правната природа на новосозданиот однос, станува збор за „законско отстапување на договор“ од страна на друштвото што се присоединило на новооснованото друштво, односно друштвото што настанало со спојување и доверителот.²³ Имено, точно е дека доверителите не ја знаат солидноста на новиот доверител, меѓутоа истото важи и *vice versa* во ситуација кога доверителот истовремено по методот на координација е и должник спрема новооснованото друштво.

Заштитата на овие права неспорно треба да имаат приоритет, меѓутоа не по цена на отежнување на целиот процес на спојување. За заштита на овие права од суштествено значење е протекционизмот кој што

²² Василевиќ М., Радовиќ В., Јевремовиќ Петровиќ Т., Компанијско право Европске уније, Београд, 2012, стр. 321.

²³ Во поглед на ова прашање нема да навлегува во детерминирањето на правната природа на новонастанатата правна врска помеѓу доверителите и новосозданото друштво, односно новиот должник. Фокусот на нашето внимание во овој труд е на економските предности наспроти интересите на акционерите и доверителите во постапката на спојување.

треба да се обезбеди во системот на призовање и извршување на странки судски одлуки. Последново исто така е во интерес на ЗЕП (*заеднички европски пазар*) на полето на процесното право. Конечно, водејќи се основната тенденција за хармонизирање на законските прописи, последната констатација е во насока на прифаќање на странското право, како заедничко европско, во духот на ЗЕП.

Завршни согледувања:

Анализата на прашањето за предностите *vis a vis* слабостите на прекуграничното спојување на наведе на констатацијата дека правниот режим на ниво на ЕУ во голема мерка остава простор за уредување на клучни прашања преку националните законодавства на земјите членки. Слободата во уредувањето на некои од овие прашања создава дијаметрално спротивни третмани на категоријата вработени, акционери и доверители во различни земји членки. Ваквата практика се уште влијае на отежнувањето на спојувањето, односно присоединувањето во рамки на Заедничкиот Европски пазар. Неспорно е дека создавањето на едно трговско друштво на пазар на ЕУ, придонесува кон раст и развој на економијата. Меѓутоа истовремено е јасно дека овие постапки суштествено може негативно да се одразат врз постоечките договорните односи и статуси на секоја од овие категории.

Без разлика на прашањата што ги проблематизиравме погоре во текстот, а се однесуваат на правата на загрозувањето на правата на вработените, доверителите и акционерите, остануваме на констатацијата дека во духот на заедничкиот Европски пазар е правото на слободно движење, спојување и присоединување на трговските друштва во ЕУ. Ова право е во тесна врска со начелото на забрана од дискриминација во примарното и секундарно основање на трговски друштва во рамки на ЕУ. Оттука, јасна е потребата од повисок степен на унифицираност на правниот режим, меѓутоа не по цена на загрозувањето на овие основни начела на ЕУ.

Република Македонија ќе се соочи со овие прашања со пристапувањето во ЕУ. Скромната практика на ова поле нужно ја наметнува потребата од апликативно истражување на целите, причините и интересите на трговските друштва за спојување или присоединување кон друго веќе постоечко друштво во ЕУ. Во земјите во развој, исклучително е битно да се анализираат вистинските мотиви за спојувањето или припјување на едно кон друго, или основање на ново трговско друштво.

Да се согледа реалната ситуација потребно е да се направи истражување на бројот на намирени довертели, статусот на работниците, профитот на компанијата итн. На овој начин теоретските концепти и законитости ќе се доведат во врска со практиката, согласно што би се добило целосна слика за состојбата на ова поле.

Користена литература:

- Botta M., *Merger Control Regimes in Emerging Economies: A Case study in Brazil and Argentina*, Alphen aan den Rijn, Netherland : Kluwer Law International ; Frederick, MD : Sold and distributed in North, Central and South America by Aspen Publishers, Inc., 2011;
- Gots, I.K., *The Merger Control*, Law Business Research, 2013. *Merger control : New rules in Germany and Italy starting 2013*;
- Siegel D., *International Merger and acquisition law, A Country-by-Country Look at M&A Regulations and Best Practices in Major Markets around the Globe*, 2005;
- Василевћ М., Рафовић В., Петровић Јевремовић Т., *Компанијско право Европске Уније*, Београд, 2012,
- Граић-Степановић С., „Хармонизација фузија предузећа у Савезној Републици Југославије и Европске Уније“, *Право и природа*, бр. 5-8, Београд, 1996;
- Geert T.M.J. Raaijmakers & Thijs.P.H. Olthoff, *Creditor protection in cross-border mergers; unfinished business*, *Utrecht Law Review*, 2008,
- Vainola K., *Protection of Creditors under the 10th Company Law Directive on Cross-Border Mergers – an Impediment to the Freedom of Establishment?* 2015,
- Gant J., *Obstacles to Cross-Border Insolvency and Employment Protection Coordination in the European Union: Examples from the UK and France*, 2003,
- Marieke Wyckaert & Koen Geens, *Cross-border mergers and minority protection, An open-ended harmonization*, *Utrecht Law Review, Volume 4, Issue 1*, 2008

Sanja Gongeta, mag. iur., pred.¹

PRAVNI OKVIR OPORAVKA I SANACIJE KREDITNIH INSTITUCIJA I INVESTICIJSKIH DRUŠTAVA U EUROPSKOJ UNIJI

УДК: 334.732:340

Original research paper

Review paper

Short communications

Preliminary notes Professional papers

Presentation

Book review

Sažetak

Nacionalna zakonodavna pravila država članica Europske unije namijenjena djelotvornom rješavanju problema nezdravih i posrnutih kreditnih institucija pokazala su se nedostatnima u vrijeme posljednje financijske krize.

Stvaranje jedinstvenog pravnog okvira na razini Europske unije pokazalo se kao prioritet prije svega zbog velike međusobne povezanosti financijskih tržišta država članica.

Iz toga je razloga donesena Direktiva 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava (BRRD).

Direktiva 2014/59/EU se u svim državama članicama primjenjuje od 1. siječnja 2015. godine do kada se nacionalno zakonodavstvo moralo ujednačiti s Direktivom.

U Republici Hrvatskoj se ujednačavanje provelo donošenjem Zakona o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava (Narodne novine 19-396/2015) koji je na snazi od 28. veljače 2015. godine.

Nova pravila uvedena kroz nekoliko zakonodavnih akata na razini Europske unije, ali i nacionalnoj razini država članica, osiguravaju da banke preuzimaju umjerene rizike i da banka koja griješi plaća za svoje gubitke.

Također, novim pravilima jamči se da banke i njihovi dioničari, a ne više porezni obveznici, snose rizike i plaćaju za moguće gubitke.

Ključne riječi: kreditne institucije, investicijska društva, sanacija, Bankovna unija, jedinstven pravni okvir

¹ Veleučilište Lavoslav Ružička u Vukovaru, Županijska 50, 32000 Vukovar, Republika Hrvatska, sanja.gongeta@gmail.com

LEGAL FRAMEWORK FOR BANK RECOVERY AND RESOLUTION IN EUROPEAN UNION

Abstract

Existing national regulations to prevent the insolvency of credit institutions have proven to be insufficient in times of financial crisis, and a single regulatory framework at European level was more than needed.

It was the main reason for adopting Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms (BRRD).

Directive 2014/59/EU (BRRD) applies to all 28 Member States from the January 1st 2015 by which time all Member States harmonised their national legislation financial framework with new Directive.

Bank recovery and resolution legal framework in Croatia was harmonised by Bank recovery and resolution Act (Official Gazette 19-396/2015) which is effective from 28 February 2015.

The new rules adopted on Union level, but also in national legislations provide authorities with the means to intervene decisively both before problems occur and early on in the process if they do.

Also, new bank recovery and resolution rules are shifting the cost of bank failure from taxpayers to shareholders and creditors of the institutions themselves.

Key words: credit institutions, investments firms, recovery, Banking Union, a unique legal framework

1. Uvodno

Posljednja gospodarska kriza i veliki financijski gubitci nastali uslijed povezanosti kreditnih institucija i investicijskih društava unutar financijskog tržišta Europske unije ukazala je na potrebu jedinstvenog regulatornog okvira kojim bi se odgovarajućim instrumentima djelotvorno riješio problem nezdravih i posrnulih kreditnih institucija i investicijskih društava.² Financijska kriza bila je sustavnih dimenzija u smislu da je imala utjecaj na pristup financiranju velikog dijela kreditnih institucija.³

To je jedan od razloga zbog kojih je mreža financijske sigurnosti Europske Unije doživjela velike promjene posljednjih godina.

Prvi korak u poduzimanju snažnih reformi s ciljem rješavanja regulatornih i nadzornih nedostataka na razini Europske unije bila je izrada koncepta Bankovne unije kao integriranog financijskog okvira. Države članice Europske unije automatizmom čine Bankovnu uniju, dok se ostale države mogu priključiti.

Nacionalna zakonodavstva predviđala su određena pravna rješenja za nezdrave i posrnule kreditne institucije i investicijska društva, međutim u okviru europskog unutarnjeg tržišta, a tijekom gospodarske krize, takva zasebna nacionalna rješenja, pokazala su se kao nedostatna.⁴

Iz tog razloga donesena je Direktiva 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava (BRRD⁵), koja se u svim državama članicama Europske unije primjenjuje od 1. siječnja 2015. godine.

BRRD kao novinu i pravilo propisuje slijed kojim se prilikom sanacije određene institucije snose gubitci čime je teret gubitaka prebačen na dioničare i vjerovnike, a porezni su obveznici izuzeti iz sudjelovanja u gubitku institucije u sanaciji.

BRRD uređuje pitanja načela postupanja i međunarodne suradnje unutar Europske unije te se u radu raspravlja o BRRD kao ključnoj sastavnici Bankovne unije, esencijalne dopune Ekonomske i monetarne unije (EMU) i unutarnjeg tržišta Europske unije uopće.

² Prijedlog Zakona o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava, P.Z.E br. 783., str. 1.

³ Preambula Direktive 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za

oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava, OJL 170, 12. lipnja 2014., str. 191

⁴ Binder, J.H. (2014) Resolution Planning and Structural Bank Reform within the Banking Union, "European Banking Union: Prospects and Challenges" (conference paper)

⁵ Eng. Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a

framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms

Nadalje, daje se odgovor na pitanje zašto je bilo potrebno donošenje jedinstvenog pravnog okvira oporavka i sanacije kreditnih institucija i investicijskih društava na razini Europske unije kada su određeni pravni instrumenti već postojali u nacionalnim zakonodavstvima država članica. Poseban osvrt u radu dan je na implementaciju odredbi BRRD u zakonodavstvo Republike Hrvatske.

2. Bankovna unija

Financijska tržišta Europske unije većim dijelom su integrirana i međusobno povezana, pri čemu velik broj kreditnih institucija i investicijskih društava intenzivno posluju izvan nacionalnih granica.⁶ Višestruke financijske i gospodarske krize posljednjih godina zahtijevale su adekvatan odgovor kroz regulatorne reforme na nacionalnoj razini država članica, ali jednako tako i na razini Europske unije. Upravo s tim ciljem stvoren je koncept Bankovne unije koja čini sastavni dio integriranog financijskog okvira Europske unije i ključna je za uspostavu financijske stabilnosti u Europskoj uniji. Funkcioniranje bankovne unije ne odnosi se samo na zemlje članice koje su prihvatile euro. Članice euro područja automatski pripadaju i bankovnoj uniji, dok se druge države članice mogu priključiti. Bankovna unija temelji se na: a) jedinstvenom nadzornom mehanizmu(SSM),

b) jedinstvenom sanacijskom mehanizmu (SRM) i c) povezanim mehanizmima financiranja koji obuhvaćaju jedinstveni sanacijski fond (SRF), sustave osiguranja novčanih depozita (SOD) i zajednički zaštitni mehanizam (kreditna linija). Navedena tri stupa utemeljena su na horizontalnom skupu pravila koja se primjenjuju na sve države članice: kapitalni zahtjevi za banke (paket CRD IV) i odredbe Direktive o oporavku i sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava (BRRD).⁷

Bankovna unija usklađuje nadzor, sanaciju i financiranje na razini Europske unije i obvezuje banke u cijelom euro području na ista pravila.⁸

Svojevrсна zaštitna mreža koju zajedno čine nadzor (supervizija) i regulacija banaka, do realizacije projekta bankarske unije, bila je u nacionalnoj

⁶ Preambula Direktive 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za

oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava, OJL 170, str. 191

⁷ MEMO 12-416-EN, str. 1.

⁸ Cavallo, G. R. M. (2014) European Banking Union: An Immediate Tool for Euro Crisis Management and a Long-Term Project for the Single Market AI Working PAPers 14; Hadjiemmanuil, C. (2015) Bank Resolution Financing in the Banking Union, LSE Law, Society and Economy Working Papers 6, London; Vujčić, B., Gongeta, S. (2015). Bank Recovery and Resolution Directive – Key component of Banking Union, 10th International Scientific Conference Economic Integrations, Competition and Cooperation, Opatija - Croatia, April 22 - 24, 2015.; (conference paper)

nadležnosti, no sada su supervizija i regulacija dijelom nacionalne, a dijelom nadnacionalne. Riječ je o kombinaciji s tendencijom da nadzor u budućnosti postane potpuno centraliziran na paneuropskoj razini (European Central Bank).

Nadzor i preustroj banaka te osiguranje depozita moraju obuhvaćati širi sustav mreža financijske stabilnosti koje u EU moraju uravnotežiti nacionalne i nadnacionalne elemente i nadležnosti.

Premda je u nadzoru banaka sve vidljiviji upliv nacionalnih i nadnacionalnih ovlasti, makro-prudencijalna regulacija dobrim dijelom ostaje u nadležnosti nacionalnih regulatora.⁹

Kako je uvodno naglašeno, ta pravila osiguravaju da same banke preuzimaju umjerene rizike i da banka koja griješi plaća za svoje gubitke te da se suočava s mogućnošću zatvaranja. Nova pravila, uvedena kroz nekoliko zakonodavnih akata, jamče da banke i njihovi dioničari, a ne više porezni obveznici, snose rizike i plaćaju za moguće gubitke.

2.1. Jedinstven nadzorni mehanizam / Single Supervisory Mechanism – SSM

Tijekom proteklih desetljeća, u velikom broju država članica znatan udio na tržištu imaju bankovne grupe čija su sjedišta u drugoj državi članici, a kreditne institucije su svoje poslovanje zemljopisno razgranale ne samo unutar europodručja, već i izvan njega.

Posljednja financijska i gospodarska kriza pokazala je kako rascjepkanost financijskog sektora može imati negativne učinke na integritet jedinstvene valute i unutarnje tržište.¹⁰ Kao ključni element za jačanje Unije, ponovnu uspostavu financijske stabilnosti i gospodarski oporavak nametnulo se poboljšanje integracije nadzora banaka. Upravo stoga donesena je Uredba Vijeća (EU) br. 1024/2013 od 15. listopada 2013. o dodjeli određenih zadaća Europskoj središnjoj banci u vezi s politikama bonitetnog nadzora kreditnih institucija.¹¹

Godinu dana nakon donošenja uredbe, 4. studenog 2014. 2014., započeo je s radom Jedinstveni nadzorni mehanizam i Europska središnja banka (ESB) preuzela je funkciju nadzora nad oko 130 kreditnih institucija, na koje se odnosi

⁹ Ujedinjeni nadzor banaka pod okriljem ECB-a i nova pravila preustrojavanja banaka u EU; Što je u tome dobro za Hrvatsku?, HUB Analize, br. 45., 2013., str. 8., dostupno na: http://www.hub.hr/sites/default/files/hub_analize_broj_45_-_financijska_stabilnost.pdf (23.7.2015.)

¹⁰ Uredba Vijeća (EU) br. 1024/2013 od 15. listopada 2013. o dodjeli određenih zadaća Europskoj središnjoj banci u vezi s politikama bonitetnog nadzora kreditnih institucija, Službeni list Europske unije L 287/63, čl. 2., dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1024&from=EN>

¹¹ Službeni list Europske unije L 287, 29.10.2013., str. 63

približno 85% aktive banaka europodručja.¹² Time je osiguran dosljedan i usklađen nadzor kreditnih institucija uz smanjenje mogućnosti regulatorne arbitraže i stvaranja fragmentarnog tržišta financijskih usluga u Europskoj uniji.

Prema jedinstvenom nadzornom mehanizmu, nadležnost za nadzor pojedinačnih kreditnih institucija u Uniji i dalje je većim dijelom ostala na nacionalnoj razini, no njihova međusobna koordinacija pokazala se kao ključna za sprečavanje negativnih učinaka kakvi su nastajali tijekom posljednje financijske i gospodarske krize.

Europsko nadzorno tijelo¹³ i Europski sustav financijskog nadzora¹⁴ značajno su poboljšali suradnju između nadzornih tijela za bankarstvo unutar Unije.

Sudionice jedinstvenog nadzornog mehanizma su sve države članice europodručja kao i one države članice koje nisu dio europodručja a odluče se pridružiti.

S obzirom na to da je Republika Hrvatska članica Europske unije, postavlja se pitanje hoće li ući u sustav jedinstvenog nadzornog mehanizma i kakve bi učinke to imalo na hrvatske banke? Prema navodima struke¹⁵ ulazak Hrvatske u SSM otvorio bi prilike za većinu hrvatskih banaka. Uzme li se u obzir da najveći dio hrvatskog bankovnog sustava ionako posluje u sastavu međunarodnih grupacija čija se sjedišta nalaze u zemljama članicama europodručja, a samim time i jedinstvenog nadzornog mehanizma (SSM-a), postavlja se pitanje koje bi koristi u takovoj bankovnoj strukturi Hrvatska imala od ostanka izvan sustava jedinstvenog nadzornog mehanizma? Pobornici ulaska Hrvatske u sustav jedinstvenog nadzornog mehanizma navode kako ulazak najvećih banaka pod izravni nadzor Europske Centralne Banke predstavlja svojevrsnu potvrdu kvalitete koji bi mogao utjecati na smanjenje troškova njihova financiranja i u konačnici rezultirati pozitivnim učinkom na hrvatsko tržište kredita. Također, kao dodatan razlog ulaska Hrvatske u jedinstveni nadzorni mehanizam navodi se kao logičan slijed u procesu prihvaćanja eura. Međutim, Republika Hrvatska za sada ipak ostaje izvan sustava SSM-a.

¹² HNB – godišnje izvješće za 2014. godinu, Zagreb, svibanj 2015., str. 110.

¹³ Europsko nadzorno tijelo za bankarstvo (EBA), osnovano je 2011. Uredbom (EU) br. 1093/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o osnivanju europskog nadzornog tijela (Europskog nadzornog tijela za bankarstvo) SL L 331, 15.12.2010., str. 12.

¹⁴ Europski sustav financijskog nadzora (ESFS) osnovan člankom 2. te Uredbe i člankom 2. Uredbe (EU) br. 1094/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o osnivanju europskog nadzornog tijela (Europsko nadzorno tijelo za osiguranje i strukovno mirovinsko osiguranje-EIOPA) (SL L 331, 15.12.2010., str. 48.) i člankom 2. Uredbe (EU) br. 1095/2010 Europskog parlamenta i Vijeća od 24. studenoga 2010. o osnivanju europskog nadzornog tijela (Europskog nadzornog tijela za vrijednosne papire i tržišta kapitala - ESMA) (SL L 331, 15.12.2010., str. 84.)

¹⁵ Ibid

Bez obzira kada Hrvatska odluči ući u jedinstveni nadzorni mehanizam, važno je naglasiti da se nadzor operativno odvija prema istovjetnim kriterijima u cijeloj EU (engl. Single rulebook). Dosljedna primjena jedinstvenih kriterija umanjit će operativnu važnost odluke o ulasku.¹⁶

2.2. *Jedinstveni sanacijski mehanizam / Single Resolution Mechanism (SRM)*

Tijekom 2014. Europska unija je nastavila intenzivne aktivnosti usmjerene na uspostavljanje bankovne unije. Kako je uvodno naglašeno, drugi element bankovne unije je Jedinstveni sanacijski mehanizam¹⁷ (SRM), čija je svrha osigurati urednu sanaciju posrnutih banaka uz minimalne troškove za porezne obveznike i realno gospodarstvo. Učinkoviti sanacijski mehanizmi ključni su za izbjegavanje šteta do kojih je u prošlosti dolazilo zbog propadanja banaka.¹⁸ Tijekom 2014. donesena je Uredba o jedinstvenom sanacijskom mehanizmu i jedinstvenom fondu za sanaciju¹⁹ te je potpisan Sporazum o prijenosu i objedinjavanju doprinosa u jedinstveni sanacijski fond²⁰ koji bi trebao stupiti na snagu 1. siječnja 2016.

Samu strukturu jedinstvenog sanacijskog mehanizma čine jedinstveni sanacijski odbor, koje je sanacijsko tijelo na razini Europske unije i Jedinstveni fond za sanaciju.²¹

Uloga fonda je doprinos ujednačenoj upravnoj praksi u financiranju sanacije i izbjegavanju stvaranja prepreka uživanju temeljnih sloboda, odnosno izbjegavanju narušavanja tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu zbog razlika u nacionalnim praksama.²² Za svoje djelovanje fond se koristi financijskim sredstvima bankovnog sektora, odnosno doprinosima banaka²³ prikupljenima na

¹⁶ HUB analiza 2013, str. 3. i 4.

¹⁷ engl. Single Resolution Mechanism

¹⁸ Preambula Uredbe o jedinstvenom sanacijskom mehanizmu i jedinstvenom fondu za sanaciju, t. 6.

¹⁹ Uredba (EU) br. 806/2014 Europskog parlamenta i Vijeća od 15. srpnja 2014. o utvrđivanju jedinstvenih pravila i jedinstvenog postupka za sanaciju kreditnih institucija i određenih investicijskih društava u okviru jedinstvenog sanacijskog mehanizma, Službeni list Europske unije L 225 od 30.7.2014.

²⁰ Sporazum su potpisale sve države članice EU-a osim Ujedinjenoga Kraljevstva i Švedske.

²¹ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/> (24.7.2015.)

²² Preambula Uredbe o jedinstvenom sanacijskom mehanizmu i jedinstvenom fondu za sanaciju, t. 19.

²³ Jedinstveni fond za sanaciju će se popunjavati tijekom razdoblja od osam godina. Trebao bi doseći barem 1 % iznosa osiguranih depozita svih kreditnih institucija s odobrenjem za rad u svim državama članicama bankovne unije čime se njegov iznos procjenjuje na oko 55 milijardi eura.

nacionalnoj razini i udruženima na razini Unije u skladu s međuvladinim sporazumom o prijenosu i postupnom objedinjavanju tih doprinosa.²⁴

Opseg ovlasti i odgovornosti jedinstvenog sanacijskog odbora, koji predstavlja glavno tijelo za donošenje odluka u okviru jedinstvenog sanacijskog mehanizma obuhvaća donošenje odluka o programima sanacije posrnulih banaka, izravnu odgovornost za faze planiranja i sanacije prekograničnih i velikih banaka unutar bankovne unije koje su pod izravnim nadzorom Europske središnje banke, odgovornost za sve slučajeve sanacije, neovisno o veličini banke, ako sanacija podrazumijeva upotrebu jedinstvenog fonda za sanaciju te konačno, odgovornost za sve banke u bankovnoj uniji.²⁵ Sukladno navedenome, Jedinstveni sanacijski odbor u svakom trenutku može odlučiti izvršiti svoje ovlasti u pogledu bilo koje banke.

Kako je istaknuto, Sporazum o prijenosu i objedinjavanju doprinosa u jedinstveni sanacijski fond trebao bi stupiti na snagu prvoga dana sljedeće godine. Kada sva pravila o jedinstvenom sanacijskom mehanizmu stupe na snagu, ona će se primjenjivati na banke u državama članicama europodručja i u zemljama EU-a koje se odluče pridružiti bankovnoj uniji. Na države članice koje nisu u europodručju, a koje su potpisale Sporazum, prava i obveze koje iz njega proizlaze primjenjivat će se tek nakon što se pridruže Jedinstvenom nadzornom mehanizmu i Jedinstvenom sanacijskom mehanizmu.²⁶

Očekuje se da Jedinstveni sanacijski mehanizam ispuni očekivane ciljeve, a to je prije svega ojačati povjerenje u bankovni sektor, spriječiti navalu klijenata u banke i širenje problema, smanjiti negativnu povezanost između banaka i država te ukloniti rascjepkanost unutarnjeg tržišta u pogledu financijskih usluga.²⁷

²⁴ Preambula Uredbe o jedinstvenom sanacijskom mehanizmu i jedinstvenom fondu za sanaciju, t. 19.

²⁵ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/> (24.7.2015.)

²⁶ HNB – godišnje izvješće za 2014. godinu, Zagreb, svibanj 2015., str. 110.

²⁷ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/> (24.7.2015.)

3. Jedinstvena pravila / Single rulebook

Jedinstvena pravila predstavljaju temelj bankovne unije i zakonodavnog uređenja financijskog sektora Europske unije.²⁸ Sastoje se od pravnih akata koje moraju poštovati sve financijske institucije (što uključuje otprilike 8300 banaka) u Europskoj uniji.²⁹

Jedinstvena pravilima, između ostaloga, utvrđuju kapitalne zahtjeve za banke, osiguravaju bolju zaštitu deponenata i uređuju sprečavanje propadanja banaka i upravljanje takvim situacijama.

Glavni elementi jedinstvenih pravila, odnosno pravni akti najvažniji za bankovnu uniju, jesu:

Direktiva o kapitalnim zahtjevima IV (CRD IV) i Uredba o kapitalnim zahtjevima, izmijenjena Direktiva o sustavima osiguranja depozita (DGS) i Direktiva o oporavku i sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava (BRRD).

Propast kreditne institucije ne donosi samo velike financijske gubitke u državi članici gdje je njeno sjedište, nego ima učinak i na sve ostale države gdje kreditne institucije posluju. Jedinstvena pravila trebala bi spriječiti nastanak bankarske krize, primjerice povećanjem kapitala kojega su banke dužne imati i, u slučaju da se kriza ipak dogodi, pružiti zajednički pravni okvir koji će zaustaviti širenje krize.

3.1. Regulatorni paket CRD IV

Za formalnu implementaciju standarda Basela III u pravnu stečevinu Europske unije bila je potrebna izmjena dotadašnjeg regulatornog okvira. Vijeće Europe i Europski parlament usvojili su 27. lipnja 2013. novi regulatorni paket nazvan CRD IV paket kojega čine četvrta Direktiva o kapitalnim zahtjevima (CRD IV)³⁰ i Uredba o kapitalnim zahtjevima (CRR)³¹. Novi regulatorni paket stupio je na snagu 1. siječnja 2014. i time zamijenio dotadašnji regulatorni okvir kojega je činila direktiva Capital Requirement Directive III (CRD III). Tehnički ciljevi i izmjene sadržani u novom regulatornom paketu mijenjaju poslovanje kreditnih institucija unutar granica Europske unije i doprinose povećanju otpornosti bankovnog sustava Europske

²⁸ Vujčić, B., Gongeta, S. (2015). Bank Recovery and Resolution Directive – Key component of Banking Union, 10th International Scientific Conference Economic Integrations, Competition and Cooperation, Opatija - Croatia, April 22 - 24, 2015.; (conference paper)

²⁹ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-rulebook/> (24.7.2015.)

³⁰ eng. Capital Requirement Directive IV.

³¹ eng. Capital Requirement Regulation

unije, ali i kapaciteta za apsorpciju financijskih šokova što bi bankama omogućilo daljnje financiranje ekonomskih aktivnosti i rasta.³²

Direktiva o kapitalnim zahtjevima³³ utvrđuje pravila o zaštitnim slojevima kapitala, primitcima i bonusima bankara, bonitetnom nadzoru i korporativnom upravljanju, a sve države članice bile su ju dužne implementirati u svoje nacionalno pravo.

Uredba o kapitalnim zahtjevima izravno se primjenjuje u svim državama članicama EU-a, utvrđuje bonitetne zahtjevi za kapital, likvidnost te kreditni rizik za investicijska društva i kreditne institucije.³⁴

Premda je paket CRD IV donio mnoge izmjene u poslovanje europskih pa samim tim i hrvatskih kreditnih institucija, postavilo se pitanje hoće li njegova konkretna primjena biti problematična. Kako je i najavljeno u analizi Hrvatske narodne banke 2012. godine, hrvatske kreditne institucije bez problema su primijenile nova pravila u svoje poslovanje.

3.2. Direktiva 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava – BRRD

Posljednja gospodarska i financijska kriza pokazala je kako redovni postupci u slučaju insolventnosti za poslovne subjekte nisu uvijek primjereni za institucije, jer ne jamče uvijek dovoljno brzu intervenciju, nastavak ključnih funkcija institucija i očuvanje financijske stabilnosti.³⁵

Dio regulatorne reforme na razini Europske unije koja se odnosi na sanaciju i oporavak banaka i temelj jedinstvenih pravila sadržan je u odredbama Direktive 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava, poznatija kao BRRD. BRRD regulira sprečavanje bankovnih kriza i osigurava urednu sanaciju banaka koje propadaju, dok se

³² HUB analiza 2013, str. 31.

³³ Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, izmjeni Direktive 2002/87/EZ te stavljanju izvan snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ, Službeni list Europske unije L 176/38 od 27. lipnja 2013.

³⁴ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-rulebook/capital-requirements/> (24.7.2015.)

³⁵ Preambula Direktive 2014/59/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 15. svibnja 2014. o uspostavi okvira za oporavak i sanaciju kreditnih institucija i investicijskih društava, OJL 170, 12. lipnja 2014., str. 191.

njihov učinak na realno gospodarstvo i javne financije istovremeno svodi na najmanju moguću mjeru.³⁶

Prema odredbama BRRD-a gubitak prvi snose dioničari institucije nad kojom se provodi postupak sanacije, zatim vjerovnici u skladu s redosljedom prvenstva njihovih tražbina u stečajnom postupku, pod uvjetom da niti jedan vjerovnik ne smije pretrpjeti veće gubitke od onih koje bi pretrpio da se nad institucijom proveo stečajni postupak.

Ključni elementi BRRD-a jesu:

1. Priprema i sprečavanje³⁷
2. Rana intervencija³⁸ i
3. Sanacija³⁹.

Sve banke u Europskoj uniji moraju tako, prema odredbama BRRD-a, pripremiti svoje planove oporavka i ažurirati ih svake godine. Sadržaj planova su mjere koje bi banke poduzele kada bi se njihovo stanje znatno pogoršalo. Nacionalna sanacijska tijela moraju pripremiti sanacijske planove za svaku banku kojima se utvrđuju radnje koje bi tijela poduzela ako bi sanacija postala nužna.

Nadalje, svaka država članica dužna je oformiti ex-ante sanacijski fond (ili financijski aranžman jednake vrijednosti), financiran doprinosima bankovnog sektora, a koji bi se mogao upotrijebiti u slučajevima propadanja banaka.

Izrada obvezujućih tehničkih standarda, smjernica i izvješća o glavnim područjima oporavka i sanacije povjerena je Europskom nadzornom tijelu za bankarstvo.⁴⁰

U okviru rane intervencije nacionalna sanacijska tijela ovlaštena su intervenirati prije nego što se stanje banke nepopravljivo pogorša. Ona mogu: zatražiti provedbu hitnih reformi od banke, zatražiti da sa svojim vjerovnicima sastavi plan za restrukturiranje duga, zamijeniti članove uprave banke i imenovati posebne upravitelje ili privremene upravitelje.⁴¹

Cilj ovih mjera jest osigurati nastavak ključnih djelatnosti banke i njezin brz oporavak.

³⁶ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-rulebook/bank-recovery-resolution/> (23.7.2015.)

³⁷ Čl. 4 - 26 BRRD

³⁸ Čl. 27- 36 BRRD

³⁹ Čl. 37 - 93 BRRD

⁴⁰ <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-rulebook/bank-recovery-resolution/> (23.7.2015.)

⁴¹ Čl. 27. BRRD.

Ako stanje banke postane toliko teško da je njezin oporavak u odgovarajućem roku nerealan, nacionalna sanacijska tijela ovlaštena su: prodati dio poslovanja, osnovati prijelaznu banku kako bi se nastavile najvažnije funkcije, odvojiti dobru od loše imovine, primijeniti mjere za sanaciju vlastitim sredstvima, tj. konvertirati dug u dionice ili ispraviti vrijednost duga.⁴² Na taj način, u skladu s utvrđenim redoslijedom, gubitke snose dioničari i vjerovnici banke, a ne porezni obveznici što je i glavni cilj donesene direktive.

Metoda sanacije ovisit će o pojedinačnoj banci i sanacijskom planu koji je za nju pripremljen.

Važno je napomenuti kako će mjere za sanaciju vlastitim sredstvima stupiti na snagu u siječnju 2016.

4. Implementacija BRRD u zakonodavni sustav Republike Hrvatske

Kako je ranije navedeno, s ciljem uspostavljanja sustava koji će nadležnim tijelima država članica pružiti skup instrumenata za dovoljno ranu i brzu intervenciju u instituciji koja propada, ili će vjerojatno propasti, kako bi se osigurao nastavak ključnih funkcija institucije, uz istovremeno ograničavanje utjecaja propadanja institucije na gospodarski i financijski sustav na najmanju moguću mjeru donesena je Direktiva 2014/59/EU poznatija kao BRRD. Radi prijenosa BRRD-a u zakonodavstvo Republike Hrvatske donesen je Zakon o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava⁴³. Također, dio odredbi Direktive, koji se odnosi na planove oporavka i mjere rane intervencije, prenesen je u Zakon o kreditnim institucijama⁴⁴ i Zakon o tržištu kapitala⁴⁵ koji čine hrvatski zakonski paket u koji se prenosi BRRD. Sanacijska tijela u Republici Hrvatskoj koja su ovlaštena za izvršavanje ovlasti za sanaciju i primjenu sanacijskih instrumenata jesu Hrvatska narodna banka za kreditne institucije i grupu kreditnih institucija, Hrvatska agencija za nadzor financijskih usluga za investicijska društva, grupu investicijskih društava i financijske institucije za koje je nadležna i Državna agencija za osiguranje štednih uloga i sanaciju banaka za svaku od navedenih institucija nakon donošenja odluke o sanaciji institucije. Ministarstvo financija nadležno je ministarstvo za izvršavanje poslova u okviru Zakona o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava.

⁴² Čl. 37. BRRD.

⁴³ Narodne novine 19/2015.

⁴⁴ Narodne novine 159/2013 i 19/15.

⁴⁵ Narodne novine, br. 88/2008, 146/2008, 74/2009, 54/2013, 159/2013 i 18/15.

U skladu s BRRD-om, odredbe iz hrvatskog zakonskog paketa odnose se samo na onu instituciju za koju je utvrđeno da propada ili je vjerojatno da će propasti, za koju sve druge mjere iz nadležnosti supervizora ili mjere privatnog sektora nisu dovoljne da bi se institucija financijski oporavila i ako je procijenjeno da je sanacija te institucije u javnom interesu.⁴⁶ Uvjet po kojem se prijedlog za pokretanje postupka sanacije razlikuje od prijedloga za pokretanje stečajnog postupka je taj da se sanacija institucije provodi samo ako je to u javnom interesu. U skladu s navedenim, Hrvatska narodna banka je počevši s 1. siječnja 2015. u sklopu Sektora za međunarodne odnose i procjenu mogućnosti sanacije ustrojila Direkciju za procjenu mogućnosti sanacije kreditnih institucija, u čijoj je nadležnosti obavljanje poslova propisanih Zakonom o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava iz područja rada Hrvatske narodne banke.⁴⁷

Prenošenjem odredbi BRRD-a u hrvatskom nacionalnom pravu uspostavljen je moderan pravni okvir za eventualnu sanaciju problematičnih kreditnih institucija i investicijskih društava te pravovremeno odgovorilo pravnoj regulativi drugih država članica Europske unije za rješavanje problema potencijalnih sanacija prekograničnih grupa.

5. Zaključak

Stabilno unutarnje tržište bankovnih usluga ključno je za poticanje gospodarskog rasta i odgovarajućeg financiranja realnoga gospodarstva ne samo u Europskoj uniji, nego i izvan njenih granica. Protekla financijska i gospodarska kriza uzrokovala je intenzivne regulatorne promjene bankarskog i financijskog sustava u europskom kontekstu. Regulatornim paketima uspostavljen je sustav koji pruža instrumente za dovoljno ranu i brzu intervenciju u nezdravoj ili propadajućoj instituciji, ali i omogućuje nastavak ključnih financijskih i ekonomskih funkcija institucije. Najznačajnija novina koju donose nove odredbe regulatornog paketa je da gubitke propasti institucije prvi snose dioničari te da nakon dioničara gubitke snose vjerovnici, pod uvjetom da nijedan vjerovnik ne pretrpi veće gubitke od onih koji bi mu nastali da je institucija likvidirana u redovnom postupku u slučaju insolventnosti.

Države članice sada bi trebale biti u mogućnosti raspolagati odgovarajućim instrumentima oporavka i sanacije pri rješavanju situacija koje obuhvaćaju kako sistemske krize tako i propast pojedinačnih institucija što bi dugoročno trebalo pozitivno utjecati na gospodarski rast i financijsku stabilnost europskog tržišta bankovnih usluga.

⁴⁶ P.Z.E. br. 783, str. 3.

⁴⁷ HNB – godišnje izvješće za 2014. godinu, Zagreb, svibanj 2015., str. 110.

Literatura:

1. Binder, J.H. (2014) Resolution: Concepts, Requirements and Tools, (conference paper) ; available at: <http://ssrn.com/abstract=2499613>
2. Binder, J.H. (2014) Resolution Planning and Structural Bank Reform within the Banking Union, SAFE Working Paper No. 81, p. 1.-31.
3. Binder, J.H. (2014) Resolution Planning and Structural Bank Reform within the Banking Union, “European Banking Union: Prospects and Challenges” (conference paper)
4. Cavallo, G. R. M. (2014) European Banking Union: An Immediate Tool for Euro Crisis Management and a Long-Term Project for the Single Market AI Working PAPers 14;
5. Freshfield et. al (2013) Key points from the EU Recovery and Resolution Directive ; available at : http://www.freshfields.com/uploadedFiles/SiteWide/News_Room/Insight/RRP/EU%20Directive%20key%20points.pdf
6. Hadjiemmanuil, C. (2015) Bank Resolution Financing in the Banking Union, LSE Law, Society and Economy Working Papers 6, London
7. Joosen, B.P.M. (2014) Bail in Mechanisms in the Bank Recovery and Resolution, Amsterdam
8. McCan, Fitzgerald, (2014) European Banking Union: The Bank Recovery and Resolution Directive , London, available at : http://www.mccannfitzgerald.ie/McfgFiles/knowledge/5667European%20Banking%20Union%20-%20The%20Bank%20Recovery%20and%20Resolution%20Directive_0.pdf
9. Vujčić, B., Gongeta, S. (2015) Bank Recovery and Resolution Directive – Key component of Banking Union, 10th International Scientific Conference Economic Integrations, Competition and Cooperation, Opatija - Croatia, April 22 - 24, 2015. (conference paper)
10. Wiggins, R. Z., Wedow, M., Metrick, A. (2014) European Banking Union B: The Single Mechanism Resolution, Yale Programm on Financial stability Case study 2014-5B-V1,
11. Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 establishing a framework for the recovery and resolution of credit institutions and investment firms and amending Council Directive 82/891/EEC, and Directives 2001/24/EC, 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2005/56/EC, 2007/36/EC, 2011/35/EU, 2012/30/EU and 2013/36/EU, and Regulations (EU) No 1093/2010 and (EU) No 648/2012, of the European Parliament and of the Council, OJ L 173 of 12 June 2014.
12. Direktiva 2013/36/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o pristupanju djelatnosti kreditnih institucija i bonitetnom nadzoru nad kreditnim institucijama i investicijskim društvima, izmjeni Direktive

2002/87/EZ te stavljanju izvan snage direktiva 2006/48/EZ i 2006/49/EZ, Službeni list Europske unije L 176/38 od 27. lipnja 2013. , str. 338-436.

13. Dodd - Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376 (2010) available at: <https://www.sec.gov/about/laws/wallstreetreform-cpa.pdf>

14. EU Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on structural measures improving the resilience of EU credit institutions, COM(2014) 43 final.

15. European Commission; Banking and finance; Newsletter (2015) available at : http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/fisma/itemdetail.cfm?item_id=20758&newsletter_id=166&lang=en

16. EURO Area Summit Statement, Brussels, 29 June 2012 ; available at : https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/131359.pdf

17. Uredba Vijeća (EU) br. 1024/2013 od 15. listopada 2013. o dodjeli određenih zadaća Europskoj središnjoj banci u vezi s politikama bonitetnog nadzora kreditnih institucija, Službeni list Europske unije L 287, 29.10.2013., str. 63.; dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1024&from=EN>

18. Prijedlog Zakona o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava, P.Z.E br. 783

19. Zakon o sanaciji kreditnih institucija i investicijskih društava Narodne novine 19/2015

20. Zakon o kreditnim institucijama Narodne novine 159/2013 i 19/15

21. Zakon o tržištu kapitala Narodne novine 88/2008, 146/2008, 74/2009, 54/2013, 159/2013 i 18/15

22. Ujedinjeni nadzor banaka pod okriljem ECB-a i nova pravila preustrojavanja banaka u EU; Što je u tome dobro za Hrvatsku?, HUB Analize, br. 45., 2013., dostupno na: http://www.hub.hr/sites/default/files/hub_analize_broj_45_-_financijska_stabilnost.pdf (23.7.2015.)

23. Hrvatska narodna banka (2012a): Upute za provedbu studije kvantitativnog učinka prijedloga CRD/CRDIV, dostupno na: http://www.hnb.hr/supervizija/kvantitativni_ucinak/h-sku-uputa-za-provedbu.pdf

24. HNB – godišnje izvješće za 2014. godinu, Zagreb, svibanj 2015.

25. <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-resolution-mechanism/> (24.7.2015)

26. <http://www.consilium.europa.eu/hr/policies/banking-union/single-rulebook/capital-requirements/> (24.7.2015.)

М-р Владимир Бангиевски¹

**БЕЛЕШКИ КОН ИДНИОТ ГРАЃАНСКИ ЗАКОНИК НА
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА
- ПОТРЕБАТА ОД ПОИНАКОВ ТРЕТМАН НА ТНР.
„ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВОТО“-**

УДК: 34.037(497-7)
Short communications

Во Република Македонија во тек е изработка на Граѓански законик на Република Македонија. Секако дека тоа е процес од големо значење, кој во голем дел ќе придонесе за понатамошен развој и унапредување на граѓанското законодавството во Република Македонија, со средување на граѓанско-правната материја во една систематична и непротивречна целина, лесно достапна за граѓаните во Република Македонија и правната фела. Инаку, процесот на изработка на Граѓанскиот законик, кај нас, во Македонија започна во првата половина од 2011 година, поточно на 29. Април 2011 година, со конституирање на Комисијата за изготвување на Законикот, основана од Владата на Република Македонија. Комисијата, воглавно, има за задача, во својата работа, да ги интегрира нормите со кои се уредуваат класичните граѓанско-правните односи во еден комплетен и синхронизиран систем, а воедно и да предложи нови законски решенија во идниот Законик таму каде што ќе цени дека тоа е неопходно, имајќи ги во предвид општите-општествени интереси. Со Законикот за прв пат, кај нас, ќе се уредат и одредени прашања кои досега не беа регулирани, како на пример прашањето за предбрачен договор и сл.

Тргнувајќи од претпоставката дека неминовен дел од идниот Граѓански законик на РМ, во неговиот Општ дел², ќе биде и регулирањето на ситуациите кои значат таканаречена „Злоупотреба на правото“ трудот има за цел да даде некои сугестии за тоа како во иднина, во самиот Законик би требало да се регулира овој правен институт, а имајќи ги во

¹ Адвокат од Скопје, Р. Македонија

² При изработката на Граѓанскиот законик на РМ место за одредбите за забрана на злоупотреба на правото би требало да бидат почетните одредби на Законикот, имајќи во предвид дека забраната за злоупотреба на правото е институт на општиот дел на граѓанското право, заеднички за сите негови посебни делови!

предвид историските и сегашните состојби во правната регулатива поврзани со овој правен институт.

Најопшто, злоупотребата на правото, според сфаќањето на просечниот правник кај нас, е недопуштено или забрането вршење на субјективното право.

Во Македонија, во актуелната правна регулатива, со оглед на тоа што не постои општ дел на граѓанско право, таканаречената злоупотреба на правото е регулирана во Законот за облигациони односи и во Законот за сопственост и други стварни права и тоа на следниот начин:

1. **Во Законот за сопственост и други стварни права**, во делот со наслов „Општи ограничувања на правото на сопственост“, во членот 9 став 2 се вели дека „Забрането е вршење на правото на сопственост спротивно на целта заради која е со закон признато и востановено, или спротивно на моралот на општеството“ и

2. **Во Законот за облигациони односи**, во делот со наслов „Забрана за злоупотреба на правото“, во член 6, се вели дека „Забрането е вршење на право од облигационите односи спротивно на целта заради која е тоа со закон востановено или признаено³“.

Ваквиот начин на регулирање на ситуациите кои значат тнр. злоупотреба на субјективното право во најголем дел е наследено од правната регулатива на поранешна Југославија па, донесувањето на новите закони за облигациони односи и сопственост и други стварни права после осамостојувањето на Македонија, не ја подобрија состојбата на овој правен институт во однос на целосното регулирање на сите ситуации кои значат тнр. злоупотреба на правото.

Имено, од самите законски прописи јасно произлегува дека, позитивно-правно, единствени форми на злоупотреба на правото кои се забрануваат во нашето право се противцелното и неморалното вршење на правото.

Оттука, се поставува како логично прашањето: Претставуваат ли останатите видови на злоупотреба на правото забранети видови на вршење на правото и кој е правниот основ за правна реакција на нив?

³ Го злоупотребува своето право на користење на фирма, носителот на работилницата кој фирмата на работилницата ја истакнува така, што ја затскрива фирмата на другата работилница што се наоѓа во истата зграда па должен е истата фирма да ја отстрани. (Пресуда на Врховен суд на Македонија, Рев. Бр. 465/82 од 11.01.1983).
Со затварање на преминот што дотогаш непречено го користеле тужителите, без да им се остави примерен рок на друг начин да го решат пристапот до недвижноста, тужената работна организација врши злоупотреба на своето право и е одговорна за штетата што на тој начин им ја нанела на тужителите. (Пресуда на Врховниот суд на Македонија Рев. Бр. 42/81 од 31.08.1981 година).

Од друга пак страна, кај нас, дополнителен проблем е тоа што во законската регулатива, а и правната теорија, постои мешање на тнр. злоупотреба на правото со останатите сродни правни институти, кои се сепак самостојни и значат сосема други, иако понекогаш и многу слични, правни ситуации!

Како и да е, приоритетно битно е да се предочи дека постои плуралитет на видовите на злоупотреба на правото кои историско-правната и споредбено-правната анализа се во сотојба да ја документираат, и во која постојат, барем осум различни видови на злоупотреба на правото, што пак значи дека постојат осум различни конституенци или критериуми на недопуштено вршење на правото. Ова од причина што, не одговара ниту на историјата на правото, дека, злоупотребата на правото се исцрпува само во еден или два вида на недопуштено вршење на правото или на тврдењето дека на почетокот било забрането само шиканозното вршење на правото, ниту пак денеска, споредбено-правно погледнато е така, таму, каде што во законодавствата постои тнр. злоупотреба на правото.

Според тоа, барем осум причини ги наведува правните поредоци да го забрануваат вршењето на правото и тоа:

1. Шиканозно вршење на правото
2. Бескорисно вршење на правото
3. Несразмерно вршење на правото
4. Противцелно вршење на правото
5. Непримерено вршење на правото
6. Противречно вршење на правото
7. Неморално вршење на правото
8. Неправично вршење на правото

Со оглед на причините (конституенсите, критериумите) на недопуштеност кои се во основата на поединечниот вид на злоупотреба на правото, вршењето на правото е недопуштено затоа што:

- При вршењето на правото титуларот се раководи од намерата да му наштети некому (**шиканозно вршење на правото**). На пример: ако сопственикот на една парцела црпи вода и ја пушта да тече за да може соседната парцела да биде лишена од вода.

- Затоа што правото се врши без никаков оправдан или било каков значаен интерес (**бескорисно вршење на правото**). На пример: сопственикот на објект бара да се воспостави поранешна состојба иако и нему и на другиот тоа само би му штетело.

- Затоа што со вршењето на правото се остварува интерес кои е значително и несразмерно помалку вреден од интересот на другиот, кому притоа му се штети (**несразмерно вршење на правото**). На пример: сопственикот бара да се сруши објект која бесправно зафатила неспоредливо помалку вреден дел од неговото земјиште.

- Затоа што правото се врши заради остварување на интерес кој не е во склад со целта на правото (**противцелно вршење на правото**). На пример: спротивно е на целта на бракот да се склучи само за да би се добило државјанството на брачниот другар и потоа да се разведе, затоа што не ни се барало заедница на живот, што е, меѓутоа, цел на заклучувањето на бракот.

- Затоа што правото се врши на начин кои за другиот е непотребно тегобен (**непримерено вршење на правото**). На пример: Прозорот на тоалетот ако е изграден на друго место на зидот од зградата, просторијата исто така би имала светлост и би била проветрувана, а соседот не би бил изложен на можноста да гледа во неговиот стан и од непријатни миризби.

- Затоа што правото се врши на начин кој е противречен на друго однесување на титуларот на правото (**противречно вршење на правото**). На пример: кога сопственикот на земјиштето, иако од почетокот знаел дека друг бесправно гради на неговото земјиште, тек покасно, во текот на градбата бара прекинување на работите и рушење на дотогаш изграденото.

- Затоа што вршењето на правото е спротивно на моралот (**неморално вршење на правото**).

- Затоа што вршењето на правото се коси со правичноста (**неправично вршење на правото**). На пример: кога сосопственикот на синот ќе му востанови плодоуживање на својот дел, а веднаш потоа побара делба на стварта, постигајќи да притоа никој не биде заинтересиран закупување на сосопственичкиот удел.

Со оглед на тоа што кај нас, досега, единствено се регулирани само противцелното и неморалното вршење на правото, се поставува прашањето на кој начин одлучуваат судовите кај нас кога се во прашање и другите видови на злоупотреба на правото освен противцелното и неморалното вршење на правото?

Досегашната судска пракса, и поранешната југословенска и судската практика после осамостојувањето на Република Македонија во 1991 година, недвосмислено укажува на тоа дека судовите кај нас и порано во рамките на поранешната држава и после осамостојувањето, ги санкционираат и останатите видови на злоупотреба на правото освен противцелното и неморалното вршење на правото.

Имено, одредбите од ЗОО и ЗСДСП, со оглед на тоа, не претставуваат единствени форми за забрана на злоупотребата на правото. Тие досега точно дека се повикуваат на одредбите од ЗОО и ЗСДСП и тогаш кога се работи за други видови на злоупотреба на правото на кои тие одредби не се однесуваат, односно прикажуваат конкретни случаи како вршење на правото спротивно на целта или на моралот, а тоа навистина да не се случаи на противцелно и неморално вршење на правото. Па така, се случува вршењето на правото кое е недопуштено заради, да речеме противречноста се претставува како да е спротивно на целта или моралот! Таквото постапување на судовите несомнено е пожелно во својот резултат, но таквото постапување на судовите не е коректно, во смисла на тоа дека не одговара на правилата на структурата, имајќи во редвид дека одредбите од ЗОО и ЗСДСП не можат да бидат основ за забрана и на останатите видови на злоупотреба на правото!

Ни поимно а ниту пак практично противцелното и неморалното вршење на правото не е исто што и шиканозно вршење на правото, бескорисно вршење на правото, несразмерно вршење на правото, противцелно вршење на правото, непримерено вршење на правото, противречно вршење на правото, неморално вршење на правото и неправично вршење на правото!

Секое противцелно и неморално вршење на правото е злоупотреба на правото, но секоја злоупотреба на правото не е противцело или неморално вршење на правото. Бидејќи ЗОО и ЗСДСП го забрануваат само противцелното и неморалното вршење на правото, забраната која ја содржи ЗОО и ЗСДСП не е потполна забрана за злоупотреба на правото. Со одредбите од ЗОО и ЗСДСП забрането е само противцелното и неморалното вршење на правото. Тие забрани не ги имплицираат во себе и останатите видови на злоупотреба на правото. Кај нас само противцелното и неморалното вршење на правото се забранети, и ниеден друг. Во важечкото право нема изрична општа забрана за злоупотреба на правото! Заради ширината на практикуваната забрана, заради сеопфатноста на санкционираните видови на злоупотреба на правото, може да се тврди дека кај нас според сегашната состојба на работите забраната за злоупотребата на правото важи како правно начело кое не е пишано, бидејќи за важење на едно правно начело потребно е и доволно општото правило, способно за конкретизирање да го прифати барем еден од мериторните учесници на правниот живот: законодавецот, правната пракса или правната наука! Со одредбите од ЗОО и ЗСДСП тоа напишано начело на забрана за злоупотреба на правото не е исцрпено туку само

парцијално позитивирано! За сите останати конкретизации на начелото за забрана на злоупотребата на правото се погрижила судската пракса и правната наука! Кога во идниот граѓански законик на РМ наместо санкционирањето само на противцелното и неморалното вршење на правото би се санкционирале и останатите видови на злоупотреба на правото би се добило на јасност и сигурност! Непоходно потребно е во идниот Граѓанскиот законик на РМ изречно да се предвидат видовите на злоупотреба на правото кои во нашата пракса веќе се санкционирани. Причината не е само во потребата и правнодогматски конкретно да се разграничат меѓусебно, а не некоректно како до сега прикажуваат како составен дел на противцелното и неморалното вршење на правото, туку да се, како правила на однесување со различна содржина сосема јасно да се вообличат. Правната сигурност во поглед на тоа кои се границите на вршење на правото-потребна ни е на сите: титуларите-како би знаеле каква употреба на своите права не е допуштена; лицата кои с изложени на неповолна последица од злоупотребата на правото; судот-за да би било сосема транспарентно кои се уште типичните видови на злоупотреба на правото извесни освен веќе позитивираните!

De lege ferenda во идниот граѓански законик на РМ, пожелна би била и комбинација која би се состоела, од една страна, од изречна, општа забрана за злоупотреба на правото, со што забраната за злоупотреба на правото би престанала да постои само како непишано начело на правниот поредок, а од друга страна *exempli causa*, наведените, изречни забрани на сите поединечни, до сега јасно идентификувани видови на злоупотреба на правото! Општата забрана за злоупотреба на правото би била основ за санкционирање и на оние ситуации на недопуштено вршење на правото кои како атипични не одговараат на ниеден од типизираните видови на злоупотреба на правото. Доколку пак општата забрана за злоупотреба на правото ако би била единствено предвидена, би била недоволно практична заради својата општост и содржинска сиромашност! Улогата на конкретни правила на однесување им припаѓа на забраната на поединечните видови на злоупотреба на правото.

Сметам дека доколку законската регулација на тнр. злоупотреба на правото во идниот Граѓански законик на РМ, би била според погоренаведените забелешки, во тој случај би се добило едно целосно регулирање на сите ситуации на злоупотреба на правото досега познати и забележани во судската пракса и правната наука, како и би се санкционирале сите идни атипични видови на злоупотреба на правото.

М-р Владимир Бангиевски

**Белешки кон идниот Граѓански законик на Република Македонија -
потребата од поинаков третман на таканаречената
„Злоупотреба на правото“**

Трудот има за цел да укаже на потребата од поинаков третман на правниот институт „Злоупотреба на правото“ од страна на законодавецот, отфрлајќи го, поточно корегирајќи го, досегашниот законски третман на овој институт како половичен, односно нецелосен.

Во трудот се дадени некои аспекти на таканаречената “Злоупотреба на правото“, направен е пресек на досегашната состојба во законодавството на Република Македонија на овој правен институт, како и дадени се предлози до законодавецот како во иднина и на кој начин да се третира таканаречената „Злоупотреба на правото“ во идниот Граѓански законик.

Имено, со овој труд се прави обид, во иднина, во самиот Граѓански законик, а со предочување на определени состојби и предлози, да се дојде до поцелосно регулирање на правните ситуации кои значат таканаречена „Злоупотреба на правото“, напуштајќи го традиционалниот и нецелосен третман на овој правен институт во законодавството кај нас.

Summary

Notes to the future Civil Code of the Republic of Macedonia - The need for different treatment of the so-called "Abuse of Law."

This paper aims to point out the need for different treatment of the legal institute called "Abuse of Law" by the legislator while rejecting and/or correcting the former legal treatment of this institute who is partial and incomplete.

The paper presents some aspects of the so-called "Abuse of Law". Reviews, revisions and suggestions are made of the current situation in the Macedonian legislation in this particular area with specific proposals to the legislators on how to improve and to treat a future and improved version of the "Abuse of Law" in the future Civil Code.

Specifically, this paper makes remarks of certain situations and proposals the future Civil Code to fully complete and regulate the legal situations to the area of "Abuse of Law", abandoning the traditional and incomplete treatment of this legal institute in the legislation in the Republic of Macedonia.

⁴ Lawyer from Skopje, Republic of Macedonia

**ПРАВНИТЕ ПРЕДИЗВИЦИ ПРИ УРЕДУВАЊЕ НА ГРАЃАНСКО -
ПРАВНАТА ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТА ПРИЧИНЕТА СО
НУКЛЕАРЕН ИНЦИДЕНТ**

УДК: 347.51:349.7

Review paper

Апстракт

Со појавата на нуклеарната енергија станало јасно дека класичните принципи на отштетното право се соодветни за конвенционалните ризици, но не се доволни и не се соодветни за регулирање на новиот феномен – нуклеарна енергија. Со дистанцирањето од класичните принципи дошло до создавање на посебен правен режим на граѓанско - правна одговорност за нуклеарна штета што се наметнало како потреба која го условува развојот на нуклеарната индустрија. Исклучителните ризици вклучени во производството на нуклеарната енергија се главниот предизвик во правното регулирање на овој феномен. Во трудот ќе бидат прикажан токму начинот на кој овој посебен режим се справува со нивното регулирање. Посебен осврт ќе биде направен во однос на правниот предизвик за уредување на носителот на нуклеарната одговорност, поимот на нуклеарна штета, прашањето за каузалитетот, а ќе бидат претставени и воспоставените принципи на правниот режим на нуклеарна одговорност.

Клучни зборови: нуклеарна енергија, нуклеарен оператор, нуклеарна одговорност, нуклеарна штета, граѓанско - правна одговорност за причинета штета.

¹ Асистент на Правен факултет, Универзитет "Гоце Делчев" Штип,
marija.radevska@ugd.edu.mk

THE LEGAL CHALLENGES IN REGULATION OF THE CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE CAUSED BY NUCLEAR INCIDENT

Abstract

The appearance of the nuclear energy made it clear that the ordinary tort law rules were appropriate for conventional risks but not for the new phenomena – the nuclear energy. Stepping away from the ordinary rules of tort law has led the way to creating a special regime of nuclear liability which was set as needed and necessary for the development of nuclear industry. The main challenge regarding the legal regulation of the phenomena nuclear energy is the exceptional risk involved in nuclear power production. The focus in this paper is the method and the instruments used in this special regime in order to deal with this exceptional risk. Special emphasis will be made in respect the legal challenge of regulating the liable person in case of nuclear liability, the nuclear damage, the causation. The principles of the legal regime of nuclear liability on both national and international level will be presented as well.

Key words: nuclear energy, nuclear operator, nuclear liability, nuclear damage, nuclear liability.

1. Правниот предизвик при регулирање на носител на граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета

Носител на граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета во нуклеарното домашно и меѓународно право е нуклеарниот оператор, односно операторот на нуклеарната централа. Ваквото правно решение е усвоено во првите меѓународни извори кои го регулираат прашањето на граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета, а тоа се Виенската Конвенција за граѓанско-правна одговорност за нуклеарна штета од 1997 година, (во понатамошниот текст Виенска Конвенција)² и Париската Конвенција за одговорност спрема трети лица на полето на нуклеарната енергија од 1960 година, (во натамошниот текст Париска Конвенција).³ Подоцна, принципот на одговорност на нуклеарниот оператор го прифаќаат и најголемиот дел од националните правни системи, при уредувањето на ова прашање на државно ниво. Законодавставата на сите држави кои донеле закони за нуклеарна енергија се одлучиле да го обезбедат тужбеното барање на оштетениот со што го напуштиле принципот на лична одговорност, односно за нуклеарната штета не бил одговорен оној кој бил лично одговорен, туку оној кој може да ја поднесе парично одговорноста. На овој начин во нуклеарното право влегол принципот на канализирање на одговорноста за нуклеарна штета. Овој принцип значи обврската за надомест на штета свесно да се усмери на едно од повеќе лица кои во однос на иста штета можат да дојдат во предвид како причинители на штета и должници. Во нуклеарното право обврската за надомест на штета е канализирана на нуклеарниот оператор, односно сопственикот на нуклеарната инсталација, со тоа што сите останати лица поврзани со создавањето на нуклеарната инсталација се исклучени од одговорноста. Овој принцип е прифатен во меѓународните правни извори⁴ со објаснувањето дека:"

- *Истото е пожелно со цел да се избегнат потешкотии и долготрајни расправи за конкурирачки тужби за надомест на штета и*

²Текстот на Конвенцијата е достапен на http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/protamend_annex.html (пристапено на 05.06.2015 година).

³Текстот на Конвенцијата е достапен на <http://www.oecd-neo.org/law/paris-convention.html> (пристапено на 08.06.2015 година).

⁴Зборуваме конкретно за Париската, и Виенската Конвенција.

- Инаку би било неопходно покрај осигурувањето на операторот да се склучат и дополнителни посебни осигурувања за други одговорни лица кои би биле многу скапи и можеби дури и неподносливи.⁵

Концентрирањето на нуклеарната одговорност исклучиво кај операторот на нуклеарната инсталација и целосно правно или барем економско ослободување од одговорност на сите други лица (субјекти) кои имаат некаква поврзаност со нуклеарната штета претставува поим кој бил измислен (создаден) специјално за нуклеарните активности. Причините кои стојат зад овој концепт се пред сè обезбедување на заштита за добавувачите, а дури потоа како секундарна цел е поставена симплификацијата на постапката во корист на жртвите. Бидејќи нуклеарните инциденти секогаш можат да предизвикаат прекугранични ефекти, жртвите имаат потреба од интернационално хармонизирани правни системи во поглед на одговорноста за нуклеарна штета, со цел полесно да ги остваруваат своите барања за надомест. Денеска, канализирањето на одговорноста кон операторот е главниот столб на интернационалната хармонизација и со самото тоа дел од адекватен и правен режим. Иако денеска концептот за канализирање на одговорноста се јавува и во други области (пример кај штета причинета на животната средина т.н. *environmental damage*⁶) сепак за забележување е дека тој за прв пат се јавува токму во конвенциите за одговорност за нуклеарна штета, како резултат на политички компромис.⁷

Ова е една од причините поради која повеќето автори силно го подржуваат овој принцип и ја преферираат правната канализација на одговорноста во однос на економската која воедно е комплицирана и вклучува повеќе трошоци. Но и кај овој принцип се забележуваат недостатоци и покрај ваквата прифатеност и значење што истиот го има во интернационалниот нуклеарен режим. Се чини дека никој не може да одрече дека многу тешко може да се оправда ослободувањето на една група субјекти кои се потенцијални причинители на штета од одговорноста, а уште повеќе што истото може да предизвика неправични резултати. Ова забелешка е евидентна посебно ако се има во предвид случајот на нуклеарен инцидент кој се случил како резултат на дефектно снабдување, а снабдувачот се однесувал со крајно невнимание (постои вина на негова страна). Жртвите може да останат без надомест затоа што

⁵Експозе за мотивите на Париската Конвенција од 1960 година, точка 15 од образложението.

⁶За канализирање на одговорноста во други области повеќе во *Shifts in compensation for environmental damage, Tort and insurance law Vol.21*, Germany, 2007.

⁷van den Borre, T., *Efficiente Preventie en Compensatie van Catastroferisico's – Het Voorbeeld van Schade door Kernongevallen*, 2001, 751-765.

средствата на операторот кој е носител на одговорноста се исцрпуваат. Од друга страна, снабдувачот останува "недопирлив" за жртвите и има право дури да го задржи и профитот, што укажува дека ова решение е незадоволително за кое потребно е да се најде правен лек.

Одговорноста на нуклеарниот оператор, освен што е исклучива, односно ексклузивна, се одликува и со две други карактеристики :

1. одговорноста на нуклеарниот оператор е објективна, односно постои без оглед на вина и

2. како второ, нуклеарниот оператор има обврска да стекне и да одржува финансиска покриеност за својата одговорност.

Се чини дека принципот на одговорност без оглед на вина, или објективна одговорност е единствениот основ кој е адекватен за ризикот кој постои кај нуклеарната одговорност. Овој принцип генерално е прифатен од страна на сите држави. Објективната одговорност не се применува само за нуклеарни инциденти туку се применува и во еден поширок контекст, секогаш кога се инволвирани потенцијални опасни активности. Според најголемиот дел од авторите овој принцип е основниот елемент на нуклеарната одговорност во денешно време, а и во иднина. Виенската Конвенција го воспоставува овој принцип во член 4.1. кога вели дека операторот има апсолутна одговорност, што со помош на постоечката терминологија, секако, би се протолкувала дека се зборува за објективна одговорност. Од друга страна терминот не е соодветен самиот по себе, со оглед на фактот дека оваа конвенција предвидува случаи на дејствување на виша сила во кои операторот е ослободен од одговорноста. Така, според преовладувачките правни решенија денес операторот на нуклеарна централа е објективно одговорен за штета што е причинета на трето лице како резултат на нуклеарен инцидент што се случил во нуклеарната инсталација на операторот или за време на транспорт на нуклеарни материји до или од таа инсталација. При ова, како трето лице, односно оштетен, се подразбира секое лице различно од операторот и од снабдувачот со материјали, услуги или технологија кои се во врска со користењето на нуклеарната инсталација. Третото лице може да се наоѓа во инсталацијата или надвор од неа, вклучувајќи ги и вработените лица кај операторот на нуклеарната инсталација во која се случила несреќата. Овие лица, освен од операторот, во најголем број на земји би имале право да бараат надомест на нуклеарна штета и во рамките на системот за јавно здравствено осигурување, социјално осигурување, како и системот за професионално обесштетување кај работниците.⁸ Единствено лицето за

⁸Види Schwartz, J., *International nuclear third party liability law: The response to Chernobyl, International Nuclear law in the post-Chernobyl period*, OECD, 2006, str. 39.

кое ќе се утврди дека со своја вина, и тоа во вид на намера, ја причинило несреќата во нуклеарната инсталација, нема право на надомест на нуклеарната штета што ќе ја претрпи или тоа право ќе му биде ограничено.

Помеѓу водечките принципи на нуклеарната одговорност е и принципот дека операторот кој е одговорен при настанување нуклеарната штета е обврзан да има и да одржува осигурување или друг вид на финансиска сигурност за да има покритие за својата одговорност. Целта на овој принцип е да се заштитат и жртвите и одговорниот оператор. Жртвите ќе бидат свесни за постоењето на фондови кои се способни да ги исплатат нивните барања, а одговорниот оператор нема да биде соочен со уништувачки тужби поради кои би можеле да го изгубат целиот свој имот.

Дополнителен елемент е принципот на усогласеност помеѓу одговорноста и покритието. На овој концепт на нуклеарното право, несомнено се однесува член 10 од Париската Конвенција, според кој: *"За да ја обезбеди одговорноста воспоставена со оваа Конвенција, операторот ќе треба да се стекне и да одржува осигурување или друг вид на финансиска сигурност за износот утврден со член 7, а истите да се од таков вид и да исполнуваат такви услови како што ќе определи компетентен јавен авторитет."*

Пристапот на Виенската Конвенција по повод ова прашање се разликува само во мала мера од оној на Париската Конвенција. Така, според член 7 од Виенската Конвенција: *"Операторот е должен да одржува осигурување или друга финансиска сигурност како покритие на неговата одговорност за нуклеарна штета во толкав износ, од таков тип и под такви услови какви што ќе бидат специфицирани од државата во која се наоѓа нуклеарната инсталација."*

Членот 9 од Протоколот од 1997 година за изменување на Виенската Конвенција за граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета⁹ не предвидува никакви измени на овој член. Од разликите воочливи при читање на цитираните одредби од конвенциите произлегува дека Виенската Конвенција не го поставува барањето за усогласеност меѓу одговорноста и покритието, туку остава дискреционо право за државата во која се наоѓа нуклеарната инсталација да ги специфицира не само типот и условите на покритието, туку и вредносниот максимум на одговорноста. Од ова произлегува дека државата може да определи износ кој ја

⁹ Текстот на Протоколот е достапен на <http://www.oecd-nea.org/law/legal-documents.html> пристапено на ден 08.06.2015 година.

обезбедува финансиската сигурност кој што не го покрива во целост износот на одговорноста утврден од страна на истата држава. Во пристапот на Виенската Конвенција, во поглед на ова прашање, како појдовна точка ја наоѓаме вредносно неограничената одговорност од причина што во членот 5 од оваа Конвенција не се предвидува генерално вредносно ограничување на одговорноста, туку се предвидува можноста истото да биде постигнато од страна на државата во која се наоѓа инсталацијата. Во случај државата да сака да воведи неограничена одговорност, принципот на усогласеност меѓу покритието и неограничената одговорност всушност би има пред себе невозможна цел од причина што не е достапна неограничена финансиска сигурност. Од оваа гледна точка Виенската Конвенција овозможува поголема флексибилност од Париската Конвенција.

Најзастапениот вид на финансиско обезбедување е осигурување обезбедено преку приватниот сектор иако се застапени и други форми на финансиско обезбедување како што се гаранција обезбедена од државата или од банкарска институција или од систем на здружување средства на операторите или од самоосигурување. *"Капацитетот на пазарот на нуклеарно осигурување отсекогаш бил ограничен, иако постојат значителни подобрувања во поглед на почетоците на нуклеарната индустрија, а неговиот капацитет е оној кој во суштина го одредува вредносното ограничување на одговорноста на операторот како и можноста на нуклеарниот оператор да плати разумно проценети премии за тоа осигурување"*.¹⁰

Уште во извештаите кои ѝ претходеа на Конвенциите¹¹ било познато дека осигурителниот сектор, како приватен сектор кој обезбедува финансиска заштита во случај на нуклеарен инцидент, нема капацитет кој е доволен да обезбеди целосна финансиска заштита при нуклеарен инцидент, а од друга страна можностите на нуклеарниот оператор да го распореди својот ризик биле ограничени на средствата кои се достапни на пазарот на осигурување. Во поглед на останатиот дел од штетата што би останал непокриен со средствата од осигурувањето, се размислувало и за

¹⁰Schwartz, J., International nuclear third party liability law: The response to Chernobyl, *International Nuclear law in the post-Chernobyl period*, OECD, 2006, str. 41.

¹¹Се мисли на "Прелиминарниот извештај за финансиска заштита против нуклеарни опасности" подготвен од експерти од Универзитетот Колумбија, САД, и објавен во март 1956 и " Меѓународни проблеми за финансиска заштита при нуклеарни опасности " подготвен од страна на Харвард и објавен 1959 година. Овие два извештаи се од посебно значење затоа што тие воведуваат во правната мисла неколку принципи кои подоцна ќе прераснат во основни принципи на меѓународните конвенции за нуклеарна одговорност, уште повеќе што драфт-текстот на Париската Конвенција бил претставен во анекс на Харвардскиот Извештај.

можноста нуклеарниот оператор да биде одговорен со целиот свој имот, но имајќи го во предвид фактот дека развојот на нуклеарната енергија е од витален национален интерес ваквото размислување никогаш не било преточено во одредба. Државата, односно нејзината влада се соочила со еден нов предизвик: да создаде програма за владина активна улога во случај на нуклеарен инцидент која од една страна ќе обезбеди заштита на нуклеарната индустрија од тужби за надомест на нуклеарна штета кои се непознати сè до моментот на нуклеарниот инцидент и од друга страна да обезбеди заштита за јавноста во случај на претрпена нуклеарна штета. Државата не е замислена како конкурент на осигурителниот пазар туку во улога на спроводител на една програма за обесштетување на жртвите на нуклеарен инцидент.

2. Правните предизвици при регулирање на институтот нуклеарна штета

Темата на оваа точка е надоместот на нуклеарна штета, прашање што во претходната точка само го отворивме, а тука подетално ќе го анализираме. Ако се навратиме на основните начела на отштетното право, можеме да кажеме дека зборуваме за: а) превенција, односно спречување од настанување штета и опасност од штета, потоа б) интегрален надомест односно враќање во претходната состојба во случај на настанување штета, в) репресија, која постои во случај кога материјалната одговорност на штетникот ја минува мерата на смалување на имотот, односно висината на штетата што му е причинета на оштетениот и штетникот по основ на надомест е должен повеќе отколку што оштетениот претрпел, г) дуализам на нематеријална и материјална штета, односно материјалната штета може да се утврди на егзактен начин, додека кај нематеријалната штета се применуваат други методи, но не и егзактноста и д) начело на актуелност на штетата според кое обврската за надомест на штета настанува во моментот на настанување на штетата.¹² Овие општи правила на отштетното право, поконкретно општите правила на институтот надомест на штета, кои се дел од секој национално-правен систем се применливи и на институтот надомест на нуклеарна штета, дури и во услови кога за нуклеарна одговорност се применува меѓународен правен извор. Поконкретно зборувајќи, улогата на националното право, и во услови на примена на меѓународен правен извор се состои во тоа што за одредени

¹²Основни начела на отштетното право според Salma, J., *Obligaciono pravo*, Pravni Fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2007.

прашања во рамки на институтот надомест на нуклеарна штета ќе се применуваат одредбите од националното право. Според националното право (односно правото на судот кој ќе биде надлежен во конкретниот случај, *lex fori*) вообичаено е предвидено да се решаваат прашањата за природата, формата, опфатот на надоместот на нуклеарна штета и правичната распределба на надоместот.¹³

Задржувајќи се на интегралниот надомест на штета би истакнале дека на целта на постоењето на отштетното право најмногу ѝ одговара натуралната реституција, односно враќање на претходната состојба како вид на надомест на штета. Но, како резултат на фактот дека натурална реституција не е секогаш можна, во отштетното право, како резервен, односно дополнителен вид на надомест на штета е паричната реституција. Во случајот на нуклеарната штета, надоместот се предвидува и на двата начини, односно и како натурална реституција и како парична реституција. Она што го истакнуваме како **прва специфичност на институтот надомест на нуклеарна одговорност**, односно она што е карактеристично за нуклеарната одговорност е тоа што не можеме секогаш да зборуваме за интегрален надомест на нуклеарна штета, од причина што не може да се зборува за интегрален надомест во услови на вредносно ограничена одговорност. Ретки се правните системи кои предвидуваат неограничена одговорност на операторот во вредносна смисла, додека преовладувачки во националното право и меѓународниот правен режим на нуклеарната одговорност се правилата за ограничување на одговорноста на операторот.¹⁴ Така, *"максималната одговорност на операторот за штета причинета од нуклеарен инцидент ќе биде 15 милиони SDR¹⁵ ... , со тоа што државите членки на Конвенцијата, земајќи*

¹³Член 11 од Париската Конвенција, со измените содржани во Дополнителните Протоколи од 1964 и 1982 година и член 8 од Виенската Конвенција и член 11 од Анексот на Конвенцијата за дополнителен надомест на нуклеарна штета.

¹⁴На следниот линк е достапна неофицијална табела со податоци, обезбедени од OECD – NEA, ажурирани последен пат во јули 2014 година, во која се претставени износите на одговорноста на операторот и износите на финансиската покриеност на истиот во националните правни системи:<http://www.oecd-nea.org/law/2014-table-liability-coverage-limits.pdf>(пристапено на 28.11.2014 година).

¹⁵ SDR - (Special Drawing Rights) –интернационално резервно средство, создадено оа Меѓунарниот монетарен фонд во 1969 година. На почетокот, вредноста на SDR била дефинирана како еквивалент на 0,888671 грама фино злато, а во 1973 е редефинирана како кошница од четори валути која денес се состои од евро, Јапонски јен, Британска фунта и Американски долар. Валутната вредноста на SDR се утврдува со собирање на вредности во американски долари, врз основа на пазарот на девизен курс на кошница на главните валути (на американскиот долар, евро, јапонскиот јен, и британската фунта). Валутната вредност се пресметува секојдневно (освен во деновите што за ММФ се празници или кога ММФ не работи) а кошницата на валути се ревидира и прилагодува на секои пет години.

ги во предвид можностите на операторот да одржува осигурување или друга финансиска сигурност, може со своето законодавство да предвиди повисока или пониска сума; секоја држава членка имајќи ја во предвид природата на нуклеарната инсталација или на инволвираните нуклеарни материји и веројатните последици од инцидент кој од нив може да потекне, можат да предвидат понизок износ на одговорноста, но во секој случај износот на одговорноста да не биде помал од 5 милиони SDR. ¹⁶Овој износ, подоцна е зголемен на 300 милиони SDR за нуклеарен инцидент,¹⁷ а со ревидирањето на овој меѓународен правен извор вредносната одговорност на операторот е 1 500 милиони евра за нуклеарен инцидент.¹⁸ Според другите меѓународни правни извори на нуклеарната одговорност вредноста на одговорноста се ограничува на минимум 5 милиони американски долари¹⁹ одредба која подоцна се менува и гласи: "Одговорноста на операторот може да биде ограничена од страна на државата на инсталацијата за еден нуклеарен инцидент или –

а) на износ не помал од 300 милиони SDR; или

б) на износ не помал од 150 милиони SDR под услов да е обезбедено дека во случај на надминување на тој износ и до најмалку 300 милиони SDR ќе бидат достапни јавни фондови обезбедени од страна на државата за надомест на штетата; или

в) за максимум 15 години од влегувањето во сила на овој Протокол, на преоден износ од не помалку од 100 милиони SDR за нуклеарен инцидент кој ќе се случи во овој период. Износ помал од 100 милиони SDR може да иде предвиден, под услов државата да обезбеди јавни фондови од кои ќе се надомести разликата од понискиот износ и износот од 100 милиони SDR. ²⁰

Во најновите меѓународно-правни одредби се предвидува износ од 300 милиони SDR што секоја држава во која се наоѓа нуклеарната инсталација треба да ги обезбеди како покритие на одговорноста за еден нуклеарен настан, додека за периодот од 10 години од отварањето на

¹⁶Член 7 (б) од од Париската Конвенција, со измените содржани во Дополнителните Протоколи од 1964 и 1982 година.

¹⁷Со чл. 3 од Бриселската Дополнителна Конвенција во однос на Париската Конвенција од 1963 година, достапна на <http://www.oecd-nea.org/law/brussels-supplementary-convention.html>, пристапено на 08.06.2015.

¹⁸Член 3 од Протоколот од 2004 за измена на Париската Конвенција чиј текст е достапен на <http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-protocol.html>, пристапено на 08.06.2015 година.

¹⁹Член 5 од Виенската Конвенција.

²⁰Член 7 од 1997 Протоколот за измена на Виенската Конвенција за граѓанско-правна одговорност за нуклеарна штета со кој е заменет член 5 од Виенската Конвенција од 1963 година.

Конвенцијата за потпишување, државите членки на Конвенцијата можат да предвидат преоден износ од најмалку 150 милиони SDR за нуклеарен инцидент кој и се случил во тој преоден период од 10 години.²¹ Иако на меѓународно ниво забележлив е пораст на износите што се поставуваат како вредносно ограничување на одговорноста, сепак, сè уште на меѓународниот правен режим на нуклеарната одговорност му е непозната вредносно неограничената одговорност за нуклеарна штета, која би значела и ефектуирање на начелото за интегрален надомест во отштетното право, конкретно тука во нуклеарното право. Интегралниот надомест на нуклеарна штета има основ да се оствари само во рамки на некои од националните правни системи кои предвидуваат неограничена одговорност на операторот. Таков пример е националното нуклеарно право на Јапонија кое содржи повеќе оригинални решенија што го прават различен од останатите закони за нуклеарна енергија меѓу кои и неограничената одговорност на корисникот на нуклеарната инсталација – тој бил задолжен да им исплаќа надомест на жртвите сè до своето финансиско пропаѓање. Од друга страна финансиското покритие што треба да го обезбеди одговорното лице било ограничено и според јапонското право, изнесувало 5 милиони јени за еден нуклеарен уред, без разлика дали се наоѓа во државата или е инсталиран на брод, што не било случај со другите нуклеарни закони.

Друга специфичност на институтот надомест на нуклеарна штета е тоа што воглавно сите правни правила за граѓанско-правна одговорност за нуклеарна штета (национални и меѓународни) предвидуваат обврска за операторот да има обезбедено одреден износ наменет за надомест на нуклеарна штета, уште пред настанување на нуклеарниот инцидент. Одговорното лице во нуклеарното право не ја снесува штетата непосредно бидејќи средствата наменети за надомест на нуклеарна штета, секогаш се однапред обезбедени. Ова е единствено разумно решение бидејќи само еден нуклеарен инцидент од помали размери би го довел нуклеарниот оператор до банкрот од причина што најчесто нуклеарната инсталација е единствениот имот на операторот и со нејзино уништување тој останува без основни средства за работа, а да не зборуваме за средства потребни за надомест на нуклеарните штети. Всушност, обезбедувањето на износ наменет за надомест на нуклеарна штета е предвидено како предуслов за работење на самиот нуклеарен оператор, односно предуслов за постоењето на активна нуклеарна инсталација. Уште првите меѓународни правни извори поставуваат услов

²¹ Член 3 од Конвенција за дополнителен надомест на нуклеарна штета од 1997 година.

за нуклеаниот оператор да има и да одржува осигурување или друга финансиска сигурност на износот кој е поставен како вредносно ограничување на нуклеарната одговорност (износите за кои зборуваме во погорниот дел од текстот). Износите на осигурувањето, реосигурувањето или другиот вид на финансиско обезбедување нуклеарниот оператор може да ги користи единствено за надомест на штета причинета од нуклеарен инцидент. Ова е сериозна обврска за операторот, но и за осигурителот или друг финансиски гарант, па тие неможат да ја суспендираат или откажат оваа своја обврска без да пратат писмено известување барем два месеци пред планираниот престанок на обврската до соодветен јавен орган.²²

Со оглед на фактот дека зборуваме за осигурување, од една страна и други видови инструменти на финансиска сигурност, нив, од аспект на нивната правна природа и од аспект на нивната економска функција ќе ги разгледаме одделно, во понатамошниот текст.

Како трета специфичност на институтот надомест на нуклеарна штета е она што во правната теорија е познато како *"промена на начинот на разгледување на правото на надомест на штета."*²³ Ова се однесува на сфаќањата во рамки на општата теорија за граѓанско-правна одговорност дека правото на нуклеарна одговорност вовело големи промени во системот на објективна одговорност иако начелно го прифатило за регулирање на нуклеарната штета. Односно, објективната одговорност исто како и субјективната одговорност поаѓа од штетникот и го прави одговорен но по нов основ во споредба со субјективната одговорност, а точка на врзување и во двата случаи е човековото дејствие. Кај нуклеарната одговорност се поаѓа од штетата, а нуклеарната штета мора да му биде надоместена на оштетениот, независно од тоа дали таа може да се поврзе со човеково дејствие или не. Во овој случај правилата за надомест на штета се во корист на социјализацијата на ризикот, односно идејата за социјална правичност која има за цел да обезбеди поголема сигурност за економски потчинетите членови на општеството и да ја воспостави вистинската еднаквост разорана од економската структура на

²²Член 10 од Париската Конвенција, со измените содржани во Дополнителните Протоколи од 1964 и 1982 година и член 7 од Виенската Конвенција од 1963 година ја предвидуваат обврската за задолжително осигурување или друг вид финансиска сигурност на операторот. Обврската е содржана и во член 5 од Анексот на Конвенцијата за дополнителен надомест на нуклеарна штета.

²³Stojanović, D., *Odgovornost za naknadu genetičkih, anonimnih i zakasnelih atomskih šteta*, Beograd, 1967, стр. 60.

капиталистичкиот општествен систем.²⁴ На теренот на нуклеарната штета ова значело поврзување на штетата со оној кој може да ја надомести, со цел да се обезбеди заштита за оштетениот.

Правото да се бара надомест на нуклеарна штета се упатува против нуклеарниот оператор, кој е носител на нуклеарната одговорност, согласно со применливото право, или против осигурителот, односно другиот финансиски гарант, доколку националното право овозможува директно право на тужба против овие лица.²⁵ Директно право на тужба оштетениот може да има и против било кој снабдувач на фондови кои се достапни согласно одредбите на националното право со цел да се обезбеди надомест по пат на користење на фондови од извори различни од операторот, под услов ова право да е загарантирано со националното право.²⁶ Граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета ја познава и солидарната одговорност на два или повеќе оператори која постои во случај кога за нуклеарната штета се одговорни два или повеќе оператори, а не е разумно одделива штетата што секој од нив ја причинил.²⁷ Иако има уште многу да се зборува за надоместот на нуклеарна штета, оваа точка ја завршуваме со истакнување дека надоместот на нуклеарна штета во меѓународното право е прокламирано дека се остварува правично без дискриминација на основа на националност, живеалиште или престојувалиште, со тоа што во одредени случаи со правото на државата во која се наоѓа инсталацијата може да се исклучи надоместот на нуклеарна штета претрпена во држава која не е членка на Конвенцијата, ако тоа е во согласност со обврските кои таа држава ги има превземено со одредена Конвенција за нуклеарна одговорност.²⁸

Ова прашање е директно произлезено од специфичноста во рамки на институтот надомест на нуклеарна штета која се однесува на вредносно ограничување на нуклеарната одговорност на операторот. Постоенето на оваа специфичност ја родило потребата од приоритет при остварување надомест на нуклеарна штета. Анализата на националното законодавство покажува дека голем дел од државите во своите правни

²⁴Повеќе за промената на начинот на разгледување на надоместот на штета кај Stojanović, D., *Odgovornost za naknadu genetičkih, anonimnih i zakasnelih atomskih šteta*, Beograd, 1967, стр. 60.

²⁵Член 6 од Париската Конвенција, со измените содржани во Дополнителните Протоколи од 1964 и 1982 година.

²⁶Член 3 од Анексот на Конвенцијата за дополнителен надомест на нуклеарна штета.

²⁷Член 7 од Анексот на Конвенцијата за дополнителен надомест на нуклеарна штета.

²⁸Член 3 став 2(а) од Конвенцијата за дополнителен надомест на нуклеарна штета.

системи имаат предвидено одредби за приоритет при остварување надомест на нуклеарна штета.

Денеска, паралелно со меѓународниот режим на нуклеарна одговорност, коегзистира и режимот на задолжително осигурување од одговорност спрема трети лица во случај на нуклеарна несреќа. За пазарот на осигурување карактеристично е што осигурителите ја штитат својата солвентност преку анализа и преземање на ризик за поголем број на настани за кои осигурувачите подготвуваат статистика врз основа на која се проценува веројатноста и сериозноста на секој настан, како и осигурителните суми кои би се исплатиле ако се случи осигураниот ризик. Оваа техника не била применлива кога станувало збор за нуклеарниот ризик. Дури и пред искуството со најголемите нуклеарни несреќи до денешен ден било јасно дека нуклеарните инциденти не се случуваат често но кога ќе дојде до нив штетата е огромна и не познава граници. Осигурителните компании, како единки, не би можеле да обезбедат надомест за сите барања што можат да уследат од еден нуклеарен инцидент, па како резултат на тоа клаузулите за исклучување на нуклеарниот ризик станале стандардни за осигурителните полиси. Со цел да не ја избегнат одговорноста спрема општеството во повеќе земји осигурителите се здружиле со цел да обезбедат максимален капацитет за обесштетување, таканаречени *insurance pools* или осигурителни пулови. Вакви пулови биле формирани скоро во сите земји кои имале нуклеарни инсталации и тие реципрочно обезбедувале покритие за реосигурувањето. Во принцип тие го дополнувале државниот финансиски капацитет со меѓународниот и постигнувале распределување на ризикот и обезбедувале значајни суми за осигурително покритие. *"Иако првичната цел на овој осигурителен механизам била да одговори на обврската за осигурување воспоставена со меѓународните конвенции за нуклеарна одговорност спрема трети лица(ова сè уште се смета за најзначајна цел), со цел да одговори на потребите на нуклеарната индустрија оваа цел набрзо била проширена и вклучувала осигурување за надоместување на нуклеарните оператори за загуби што произлегуваат од штета на нивните инсталации што уследиле од нуклеарен настан."*²⁹

Денеска, движечка сила на трансферот на ризик во случај на нуклеарна несреќа се осигурителните пулови кои биле формирани во 1950 - тите години, со цел да се обезбеди осигурителите без проблем да се справат со значителни барања во случај на нуклеарен инцидент. Заеднички принципи на кои функционираат овие пулови се следниве:

²⁹Nuclear accident compensation, Issued in 2013 on behalf of the Nuclear Pools, available on <http://www.nuclearpools.com/liability.asp> (пристапено на 20.01.2014).

- Како прво тие го распоредуваат максималниот капацитет³⁰ на осигурување на нуклеарниот ризик на основа на барање максимална партиципација во одреден вид на осигурување од сите согласни осигурители во рамки на националниот пазар на осигурување. Мнозинството на компании за не-животно осигурување учествуваат во националните пулови. Системот на нуклеарни осигурителни пулови обезбедува максимална сигурност за нуклеарната електрична индустрија преку контролирано членство и преку сигурноста имплицирана од распределување на ризикот преку обврзување ширум светот на членовите на пулот.

- На индивидуални осигурители во рамки на пуловите не им е дозволено да ре-осигураат или пренесат било каков дел од нивната партиципација во пулот на друг осигурител. Вакво ре-осигурување кое е дозволено е со други нуклеарни пулови во светот. Преку овој механизам осигурителите кои учествуваат во националниот нуклеарен пул можат да бидат сигурни дека нивните обврски се лимитирани до износот на нивната партиципација во нуклеарниот пул и дека во врска со ист нуклеарен инцидент не може да дојде до акумулација на изложеност на обврски преку други канали.

За осигурителите денес постојат неколку проблематични области во поглед на не осигурливоста на некои од видовите на нуклеарна штета според меѓународните конвенции. Од концептот на нуклеарна штета воспоставен во интернационалниот режим на нуклеарна одговорност, за осигурителите осигурливи се: загубата на живот и личните повреди, штета нанесена на имот, економски загуби поврзани со претходно наведените видови нуклеарна штета, за штети кои ќе настанат во период од десет години од нуклеарниот настан. Од друга страна, следниве видови нуклеарна штета предвидени како надоместливи со интернационалниот режим на нуклеарна одговорност за осигурителите се проблематични како предмет на осигурување: повторно воспоставување на нарушувањата на животната средина, користење или уживање во животната средина и превентивни мерки, како и сите видови на нуклеарна штета што настануваат по 10 години од нуклеарниот инцидент.³¹

³⁰Во рамките на овој контекст зборот капацитет означува акумулација на обврзувања на сите осигурители или ре-осигурители од еден индивидуален договор за осигурување на нуклеарен објект.

³¹Овие ставови на осигурителите се содржани во презентација: Reitsma, S., General presentation on insurance, Swiss Reinsurance Company & Nuclear Risk Insurers Ltd. (Switzerland), во рамки на работилницата на NEA, 10-11 December 2013, достапна на <http://www.oecd-nea.org/ndd/workshops/nuclearcomp/presentations/> (пристапено на 25.01.2014).

Најновите развојни патишта на националното и меѓународното право покажуваат дека само осигурувањето не е доволно да им излезе во пресрет на обврските на операторите за финансиско покрите на нивната одговорност. Според одредени мислења,³² алтернативните финансиски инструменти можат да потекнуваат или од јавни фондови или од приватни средства. Во врска со јавните фондови, може да се каже дека во Конвенциите веќе е предвидена обврска за државата во која се наоѓа нуклеарната инсталација да истапи со државна помош во случај кога покритието на одговорноста што треба да се обезбеди од осигурувањето е недостапно или недоволно.³³ Друг начин за употреба на државните пари при надомест на нуклеарна штета е како додаток на вредносната одговорност на операторот, во кој случај се постигнува поголем надомест за жртвите, а со вакви примери на правни правила се среќаваме и на национално и на меѓународно ниво,³⁴ а во одредени случаи јавните фондови се достапни само доколку операторот изврши плаќање на одредена сума, со што државата во својата улога се доближува до улогата на осигурителот на нуклеарниот оператор.³⁵ По својата природа јавните фондови се всушност пари кои државата ги прибира од даноци, односно тоа се пари на народот, па затоа и оваа алтернатива не е многу омилена опција. Причините за тоа воглавно се објаснуваат на следниот начин: "*покрите од страна на државата е спротивно на пазарната економија и, посебно ако се доделува без учество на операторот (преку обврска за одредени парични обврски, заб. М.А.) може да се дојде во конфликт со принципот "загадувачот да плати" дури и ако се земе во предвид дека државата на нуклеарната инсталација, со доделување на дозвола за инсталацијата, превзема одговорност за безбедно работење и превенирање нуклеарни инциденти.*"³⁶

³²Pelzer, N., International Pooling of Operators' Funds: An Option to Increase the Amount of Financial Security to Cover Nuclear Liability? *Nuclear Law Bulletin* No.79, Volume 2007/1, OECD Publishing, 2007.

³³Види член 7 став 1 од Виенската Конвенција, член 10 параграф ц од ревидираната Париска Конвенција со Протоколите од 1964 и 1982 година и член 5 пар. 1 од Анексот на Конвенцијата за дополнителен надомест (CSC).

³⁴Член 3 од Бриселската Конвенција за дополнување на Париската Конвенција со измените од 1964, 1982, 2004, член 3 пар. 1 (б) од Конвенцијата за дополнителен надомест (CSC), а пример на државно ниво е содржан во член 5 и член 18 од холандскиот *Wet aansprakelijkheid voor kernongevallen (WAKO)* од 1979 година со подоцнежните измени (*Staatsblad* 1979: No. 225; 1991: No. 373).

³⁵Таков беше примерот со член 12 од Швајцарски Закон за нуклеарна одговорност од 1983.

³⁶Pelzer, N., International Pooling of Operators' Funds: An Option to Increase the Amount of Financial Security to Cover Nuclear Liability? *Nuclear Law Bulletin* No.79, Volume 2007/1, OECD Publishing, стр.39.

3. Правни предизвици при регулирање на каузалитетот

Со оглед на тоа дека во поглед на граѓанско-правната одговорност во случај на нуклеарна штета во првите правни извори бил усвоен принципот на објективна одговорност, не е потребно оштетените да докажуваат постоење на вина, но мора да докажат постоење на причинско-последична врска меѓу штетното дејствие и причинетата штета. Пред правото и законодавецот се поставува еден необичен проблем кој досега не бил решаван, односно тие треба со правни средства да ги совладаат потешкотиите на природните науки во поглед на докажување на причинската врска кај штетата причинета од зрачење. Од значење за утврдување на каузалитетот кај настанување на нуклеарната штета е земањето во предвид на постоењето на кумулативен ефект на радиоактивното зрачење. Ова е резултат на фактот дека за штетно дејство на зрачењето меродавна е дозата на зрачење акумулирана со тек на времето. Во германското право првично била применувана теоријата за адекватна причинско-последична врска, со што воедно се избегнувало проширување на одговорноста. Од понов датум во германската доктрина се јавува теоријата за заштитувачки обем на одговорноста (*protective scope of liability*). Со оглед на тешкотиите при докажување на причинската врска кај нуклеарната штета, во англо – американското право како целисходна во овие случаи се покажала теоријата "*res ipsa loquitur*" односно теорија за обратен товар на докажување. Во правната теорија, но и практика се среќаваме и со прокламирање на една нова концепција за каузалитетот, (карактеристична овој пат конкретно во американското нуклеарно право)³⁷ претставена преку теоријата "*probability of causation*" или веројатност за каузалитет. Новиот концепт на каузалитет применлив во случај на нуклеарна одговорност бил утврден и од страна на Претседателската Комисија за катастрофални нуклеарни несреќи (*Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents*), во нејзиниот извештај упатен до Конгресот.³⁸ Комисијата дошла до заклучок дека најдобар метод што соодветствува со целите на Price-Anderson Act е примена на техника според која каузалитетот се смета дека постои со одмерување на одредени

³⁷Содржана во реформата во 1988 година на Price-Anderson Act од 02 септември 1957 година.

³⁸Извештајот: *Report to the Congress from the Presidential Commission on Catastrophic Nuclear Accidents* е достапен на <http://www.state.nv.us/nucwaste/news/rpcсna> (пристапено на 01.02.2014).

фактори, како што се нивото на изложеност, полот, личните навики, видот на рак и латентниот период. Вакви табели биле подготвени од страна на Националниот институт за здравје – од Одделот за здравје и социјални услуги (National Institutes of Health of the Department of Health and Human Services).³⁹

Резиме

Канализирањето на одговорноста кај нуклеарниот оператор, со кое се среќаваме како со општо прифатен принцип во нуклеарното право е единствено во правниот свет и е двосмислено. Од правна гледна точка, можат да се набројат многу валидни причини против овој концепт. Но, од друга страна, без канализирање, ниту еден добавувач не би се нафатил да снабдува нуклеарна инсталација. Никој не би доставувал гориво и никој не би се осмелил да работи на нуклеарна инсталација. Ова претставувало факт, познат ширум светот па затоа и идејата за канализирање на одговорноста била прифатена во светски рамки, а веднаш се претворила и во правен елемент кој имал очигледни предности за жртвите и придонело за интернационална, па дури и универзална хармонизација.

Вториот предизвик при регулирањето на нуклеарната одговорност за кој зборуваме е поимот и надоместот на нуклеарна штета. Најголемиот правен предизвик по повод регулирањето на ова прашање како што видовме претставува интегралниот надомест на нуклеарната штета. Иако на меѓународно ниво забележлив е пораст на износите што се поставуваат како вредносно ограничување на одговорноста, сепак, сè уште на меѓународниот правен режим на нуклеарната одговорност му е непозната вредносно неограничената одговорност за нуклеарна штета, која би значела и ефектуирање на начелото за интегрален надомест во отштетното право, конкретно тука во нуклеарното право. Интегралниот надомест на нуклеарна штета има основ да се оствари само во рамки на некои од националните правни системи кои предвидуваат неограничена одговорност на операторот. Таков пример е националното нуклеарно право на Јапонија кое содржи повеќе оригинални решенија што го прават различен од останатите закони за нуклеарна енергија меѓу кои и неограничената одговорност на корисникот на нуклеарната инсталација – тој бил задолжен да им исплаќа надомест на жртвите сè до своето финансиско пропаѓање. Од друга страна финансиското покрите што

³⁹Примери за табелите се достапни на <http://www.state.nv.us/nucwaste/news/rpcena/pcrcna18.htm> (пристапено на 01.0.2014).

треба да го обезбеди одговорното лице било ограничено и според јапонското право, изнесувало 5 милиони јени за еден нуклеарен уред, без разлика дали се наоѓа во државата или е инсталиран на брод, што не било случај со другите нуклеарни закони.

За каузалитетот кај нуклеарната одговорност карактеристична е потребата од употреба на претпоставки, која била сфатена многу рано, но во рамки на меѓународниот правен режим на нуклеарната одговорност, додека националните правни системи во тоа време, потпирајќи се на општите правила на објективната одговорност, ги познавале претпоставките карактеристични само за овие правила. Сепак, каузалитетот е институт неразделно поврзан со граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета и навраќајќи се на основите на отштетното право само би ја потенцирале улогата на каузалитетот на општ услов за настанување на облигационен однос со причинување на штета и сè додека сакаме да останеме на теренот на граѓанско-правната одговорност за штета, мораме да го бараме каузалитетот во мера во која тоа е можно според природните закони, бидејќи ако ја прекинеме оваа врска меѓу едно штетно дејствие и одредена штета, тогаш ние сме излегле од теренот на граѓанско-правната одговорност и смислата на нејзиното постоење.

Овој краток приказ на едни од позначајните предизвици што се појавиле пред правото при регулирање на феноменот нуклеарна енергија ни укажуваат дека самите специфичности на нуклеарната енергија се причината поради која во правото за прв пат се воведуваат одредени институти. Поимите како што се исклучивата објективна одговорност на нуклеарниот оператор, односно канализирање на граѓанско-правната одговорност, задолжителното финансиско обезбедување на одговорноста како и воведувањето на низа претпоставки на полето на каузалитетот претставуваат само дел од одликите на граѓанско-правната одговорност за нуклеарна штета поради кои со право можеме да заклучиме дека зборуваме за *sui generis* вид на одговорност која не престанува да биде правен предизвик во уредувањето на правните односи, како на национално, регионално, така и на глобално ниво.

М-р. Лилјана Јоноски¹
М-р. Лазе Јакимоски²

**ПРЕДИЗВИЦИ ВО ПРАВНАТА РЕГУЛАТИВА КОЈА ШТО ГО
ТРЕТИРА КОРПОРАТИВНИОТ КРИМИНАЛ
CHALLENGES IN LAW REGULATIVE WHICH TREATS
CORPORATIVE CRIMINAL**

УДК: 339.94:343
Original research paper
Review paper

Апстракт

Свртувањето на вниманието кон корпоративниот криминал коинцидира со јакнењето на улогата на корпорациите, не само во економската сфера, туку и во јавниот сектор (јавни претпријатија и установи, јавни нарачки, тендери итн.). Нееднаквата положба, големината, профитот и степенот на концентрација на капиталот и активностите на компаниите, слично на различниот социјален и професионален статус на поединецот во случајот со „криминалот во бели јаки“, имаат клучно влијание врз карактеристиките на корпоративниот криминал.

Изменетата оптика е резултат и на сè **пообемната правна регулатива** на активноста на трговските друштва и другите правни лица: некогашните либерални стојалишта за апсолутна автономија на приватниот сектор и неговите дејности (кои во македонската транзиција предизвикаа вистинска економска пустош), во последниве две-три декади се драматично променети во правец на зајакната регулација од страна на државни или регулаторни тела, заради заштита на интересите на потрошувачите, конкуренцијата и другите пазарни законитости, како и законитоста во работењето на компаниите.

Клучни зборови: корпоративен криминал, правна регулатива, конкуренција

¹ Бизнис Академија Смилевски, Скопје

² Универзитет Св. Климент Охридски, Битола, Правен Факултет - Кичево

Abstract

Turning the attention to corporative or economic crime coincides with the strengthening of the role of corporations, not only in the economic sphere but also in the public sector (public enterprises and institutions, public orders, tenders etc.). Unequal position, size, profits and the level of concentration of capital and the activities of the companies, similar to the different social and professional status of individuals in the case of "crime in white collars" have a critical impact on the characteristics of corporative crime.

Modified optics is the result of more and **robust legislative activity** of companies and other legal entities: the former Liberal stands for absolute autonomy of the private sector and its activities (which Macedonian transition caused real economic devastation). However, in the last two or three decades these stands have been changed dramatically in the direction of enhanced regulation by governmental or regulatory authorities in order to protect the interests of consumers, competition and other market rules, as well as the legality of the companies.

Key words: corporative criminal, law regulative, competition

Вовед

Економскиот корпоративен криминал денес станува главно подрачје на истражувањата на организираниот криминал и другите нови форми (корупцијата, перењето пари, компјутерскиот криминал и др.). Но наспроти неговата актуелност, кај нас степенот на развиеност на **научните истражувања на корпоративниот криминал** е мошне низок, така што не е достигнато ни рамништето на минимален теоретски консензус околу неговиот поим. Без некои продлабочени проучувања на реалноста на корпоративниот криминал кај нас, одредувањето на неговиот поим може да се послужи со неговата поширока дефиниција, блиска на поимот на „криминал во бели јаки“; во потесна смисла дефиницијата на овој поим е концентрирана врз злоупотребите во или на компаниите, кои имаат штетни последици за другите учесници или потрошувачите, како што се: дејствијата насочени против самата компанија од страна на нејзините менаџери или вработени, или дејствијата преземени во корист на компанијата (*Punch*, 56). „Бизнис-криминалот“ ги има следниве **карактеристики** (в. *Clarke*, 20): се работи за злоупотреби во бизнисот, во прв ред во приватниот сектор, од страна на субјекти кои имаат легитимна позиција на економската сцена; последиците на таквите злоупотреби не мора да се изразуваат како штетни последици за конкретни оштетени; со оглед на тоа дека не постои повреда на јавниот поредок таквите дела се помалку застрашувачки и забележливи во споредба со општиот криминал; откривањето и контролата се препуштени на самите компании; правната регулатива има ограничен дострел, така што приватниот интерес и неформалните солуции имаат по правило предност над јавниот; постои основен амбивалентен однос кон дозволеноста или штетноста на таквите дејствија; самите злоупотреби се тешко податливи за казнено-правни забрани; постои широк дијапазон на најразлични санкции- од граѓански и административни до казнени; под притисок на „консумеризмот“ се засилува државната интервенција во регулирањето на однесувањата во бизнисот; и сè поактуелна станува дебатата за воспоставување рамнотежа помеѓу приватниот интерес и јавното добро.

Посебна карактеристика на корпоративниот криминал е неговата „организациска“ природа: се работи за злоупотреби од страна на менаџерската структура или компаниите извршени во определен морален, социјален, културен и организационен контекст, во кој самата организација на бизнисот е рамка за лоцирање, избор на средствата и причините за криминалното однесување. За проникнувањето во неговата природа и манифестни форми е битен односот на интеракција помеѓу

трите структури: општеството, економската моќ и институционалната контрола од страна на државата. Колку е тешко воспоставувањето на оптимален баланс помеѓу овие фактори, зборува искуството на државите што се определуваат за политиката на дерегулација и „мек“ однос кон економијата, кои набрзо стануваат ранливи од аспект на порастот на различните злоупотреби (*Punch*, 40). Но од друга страна, во државите во кои постои силна државна интервенција, таквите злоупотреби ја инволвираат и инфицираат самата државна структура, за што се типичен пример нашата и другите држави во транзиција во кои, по природата на работите, државата (владата) има засилени ингеренции во процесот на приватизација и реструктурирање на економијата.

Комплексната, пред сè **емпириски поткрепена анализа** на споменатите фактори и реалните, а не формалните аспекти на дејноста на компаниите и управувањето со нив, е нужна заради формулирање на научно засновани сознанија врз кои ќе се потпира стратегијата за спречување на оваа нова форма на криминал со почитување на двете барања: за слобода на пазарот и претприемништвото и за заштита на граѓаните и општеството од различните злоупотреби на компаниите и нивните менаџерски структури. Таа останува приоритетна задача за македонската наука и еден од главните правци на економските, социолошките, криминолошките и казнено-правните истражувања.

1. Потребата од дефинирање на економскиот корпоративен криминалитет

Потребата за единствено следење и дефинирање на економскиот криминалитет се наметна од причина што различни државни органи на различен начин ја дефинираат оваа појава, а исто така различна е и правната регулатива која што го третира ова прашање, односно различни одредби се наоѓаат во различни закони, при што ваквите форми на криминал треба да се пронаоѓаат и читаат “помеѓу редови“ поради немањето на . Потребата со дефинирањето да се опфатат сите односи во кој настанува економскиот криминалитет како и да се опфатат етичките, моралните и другите вредности и ситуации во кои настанува криминалитетот е оневозможен поради сеуште неговата неоформеност во казниво правна норма.

Во стручната литература непостои единствено дефинирање на економскиот криминалитет. Се користат термините економски криминалитет, корпоративен криминалитет, криминалитет на белите јаки,

криминалитет на корупција, криминалитет на сивите зони, при што сите автори кои се занимаваат со економскиот криминалитет нагласуваат за непостоење на единствено неприфатлива дефиниција прифаќајќи ја притоа хетерогеноста на овој појавен облик и тешкотиите кои што се јавуваат во меѓународните компарации. Едно од најчесто цитираните дефиниции на економскиот криминалитет потекнува од Е.Н. Sutherland Претседател на Американското социолошко здружение кој во своето обраќање на ова здружение во 1939 годин за економскиот криминалитет го употребува терминот „Криминалитет на белите јаки,, (White Collar). Е.Н. Sutherland ја дефинира ова појава како криминал кој се јавува во областа на стопанското работење чии форми на исполнување најчесто во махинациите се во врска со купопродажба на разни акции, лажна рекламна стока, лажно искажување на финансиската состојба на поделни корпорации, подмитување на деловните партнери, непосредни или посредни подмитувања на државните службеници, а во целта на осигурувањето поволни работни аранжмани, проневери, ненаменско трошење на средства, даночно затајување и слично. (Sutherland, 1939, стр. 279)

Развојот на капиталистичките производствени односи доведуваат до напредок во развојот на средствата за производство, до создавање поголем профит, така што на тој начин се развива низ нови облици и криминалитетот. Со Чикашката школа почнуваат да се развиваат криминолошките истражувања и пристапи кон изградување на криминолошка дефиниција за економскиот криминалитет бидејќи кривично правните неможе да навлезат во етиолошките проблеми на овој криминалитет.

Подоцна Е.Н. Sutherland дал нова дефиниција на криминалитетот Бели јаки означувајќи го како „Криминал кој во рамките на своите професионални активности го вршат лица во висок општествен углед,, (Ibid, стр. 279). Одборот на Министри на Советот на Европа донесе препорака Бр.Р.(81)12 за економскиот криминалитет кој ги дефинира следните деликти: 1. картелни казни дела, 2. измама и злоупотреба на економската ситуација од страна на мултинационалните компании, 3. измама со прибавување и злоупотреба на државните и меѓународните дотации, 4. компјутерски криминалитет (кражба на податоци, непочитување на тајноста на податоците) 5. лажни фирми, 6. фалсификување на билансите на правните лица или книговодствени деликти, 7. измами со оглед на економската ситуација и корпорациониот капитал на компаниите, 8. кршење на стандардите за осигурување и заштита на здравјето на вработените, 9. измама на штета на кредиторите

(банкрот, непочитување на банкарските или индустриските права) 10. измама на потрошувачите, 11. нелојална конкуренција, 12. фискални деликти, 13. цариски деликти, 14. деликти насочени за контрола на партите, 15. деликти на пазарот на берза.

Вообичаено за економскиот криминалитет се вели дека е општествено – негативна криминална појава која се извршува од страна на лица кои поседуваат определен квантум на знаења од областа на економијата и платниот промет и кои на криминален начин со искористување на доверените овластувања и позиции се стекнуваат, пред се со определени економски средства, нанесувајќи на тој начин штета на Буџетот на државата и граѓаните во целина. Како појава, економскиот криминалитет зазема висока позиција во структурата на севкупниот криминалитет, истакнувајќи се преку својот обемен квантитет, структурата и динамиката, но и по огромните штети кои се предизвикуваат. (Нанев, 2012, стр. 5)

Имено, се работи за криминал кој е општествено меѓу најопасните видови, бидејќи е доста тешко да се открие, сторителите се претежно угледни и почитувани граѓани во општеството, а штетите кои што се нанесуваат се од поголем обем. Токму поради ваквото тврдење, корпоративниот криминалитет се смета за дел од криминалот на “белите јаки” што ги опфаќа криминалните активности на правните лица (корпорациите), како и поврзаните активности на поединци или на криминални организации во вршењето на нивните професионални дејности и за кое од првостепено значење е организираноста. Како форма на криминал во “бели јаки” корпоративниот криминал има за цел повеќе здобивање на незаконит профит на компанијата, отколку личен профит. (Салоски, 2014, стр. 7). Поради тоа во современите законодавства претегна сознанието дека оставањето по страна на криминалните активности на корпорациите во име на автономија на пазарот и слободата на претприемништвото и фокусирањето на интересот на казнената правда врз криминалитетот на сиромашните слоеви или евентуално на припадниците на економско-политичката олигархија, не резултира со намалување, туку напротив со експлозивен пораст на криминалот поврзан со создавањето на илегални профити. Резултат на таквиот пресврт е статуирањето на казнена одговорност на правните лица во сите современи казнени законодавства.

2. Модели на казнено-кривична одговорност на правните лица во делот на корпоративниот криминал

Во повеќето современи европски законодавства постојат различни пристапи кон казнената (кривична) одговорност на правните лица, во зависност од кои се развиени и различни законодавни модели.

Првиот модел е прифатен во одделни законодавства, како што е германското, во кои не е предвидена одговорност на правни лица за казнени дела, туку само прекршочна одговорност. Во германското право таква одговорност е предвидена во Законот за прекршоци во широк обем (како прекршоци се предвидени и поединечни дела, на пример даночно затајување, кои се инкриминирани како казнени дела). Со законот (пар.30) е пропишана парична казна како прекршочна санкција, која се изрекува на правно лице ако неговите органи или со нив изедначени одговорни лица, сторат казнено дело или прекршок, повредувајќи ја должноста на правното лице или остварувајќи на тој начин корист за правното лице. Услови за казнување на правното лице се: казненото дело да е сторено од лице кое како орган на правното лице е овластено за застапување или да е член на таков орган; кое е раководител на друштвото без правна самостојност или член на раководството; лице во трговско друштво овластено за застапување; лице кое е генерален полномошник, прокуррист или специјален полномошник на правното лице или друштвото без правна самостојност; друго лице кое е одговорно за вршење на надзор над работењето и вршење на други контролни овластувања врзани за раководното место. На прв поглед, и ова решение претставува воведување на некаква посредна, претпоставена одговорност за казнените дела на поединци кои имаат својство на одговорни лица, но во суштина е само прикриен начин на статуирање на одговорноста и казнувањето на самото правно лице за дела на неговите органи и претставници (тоа го истакнуваат неговите критичари во германската теорија, нарекувајќи го *Etikettenschwindel* в. *Schönke/Schröder*, 491). Ова решение на прв поглед изгледа конзистентно со основите на концепцијата на казненото законодавство, според која поимот на казнено дело, вината и санкциите се исклучиво врзани со однесувањето на поединците, па оттука воведувањето на одговорност на правните лица би значело отстапување од оваа концепција: човековите дејствија како материјален супстрат на казненото дело, индивидуалната и субјективна одговорност, персоналниот карактер на казната итн. Но, од друга страна пак, наспроти експанзијата и промените на значењето на корпоративниот криминал, ова би значело продолжување на толерантниот однос спрема правните лица кои вршат

криминална дејност, и во извесна смисла обезвреднување на нивната одговорност и благост на санкциите, стоејќи на уверувањето дека нивните дела не претставуваат вистински криминал.

Вториот модел на регулирање на одговорноста на правните лица со **посебен закон** е прифатен во законодавствата од нашето поблиско опкружување: Словенија, Хрватска, Црна Гора и Србија. Прифаќањето на овој модел е израз на настојувањето за помирување на основната казнено-правна концепција за поимите на казнено дело и казнена одговорност (објективно-субјективен поим на казнено дело, начело на вина), и посебните правила за одговорноста на правните лица за казнени дела.

Словенечкиот Закон за одговорноста на правните лица за кривични дела е усвоен во 1999 година (пречистен текст од 2004 година), врз основа на одредбите на КЗ (чл.33) за статуирање на казнена одговорност на правните лица, која се уредува со посебен закон. Со закон е пропишано дека за одредени дела покрај сторителот е одговорно и правното лице, под кој поим се подразбираат сите домашни и странски правни лица, ако е делото извршено на територијата на државата или во странство под услов на активен и пасивен персоналитет, со исклучок на државата и единиците на локалната самоуправа. Правното лице одговара за казненото дело кое го извршил сторител во негово име, за негова сметка или во негова корист, под некој од следните услови: ако стореното дело значи извршување на противправна одлука, налог или одобрение од раководни или надзорни органи; ако неговите раководни или надзорни органи влијаеле врз сторителот, или му овозможиле да го изврши делото; ако правното лице располага со противправно стекната имотна корист или употребува предмети кои настанале со казненото дело; или ако раководните или надзорни органи пропуштите должен надзор над законското постапување на неговите органи и работници (чл.4). Доследно на општата реалистичка концепција, концепцијата за одговорноста според овој закон се потпира врз постапувањето на самите органи на правното лице, кои формираат и ја изразуваат неговата волја, односно ја одредуваат смислата и основата на таа одговорност како соучеснички однос на органот на правното лице во извршувањето на казненото дело. Правното лице одговара за казнено дело, затоа што неговите органи донеле одлука за преземање на нешто што претставува такво дело, или го одобриле и влијаеле врз сторителот да го изврши и да го искористи криминалниот резултат, или органите на правното лице го пропуштите должниот надзор да спречат делото. Во таквата формулација има доволно елементи за да се одреди самото дејствие на правното лице како материјален супстрат на неговата одговорност. Извршеното дело под тие услови е поврзано па

дури и предизвикано од дејствието на правното лице. Прашањето за претпоставената одговорност и одговорноста врзана за вината на сторителот сепак не е расчистено до крај: законот во некои случаи ја условува одговорноста на правното лице со вината на сторителот, отстапувајќи од концепцијата за претпоставена одговорност за сите дела кои се извршени како резултат на одлуката или на пропуштениот надзор од страна на неговите органи.

Со законот се предвидени следните санкции: казните – парична казна, одземање имот и престанок на правното лице (чл.12), условна осуда (чл.17) и мерките на безбедност (чл.18). Кон овој репертоар на санкции се додадени и правните последици на осудата, кои настапуваат кога е изречена парична казна: забрана за дејност врз основа на дозвола, погодност или концесија, добиени од државните органи и забрана за добивање на дозвола, погодност или концесија од државните органи (чл.25). Исто така, со процесни одредби се уредени специфичностите на казнената постапка.

Спротивно на оваа концепција за одговорноста на правното лице за неговите дела (постапување на органите на управување), **Хрватскиот Закон за одговорноста на правното лице за кривични дела** од 2003 година поаѓа од потесна концепција за казнување на правното лице за кривичното дело на *одговорното лице*, ако со тоа дело се повредува некоја должност на правното лице или со таквото дело правното лице остварило или требало да оствари противправна имотна корист за себе или за друг (чл.3). Наспроти ваквиот рестриктивен пристап, кој ја ограничува одговорноста на правното лице само за дела сторени од одговорното лице, законот не го ограничува кругот на тие дела со некоја прецизна клаузула, што значи дека и правното лице може да се казни за било кое дело ако е исполнет основниот услов (повреда на должноста на правното лице или за него остварена корист). Теоријата иззема некои дела кои по природа не можат да бидат извршени од страна на правно лице (силување, давање лажан исказ итн., в. *Novoselec*, 474). Со оглед на тоа дека овој закон не уредува никакви услови во однос на постапувањето на самите органи на правното лице, неутврдувањето на каталогот на казнените дела би можело да предизвика вистинска конфузија во оценување – дали и кое дело може да се припише на правното лице, со оглед на тоа што е широко одреден поимот на одговорност на правното лице: тука не се само одговорните, туку и секое лице кое работи во правното лице или му е доверено извршување на работи од кругот на делување на правното лице (чл.4). Sprema тоа, било кое дело кое е извршено од страна на вработен, кој има било каква самостојност во извршувањето на некоја работа за правното

лице, може да му се припише на правното лице под еден од двата услова: или да е повредена должноста на правното лице (а таа должност не е, на пример, да одзема од тежината, да продава неисправна роба итн.), или е остварена имотна корист за правното лице.

Законот ги предвидува следните санкции: казните - парична казна и престанок на правното лице, условна осуда и мерките на безбедност - забрана за вршење одредени дејности или работи, забрана за стекнување дозвола, овластување, концесија или субвенција, забрана за работење со корисници на државен и локален буџет, одземање предмети, одземање имотна корист и јавно извршување на пресудата (чл.9-21). И овој закон ги уредува специфичностите на постапката против правните лица.

Основниот недостаток на моделот прифатен во овие закони, е тоа што не е предвидена одговорност на правното лице и за дејствието или пропуштањето на должниот надзор од страна на неговиот орган на управување, на кое, всушност, паѓа тежиштето на овој нов облик на корпоративна одговорност. Токму органите на управување ја формираат и изразуваат волјата на правното лице, и тоа е основата за неговата претпоставена одговорност. Таквото решение е веројатно одбегнувано, затоа што се смета дека ограничувањето на одговорноста само во однос на делата на одговорните лица сепак е поблиско до начелото на вина, односно објективно - субјективниот поим на казнено дело. Ова убедување очигледно противречи на фактот дека е сепак прифатен концептот на претпоставена одговорност на правното лице, која има друга основа, и дека е фактички извршена модификација на дефиницијата на поимот на казнено дело како скривено дело. Се поставува прашањето: како да се утврди вината на одговорното лице, ако не му е судено. И понатаму, дали е можно дека до тоа, одговорното лице да не е осудено, да дојде и поради други причини, како што е постоењето на основи за исклучување на противправноста, исклучување на вина поради неотстранлива заблуда итн.

Третиот модел, прифатен во англо-саксонското казнено право и во повеќето европски казнени законодавства, подразбира одговорност на правните лица за постапките на неговите органи и одговорните лица, **во рамките на општото казнено законодавство**. Англо - саксонското право познава широка објективна одговорност на правното лице за бројни дела, кои не мора да бидат поврзани со неговата дејност (небрежно убиство итн.) Претпоставената одговорност е поставена како објективна одговорност (*strict liability*) за сите дела кои спаѓаат во редовната дејност на правното лице (*regulatory offences*): за одговорноста на правното лице не се бара утврдување на вина на непосредниот сторител. Во англиското

право е прифатена и теоријата на идентификација (теорија *alter ego*), според која правното лице се идентификува со раководителите (директорите, менаџери итн., кои го сочинуваат мозокот на правното лице), кои донесуваат клучни одлуки, па нивните дејствија се сметаат за дејствија на правното лице. Вината на правното лице се изведува, според тоа, од нивната вина, така што правното лице покрај објективната одговорност за делата кои се во врска со нивната дејност може, според тој принцип, да ја преземе вината односно да одговара и за било кое друго дело за кое ќе се утврди вината на сторителот.

3. Корпоративниот криминал и казнено-правната одговорност во Република Македонија

Со Новелата на КЗ на Република Македонија од 2004 година, воведена е казнено-правна одговорност на правните лица (чл.28-а): правното лице одговара за казнените (кривичните) дела изречно предвидени со закон кога до извршување на делото дошло со сторување или пропуштање на должниот надзор на органот на управување или на одговорното лице, или друго лице кое било овластено да постапува во име на правното лице во рамките на неговите овластувања или ако ги пречекорило своите овластувања заради остварување на корист за правното лице. Казнената одговорност на правното лице за дела кои се таксативно предвидени во посебниот дел на КЗ (перење на пари, даночно затајување, давање мито итн.) не ја исклучува одговорноста на конкретниот извршител (систем на паралелна одговорност). Од одговорноста е исклучена единствено државата (и државните органи), а странските правни лица одговараат за делата сторена на територијата на РМ, без оглед на тоа дали овде имаат свое претставништво или подружница. Востановен е и посебен систем на санкции (гл.6, чл.96-а -96 -ѓ): казни - парична казна, привремена или трајна забрана за вршење на дејност и престанок на правното лице (казните кои се состојат во забрани и престанок на правното лице не можат да се изречат на правното лице кое е основано со закон или на политичка партија); условна осуда; и конфискација на имот и имотна корист и одземање предмети како посебни казнено - правни мерки, кои се изрекуваат со некои специфичности, под општите услови предвидени со КЗ. Правното лице над кое е отворен стечај се казнува само за делата сторени пред отворање на стечајната постапка (чл.96-а). Содржани се и посебни одредби за извршување на паричната казна и мерките на конфискација на имот, во случајот правното лице да

нема имот или да престанало да постои пред извршувањето: во тој случај казната се извршува, односно имотот се конфискува од имотот на основачот, акционерот, односно содружникот сразмерно на нивните удели (чл.96-в).

Македонскиот КЗ го прифаќа моделот на францускиот и другите европски казнени законици: претпоставена одговорност на правното лице, чиј основ е дејствието или пропуштањето на должниот надзор од страна на органите на управување, одговорното или друго лице овластени да постапуваат во име на правното лице. Но, за разлика од своите законодавни модели кои исто така содржат слични широки општи одредби за основите на одговорноста, македонскиот КЗ очигледно не сметал на недоволната инвентивност и креативност на судската практика од која се очекува со начелни ставови и општи правни мислења (на Врховниот суд и апелациските судови), да влијае врз нивното исполнување со конкретна содржина. Тоа е основната причина зошто примената на одредбите од КЗ за одговорноста на правните лица е далеку под реалните оценки за распространетоста и најчестите облици на корпоративниот економски криминал. И после повеќегодишната примена бројот на случаи во кои дојде до подигање на обвиненија или до осуди на правни лица е мошне мал.

Од друга страна, пак, последиците од економскиот криминалитет претставуваат негов најзначаен аспект. Тие се основен елемент од содржината на неговата опасност. Последиците на економскиот криминалитет најчесто се јавуваат како материјална штета и таа материјална штета во кривичната постапка се утврдува во паричен износ. Меѓутоа, покрај економската штета, економскиот криминалитет предизвикува и други штетни последици, односно општествени проблеми. Од гледна точка на последиците посебна карактеристика на економскиот криминалитет е во тоа што тој непосредно ја урива материјалната основа на нашата заедница. Преку утврдување на штетата, која ја предизвикува стопанскиот криминалитет, се согледува неговиот економски карактер.

Правната регулатива досега повеќе пати правела обиди и настојувања да се изгради и вметне методологија за утврдување на материјалната штета, но досега не се постигнати забележителни резултати. Проблемот кај овој криминалитет е во тоа што штетите се посредни и непосредни; посредни во однос на целото население, директни во однос на претпријатијата и работниците кои работат во истите. Професионалноста во извршувањето на овие кривични дела се состои во тоа што извршителите имаат способности да ја прикријат штетата, односно профитот или друг вид на материјална штета. Посредни, затоа што сторителот директно не ги зема парите, туку тоа го прави посредно преку други.

Иако досега, често пати се вршени сериозни напори за да се утврди обемот на материјалната штета кој што го предизвикува економскиот криминалитет, сепак тоа е прилично тешко со оглед на тоа што големиот број на економски деликти остануваат неоткриени, а другите облици на штета, кои ги предизвикува стопанскиот криминалитет не се утврдува и не се изразува како економска штета. Нанесената материјална штета на стопанството настанува така што обвинетите присвојуваат парични средства во готово, со компензација, преку спонзорирање, донации или во вид на стока, што беше многу карактеристичен случај изразен во јавните претпријатија во Р. Македонија.

Постојат значителни разлики во висината на материјалната штета, која што и се наносува на економијата во државата, при што како кривични дела согласно кои се притаени најголеми износи се злоупотребата на службената положба и даночно затајување. Присвојувањето на имотот секогаш се врши во подолг временски период и тоа изнесува од неколку месеци, па до две години. Тоа укажува на фактот дека контролата кај овие правни лица во текот на работењето не се врши уредно или пак извршителите на кривичното дело многу добро ги прикриваат своите измами.

Независно од законскиот модел, развивањето на концепцијата на казнената одговорност на правните лица имплицира потреба за што попрецизно законско фиксирање на основот и условите на одговорност, нејзината широчина (кои правни лица и за кои дела) и системот на санкции. Прашањето за основот и условите на одговорност е фокусирано врз барање решенија за спојување на претпоставената, колективна одговорност на правното лице и субјективната, индивидуална одговорност на непосредниот извршител на казненото дело. Примената на концепцијата на претпоставена одговорност, која се заснова врз ставот дека како реално битие правното лице не е носител само на права, туку и на обврски, вклучувајќи ја и обврската со вршењето на своите дејности да не предизвикува никакви штетни последици, бара расчистување пред сè, на прашањето - кога казненото дело може да му се припише на правното лице, во смисла тоа да се смета за дело на правното лице и да повлекува негова одговорност. Постојат две можности, кои се разработени во презентираниите законски модели и кои взаемно не се исклучуваат.

Прво, правното лице треба да одговара за она казнено дело, кое е извршено со дејствие или пропуштање на должниот надзор од страна на колективниот орган на управување (акционерско собрание, управен или надзорен одбор итн.), кои се во причинско - последична врска со дејствието на поединецот со кое е остварено битието на определено дело.

Дејствието може да има облик на донесување одлука (на пример, одлука за затајување данок), наредба или друг акт или дејствие со кое се наредува или влијае врз извршување на казненото дело. Со активното дејствие е еквипарирано пропуштањето на должниот надзор (во производството на прехранбена стока, сообраќајот, градежништвото итн.). Во овој случај, без никаква важност е статусот на непосредниот извршител - дали се работи за одговорно лице или за друго лице вработено во правното лице. Основ за одговорност, која може да се дефинира како колективна вина на органот на управување, е формирањето волја на овие органи во правец кој е спротивен на законските обврски на правното лице или непреземањето мерки на должно внимание. Одговорноста е претпоставена така што нема потреба да се утврдува како во колективниот орган е донесена некоја одлука (дали сите членови на тој орган гласале за таква одлука итн.). Исто така, за одговорноста на правното лице е ирелевантно дали на страната на непосредниот извршител постои вина за извршеното дело (в. и *Lepage* и др., 231).

Второ, правното лице треба да одговара и за дејствијата на поединците. Наспроти можниот екстензивен пристап кој би ги опфатил сите дејствија на вработените врз принципот на објективна одговорност за дело на друго лице (теорија *respondeat superior*), прифатлив е рестриктивниот пристап според кој правното лице одговара само за дејствијата на неговите одговорни лица и застапници. Тоа значи приклонување кон теоријата на идентификација (*alter ego*), во чии рамки може да опстане концепцијата за изведена одговорност на правното лице од одговорноста на неговите претставници (*Kremnitzer/Ghanayim*, 556). Правното лице треба да одговара за делото извршено со дејствие на одговорното лице кое постапува во име, за сметка или во корист на правното лице, во рамките на неговото овластување. И оваа одговорност (застапничка, викариска одговорност) е заснована врз претпоставка дека одговорното лице ја изразува волјата на правното лице и дека е обврзано на законско исполнување на своите должности. Ако делото е извршено надвор од овластувањата на тоа лице, за негова лична корист, исклучена е одговорноста на правното лице. Но, ако е таквото дело - извршено надвор од овластувањата, во корист на правното лице, тоа станува соучесник во тоа дело и доколку не презело (со одлука на органот на управување или со дејствијата на одговорните лица кои знаеле за таквото дело) активност да се заштити од сето тоа со откривање и гонење на извршителите, треба да се смета дека е исто така одговорно за стореното дело. Во овој случај, одговорноста на правното лице е заснована врз индивидуалната одговорност на поединецот, односно се бара непосредниот извршител да е

виновен за стореното дело. Но, од овој услов треба да се отстапи и да се прифати претпоставената одговорност на правното лице ако делото на одговорното лице, кое не е виновно за тоа дело (на пример, делото е сторено во состојба на непресметливост), е резултат на пропуштање на должниот надзор од страна на органот на управување на правното лице. Правното лице треба да одговара и кога се исполнети другите елементи на казненото дело, извршено од страна на одговорното лице (дејствие, исполнување на сите обележја на битието на делото, противправност), ако од определена причина е исклучена вината на одговорното лице (непресметливост, заблуда), а неговото дело е извршено во име, за сметка и во корист на правното лице. Тоа е основ и за паралелната и автономна одговорност на правното лице, кое може да се казни и ако против одговорното лице не е покрената кривична постапка заради непостоење вина, или од фактички или правни причини не може да се води таква постапка.

Концепцијата за автономна одговорност на правното лице наоѓа основ за прекор не во поединечните субјективни психолошки елементи (свест, волја), туку во колективната волја и свест на правното лице (сите членови на неговите органи, како и сите работници во правното лице се свесни дека се здружени во посебен правен ентитет не за да вршат, одобруваат итн. казнени дела, туку за да вршат стопански и други активности). Се работи за претпоставена одговорност заради самата организација на правното лице (*Tiedemann*), како вина во поширока смисла за отстапувањата од социјалните барања за правилна и законска работа на правното лице. Оваа идеја најнепосредно ја има изразено новелираниот швајцарски КЗ (изменет во 2003 година): претпријатието ќе се казни независно од казнивоста на физичкото лице ако може да му се упати прекор дека не ги презело сите потребни и предвидливи мерки да го спречи делото (чл. 100 *quater*). На оваа концепција на автономна одговорност најблиски му се словенечкото решение и КЗ на БиХ. Претпоставената одговорност на правното лице за извршеното дело сепак се потпира врз определено противправно постапување на неговите управувачки органи, а не на некои, од аспект на одговорноста, неутрални факти кои се земаат како доволен основ за објективна одговорност, како тој, на пример, дека делото е извршено од страна на одговорното лице или дека е извршено во корист на правното лице итн. Ако законот бара утврдување на овие основи, тоа подразбира и докажување на постоењето на определени акти или постапки на управувачките органи; тие се предмет на докажување во казнената постапка. Ако во постапката против правното лице се утврди дека неговите органи не го одобриле, не дале налог, не влијаеле на извршителот итн., правното лице мора да биде екскулпирано од одговорноста за извршеното дело.

Врз таков концепциски пристап во Новелата на КЗ од 2009 година се внесени повеќе суштествени иновации кои се однесуваат на прецизирање на следниве прашања: кога казненото дело може да му се припише на правното лице и кои субјективни претпоставки на одговорноста на физичкото лице ја активираат одговорноста на правното лице.

Новелата на КЗ поаѓа од следнава принципиелна позиција во прецизирањето на основот и условите за казнена одговорност на правните лица (чл.28-а). Прво, правното лице одговара за дело, определено со закон, сторено од одговорно лице во правното лице во рамките на неговите овластувања, во име, за сметка или во корист на правното лице. Второ, правното лице е одговорно и за друго дело на негов вработен или застапник, кога за правното лице е остварена значителна имотна корист или на друг му е нанесена значителна штета. За вториот основ на одговорност законот ги определува следниве услови: таквото дело да се состои во извршување на заклучок, наредба или друга одлука или одобрение на орган на управување, раководење или надзорен орган; или до негово сторување да дошло поради пропуштање на должниот надзор од органот на управување, раководење или надзорниот орган; или органот на управување, раководење или надзорниот орган не го спречил делото или го прикрил или не го пријавил пред покренувањето на казнена постапка против сторителот.

Во однос на првиот основ на одговорност, претпоставената одговорност на правното лице е заснована врз теоријата на идентификација (*alter ego*): делото на одговорното лице е дело и на правното лице, ако е сторено во негово име, сметка или корист, во рамките на неговите овластувања. Ако делото е извршено надвор од овластувањата на одговорното лице, за негова лична корист, исклучена е одговорноста на правното лице. Вториот основ на одговорност (чл.28-а ст.2) произлегува од поврзаноста на казненото дело на било кој вработен или застапник на правното лице, со кое за него е остварена значителна имотна корист или на друг му е нанесена значителна штета, со дејствијата (одлука, пропуштање на должен надзор или прикривање) на органот на управување, раководење или надзор. Претпоставената одговорност на правното лице во овој случај е заснована врз посебната положба и овластувања на органот на управување, раководење или надзор, кој ја изразува волјата на правното лице.

Во согласност со конвенциите кои предвидуваат одговорност на правното лице, **Новелата** ја задржува концепцијата на паралелна и самостојна одговорност (чл.28-б): одговорноста на правното лице не ја

исклучува одговорноста на сторителот; правното лице одговара и кога постојат фактички или правни пречки за утврдување на казнена одговорност на физичкото лице како сторител; ако делото е сторено од небрежност, правното лице е одговорно ако законот предвидува казнување за небрежно извршување на делото.

Заклучни согледувања

Економскиот или корпоративен криминал претставува еден од најтешките видови за препознавање, на прекршувања на законската и правна регулатива на секоја една држава. Токму можеби и тука се крие клучот за малиот број на кривични дела кои се забележани во судската пракса од овој вид и малиот број на казни кои се испишани во овој домен.

Меѓутоа, како што модернизацијата навлегува се подлабоко во секоја сфера на општественото живеење, па така и правната регулатива во делот на препознавањето на економскиот криминал се усовршува. Новелата на КЗ од 2009 година претставува значително заострување на одговорноста и санкциите за правните лица и доволен доказ за прилагодувањето на правната регулатива на востановената пракса. Примената на новите законски решенија, кои треба да се рефлектираат и низ прецизирање на процесните правила во новиот ЗКП, претпоставува интензивна активност на органите на откривањето и гонењето во утврдувањето не само на фактичката основа и правните претпоставки на казненото дело, туку и на сите претпоставки од кои зависи примената на санкциите. Ефектот на повеќето од тие санкции, кои се состојат во забрани за дејност и забрани за стекнување на права, како и почитувањето на губењето права, зависи од придржувањето кон нив на осудените правни лица, на другите субјекти на пазарот, како и на надлежните државни органи. А самото практикување и примена на законската регулатива ќе ги даде понатамошните насоки во кои што ќе треба да се развива истата односно дали ќе изискува потреба од донесување на целосно нова правна легислатива во овој дел или пак ќе се усовршува и дополнува веќе постоечката.

Користена литература

1. Беличанец, Тито, Климовски, Александар, Корпоративно управување, учебно помагало, последипломски студии по деловно право, Правен факултет, “Јустинијан Први“, Скопје, 2011
2. Беличанец, Тито, *Деловно Право*, бр. 18, Скопје, 2008 год.,
3. Димовски, Горан, Феноменологија на организираниот економски криминал во Република Македонија, Правдико, август 2014 година
4. E.H.Sutherland, *White Collar Crime*, Druden, N.Jorg, 1949
5. Закон за финансиска дисциплина, 2013 година
6. Камбовски, Владо; Витларов, Тодор, Казненоправна одговорност на правните лица според Новелата на КЗ од 2009, Истражување во рамки на проектот “Реформа на казненото право и почитување на човековите права“, Скопје, 2009 година
7. Кривичен законик на РМ, 1996 со измени и дополнувања
8. Кузманоска, Татјана, Финансиската измама како економски криминал и улогата на ревизорите во нејзината детекција и превенција, Прилеп, 2014 година
9. Нанев, Лазар, Криминолошки обележја на македонскиот економски криминалитет низ податоците на органите на казниот прогон, Штип, 2008 година
10. Сакс, Џефри, Корпоративниот криминал во глобалната економија, <http://www.utrinski.mk/default.asp?ItemID=03D57740F4C9C747B58C19617A7BB230>, Последна посета мај, 2015
11. Салоски, Шериф; Криминалитет на “белите јаки“, Правдико, август 2014

Д-р Есин Кранли Бајрам¹

**КОНЦЕПТОТ НА РИМСКОТО ТЕСТАМЕНТАЛНО
НАСЛЕДУВАЊЕ И НЕГОВОТО ВЛИЈАНИЕ ВРЗ
МАКЕДОНСКОТО И НАСЛЕДНОТО ПРАВО НА ЕВРОПСКАТА
УНИЈА**

УДК: 347.65/.68(37:4-672ЕУ)

Original research paper

Апстракт

Централниот интерес на овој труд се состои во елаборација на генезата и развитокот на идејата за слободата на тестаментално располагање на оставителот, особено зарди фактот што третирањето на прашањата за утврдување на принципите на тестаменталното наследување, како и местото и значењето на тестаменталното наследување во наследните системи се чини секогаш актуелно прашање.

Имајќи го во предвид фактот дека предмет на интерес на овој труд е тестаменталното наследување во римското право, споредено со позитивното македонско тестаментално, наследување како и со наследното право на Европската Унија, заради што најзначајна цел на овој труд ќе биде тоа што уште еднаш ќе се покаже врската на римското право со правата особено на континенталните правни системи во областа на *ius privatum*.

Заклучокот на овој краток преглед ги содржи сличностите и разликите меѓу римското и македонското тестаментално наследување, како и современите тенденции во оваа област, посебно со решенијата во правото на ЕУ

Клучни зборови: тестаментално наследување, принципи на тестаментално наследување, тестамент, наследно право на ЕУ

¹ Доцент на Правниот факултет “Јустинијан Први, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје

THE CONCEPT OF THE ROMAN TESTAMENTARY SUCCESSION AND ITS INFLUENCE ON THE MACEDONIAN AND THE LAW ON SUCCESSION OF THE EUROPEAN UNION

Abstract

This paper's central topic is the genesis and the development of the idea of the freedom of testamentary disposition of the defunct person, especially because of the fact that the treatment of the solutions for the manner in which the criteria for the principles of testamentary succession are determined, as well as the position and the significance of the testamentary succession in different succession systems seems like constantly present question.

Having in mind the fact that this paper's subject of interest is the testamentary succession in Roman Law, compared with present Macedonian testamentary succession, as well as the EU Law on Succession, the main aim of this paper is that the research has the function of one more attestation for the influence of the Roman Law over the all ranges of *ius privatum* of the continental legal systems.

The conclusion of this short review will be brought down to an attempt to see the similarities, the differences between the solutions of the Roman Law and the ones in the Macedonian legislation, as well as the modern tendencies in the area, especially with the solutions presented in the Law of the EU.

Keywords: testamentary succession, principles of testamentary succession, testamentum, Law on Succession of the EU

Вовед

Изведувањето заклучок за тоа дека римското право е базата на која се граделе современите права, се чини сосема едноставна задача заради очигледното присуство на идентични правни институти во модерното право, како оние кои во наследство ни ги оставиле старите Римјани. Сепак, една доследна и сериозна паралела подразбира длабока анализа која во целост ќе ја обелодени врската односно влијанието што го извршило римското право и во квалитативна и во квантитативна смисла.

Одлуката, темата на овој труд, во својот фокус да го стави римското наследно право, во конкретниот случај, тестаменталното наследување како негов иманентен и особено значаен дел, доаѓа пред се поради актуелноста на проблематиката во современото македонско право, со оглед на фактот што во моментот, во полн ек е работата на Комисијата за наследно право која работи на измените и дополнувањата на Законот за наследување во рамките на Граѓанскиот законик на Република Македонија, а во исто време на сила стапија и одредбите на Европската Регулатива за наследувањето

1.Паралели помеѓу римското и македонското наследно право

1.1 Универзална и сингуларна сукцесија

На почетокот треба да се нотира дека нема сомнение дека разликувањето на принципите на универзална и сингуларна сукцесија, своето потекло го води од римското наследно право. Дотолку повеќе што дефинициите за овие принципи сеуште не се дерогирани.

Имајќи го во предвид споменатиот факт, дека наследувањето во Рим било сфатено не само како добивање на имотна корист, туку и како стапување на местото на починатиот, логична е и последицата на јасната разграниченост на овие два принципа. Имено, универзалната сукцесија значи пренос на стварите, правата и обврските на оставителот на неговите наследници во целина во моментот на неговата смрт. Секако, станува збор за правата и обврските кои по својата природа се наследливи, односно не спаѓаат во групата строго лични права и обврски (*intutu personae*)².

² Gai. 2, 97 *Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res nobis acquirantur.* 98. *Si cui heredes facti sumus...eius res ad nos transeunt*

За разлика од тоа, сингулараната сукцесија значи остварување на наследно право, односно стекнување на определена ствар или право од оставината или на товар на оставината, која е точно или поединечно предвидена за конкретен случај (на пр. легат).

Позитивното наследно право на РМ во целост го прифаќа принципот на универзална сукцесија, па според тоа наследниците (доколку се повеќе) добиваат наследство изразено во аликвотен, процентуален дел од целината на оставината. Заради прифаќањето на ваквиот принцип правната последица од стекнувањето на наследството за наследниците значи дека покрај стварите и правата, тие се одговорни и за обврските на оставителот, иако во ограничен обем³

Погоре изложеното недвосмислено го потврдува фактот дека римскиот концепт на универзална сукцесија е посоодветно решение од општествено условениот принцип на ликвидација на оставината, според кој треба да се добие чиста вредност на оставината која понатаму се распределува на наследниците⁴ или мешовитиот систем кој подразбира можност за претходна ликвидација на оставината на барање на наследниците.

Да видиме на кој начин ги стекнуваме стварите по пат на универзална сукцесија. Ако сме станале нечи наследници...неговите ствари преоѓаат на нас

³ Буквалната интерпретација на принципот на универзална сукцесија, би можел да не наведе на погрешниот заклучок дека наследниците сносат неограничена одговорност за обврските на оставителот. Сепак, заради обезбедување пред се на правна сигурност, но во исто време и заштита на интересите на лицата кои се јавуваат во улога на наследници, нашето позитивно право доследно го почитува принципот на ограничена одговорност на наследниците за обврските (долговите) на оставителот.

Членот 83 од Законот за сопственост и други стварни права (ЗСДСП Службен весник на РМ бр.18/2001) определува дека „наследникот одговара за долговите на оставителот до висината на вредноста на наследениот имот и дека „кога има повеќе наследници тие одговараат солидарно за долговите на оставителот и тоа секо до висината на вредноста на својот дел од наследениот имот...“ Заради тоа недвосмислена е настојбата и определбата на законодавецот, да не го доведе наследникот во ситуација понеповолна од онаа пред да стане наследник, ситуација која е позната во римското право, т.н. *damnosa hereditas* и која ги затекнувала нужните наследници *sui heredes* (*neredes necessarii*) кои немале право да дадат негативна наследничка изјава, а биле одговорни за долговите на оставителот во целост. Фактот што во современи услови пред наследникот стои можноста за откажување од наследството под условите определени со законот, таквиот наследник во исто време го ослободува и од одговорноста за долговите

⁴ Ваквиот принцип е карактеристичен за периодот на феудализмот како настојба приоритет да добие феудалецот кој имал побарувања спрема оставителот.

Македонскиот законодавец, определувајќи дека „...оставината на умреното лице преминува врз неговите наследници...“ и определувајќи дека предмет на наследување можат да бидат „предмети и права што им припаѓаат на поединци“⁵, во целост го прифаќа принципот на универзална сукцесија.

1.2. Основи за повикување на наследство

Поимот на римското тестаментално наследување во суштина е вразан за развиеното сфаќање за правните факти кои се основа за повикување на наследство. Така, во случајот кога наследниците се повикани врз основа на нивното назначување во едностран правен акт кој е израз на последната волја на оставителот во однос на распределбата на неговата оставина после смртта, станува збор за т.н. тестаментално наследување, додека во случајот кога наследниците се повикани на наследство како сродници на оставителот определени законски во соодветни законски наследни редови, станува збор за т.н. интестатско наследување.

Римското наследно право како основи за повикување на наследство ги признава законот и тестаментот, онака како што ги подразбираат и современите наследноправни системи. Притоа, предност имало тестаменталното наследување, а интестатското се јавувало како супсидијарно⁶.

Македонскиот законодавец во чл 6 од Законот за наследувањето *intestatus clausus* определува дека како основи за повикување на наследство се јавуваат исклучиво законот и тестаментот. Тоа значи дека законодавецот се определил за исклучување на договорот за наследување, кој постоел во постарите прописи за наследувањето⁷.

Имено, договорот за наследување бил изоставен како основ за повикување на наследство со ЗН од 1955г, па ваквиот став се пресликал и

⁵ чл.2 ЗН, врз кој потребно е да се изврши извесна корекција, со која покрај стварите и правата би требало да се набројат и наследливите обврски на поединецот.

⁶ XII pl. 5, 4. *Si intestato moritur, qui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto*; 5, 5 *si adgnatus nec escit gentiles familiam (habento)*

Ако умре без тестамент оној кој нема suus како наследник, familia нека припадне на најблискиот агнат; ако нема агнат нека припадне на гентилите

⁷ Имено СГЗ (кој важел на нашата територија), го предвидува договорот за наследување како основ за повикување на наследство. При постоење на ваков договор не може да дојдат во предвид тестаменталното или интестатското наследување.

во следните два Закони за наследувањето, кои сметајќи го договорот за наследување како застарен феудален реликт кој покажува чести практични потешкотии при распределбата на оставината меѓу наследниците и притоа ја доведува во прашање слободата на тестирање во извесна смисла, не сосема оправдано го исклучува како основ за наследување.

Позитивното право на нашата земја, останува доследно на определбата за исклучување на договорот за наследување во членот 7 според кој „Ништовен е договорот со кој некој ја остава својата оставина или нејзин дел на својот содоговарач или на трето лице, освен ако располагањето се врши со договор за доживотна издршка“. Тоа значи дека постои единствено можноста на оставителот со својата оставина да располага со правно дело *inter vivos*, со кое ќе се реализираат последиците *post mortem*⁸.

Сепак, научните дилеми околу оправданоста на ваквото законско решение во последно време трпи аргументирани сериозни критики, пред се заради искуствата за кои говори практиката. Имено, аргументите кои одат во прилог за предвидување и на договорот за наследување како основ за повикување на наследство, иако во една прилично рестриктивна варијанта, ќе бидат поиздржани од оние кои го сметаат за и надживеан и непотребен .

Во таа смисла, треба да се очекува дека законодавецот ќе се обиде да го оправда предвидувањето на договорот за наследување покрај тестаментот и законот како основ за повикување на наследство⁹.

Во однос на правните факти кои се основ за повикување на наследство, треба посебно да се истакне она што современите права го отфрлаат како основно начело, а е предвидено во римското наследно право. Имено, nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest¹⁰, значи дека наследството не може да се дели во еден дел според тестамент, а во друг според закон, односно не може да дојде во предвид комбинација од двата основи за повикување на наследство, по повод една иста оставина¹¹

⁸ Најновите тенденции во врска со договорот за доживотна издршка, кои во суштина се резултат на негативните последици во практиката, упатуваат на потребата од ревидирање на ваквиот став во новото законско решение. Можеби најлошата последица санкционирањето на договорот за доживотна издршка е токму фактот дека на тој начин е овозможено потенцијално ускратување на нужното наследно право резервирано за најблиските сродници на оставителот.

⁹ Веди Комисија за семејно и наследно право. *op.cit.*, 3-9. Исто и Љиљана Спиновиќ-Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *op.cit.* 223-225

¹⁰ I. 2, 14, 5. *Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles*

¹¹ Исклучок се војничките тестаменти и нужните наследници кои се изоставени во тестамент, во кој дел од нив тестаторот ги назначил како тестаментални наследници

1.3. Поим за тестамент

*Неспорно е дефинирањето на тестаментот од страна на римските класични правници како формален, едностаран правен акт, со кој некое лице располага со својата оставина во случај на смрт. Тоа значи дека основната содржина на тестаментот е имнувањето на наследник(ци), при што прави распределба на оставината со дејство *post mortem*.*

Концепцијата која тежнее кон доследно почитување на последната волја на оставителот во врска со распределбата на неговата оставина, своето олицетворение го добива токму во предвидувањето на тестаментот како правно дело¹².

Имено, според римското право, тестаментот задолжително треба да содржи *heredis institutio*¹³, односно именување на наследник на кој врз основа на принципот на универзална сукцесија ќе прејдат оставителовите наследливи права и обврски.

Gai. 2, 229. *Caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

Глава и основа на тестаментот е именувањето на наследник

Предуслов кој задолжително треба да биде исполнет, според правилата на римското наследно право, за полноважен тестамент е тестаторовата способност за составување на тестамент, *testamenti factio activa*, како во моментот на составувањето, така и во моментот на смртта¹⁴.

Оттука, тестаментот е строго лична, отповиклива и последна изјава на волја која оставителот морал да ја искаже на јасен и недвосмислен начин, на латински јазик и во императивна форма¹⁵.

Образложувањето на основните карактеристики на тестаментот, ја дава целосната дефиниција на ова правно дело. Предвидено уште во Lex XII tabularum, своите зачетоци како еднострано правно дело со дејство *mortis causa*, науката ги бележи во римското право. Сепак, треба да се напомене дека најстарата позната форма *testamentum calatis comitiis* е

¹² *Testamentum est voluntas nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit.* Modestinus, D.28,1,1

¹³ *Institutio heredis est caput et fundamentum testamenti*

¹⁴ Нашиот ЗН колку за илустрација, ги предвидува способноста за составување тестамент, слободната и свесна изјава на волја за располагање на имотот за случај на смрт и формата на тестаментот како услови за поноважност на тестаментот. Види Љиљана СпиРОВИЌ-Трпеновска, *Услови за поноважност на тестаментот*, 517

¹⁵ Термините *heres* и *esse* биле најчесто потребувани. Види Жика Бујуклић, *Римско приватно право*.287

дискутабилна во однос на некои свои особености кои ја оддалечуваат од тестаментот во современа смисла¹⁶.

Но, развивањето на идејата за тестаментот како наследно равен институт забележува исклучително брз развиток кон реализацијата на целта на тој начин, имајќи ја во предвид сопственичката структура, оставителот да може во целост да се ползува со *ius abutenti*, располагајќи со својата оставина според личната волја дури и тогаш кога ќе го изгуби својството субјект на правото.

Сообразно со римскиот тестамент, под поимот тестамент во современото македонско наследно право се подразбира еднострано, отповикливо правно дело со кое оставителот(тестаторот) со изјава на последната волја врши распределба на целата или дел од својата оставина на именуваниот(ните) наследник(ници). Оттука, за да може да се смета едно правно дело за тестамент, нужно е пред се да постои физичко лице на кое му е признаена способност за составување на тестамент кое во форма пропишана со правото ја изјавува последната волја за распределба на својата оставина¹⁷.

Тестаментот во потесна смисла е предвиден пред се како изјава на волјата на оставителот која се однесува на именувањето на наследниците и определувањето на кој од нив колкав дел од оставината треба да им припадне после делацијата. Тоа сепак отстапува од првичната идеја на римскиот тестамент дека во него не можат да бидат внесени и одредби кои имаат поинаков карактер (со нив не се именуваат наследници) а се повторно израз на личната волја на оставителот спрема одредени лица (тестамент во поширока смисла).

Поимното определување на тестаментот значи и јасно определување неговите основни белези. Така, една од основните карактеристики е еднострноста на овој вид правни дела, чија содржина зависи единствено од волјата на еден субјект, (оставител, тестатор). Во овие случаи имено не е потребна согласна изјава на волја како кај двостраните правни дела¹⁸.

Отповикливоста е исто така својство на тестаментот кое е предвидено уште од самите почетоци. Ваквата можност е сосема оправдана за оставителот бидејќи во текот на животот ставовите на

¹⁶ Дискутабилна е како што објаснивме автономијата на волјата на оставителот кај овој вид тестамент.

¹⁷ Постоенето на оставината која се распределува е исто така есенцијален основ за составување на тестамент.

¹⁸ Евентуално изостанување на реализацијата на тестаментот може да настапи тогаш кога тестаменталните наследници не го прифаќаат наследството. Во тој случај се применуваат праилата на интестација.

оставителот честопати се менуваат под влијание на различни околности, па логично е и да се менуваат и желбите на оставителот во врска со начинот на распределбата на оставината. Поради тоа, еднаш составениот тестамент во секое време може да биде отповикан со составување со нов, кој го дерогира стариот, бидејќи оној кој е понов се смета за израз на последната волја на оставителот. Отповикливоста на тестаментот е едноставна заради фактот што ова дело е еднострано и може да биде повлечено или да се промени без согласноста на друго лице¹⁹.

Овие особености, но најмногу едностраноста, ја потврдуваат и особината на строго лично право. Тоа значи дека тестамент може да состави лице кое има тестаментална способност само лично, без предвидување на алтернатива тоа да се стори посредно преку застапник. Идентични се и правилата за можноста од отповикување или составување на нов тестамент²⁰.

Покрај останатите белези, посебно внимание привлекува дозата на формализам кај тестаменталното наследување. Според ЗН еден од условите за полноважност и прецизното уредување на признаените форми на тестамент²¹, законодавецот имплицитно стои на ставот дека предвидувањето на определен формализам ја спречува за евентуалната злоупотреба на тестаментот како основ за повикување на наследство во практиката. Како и сите современи наследни системи и македонскиот, доследно ја следат римската традиција на предвидување на точно определени форми на тестамент, чија правовалидност е условена од редица претпоставки кои треба да бидат исполнети. Екстензивно толкување на таквите норми воопшто не е дозволено.

На крајот, анализата на основните својства на тестаментот ја заокружуваме со една посебна карактеристика која го диференцира тестаментот од повеќето правни дела, дејството *mortis causa*. Тоа значи дека актот кој го составува оставителот, почитувајќи ги пропишаните правила, може да произведе правно дејство само после неговата смрт. Во временскиот интервал од составувањето на тестаментот до моментот на смртта на оставителот кој може да биде и многу долг, но и многу краток, не може во никој случај да дојде до реализација на одредбите на тестаментот²².

¹⁹ ЗН чл.117 ст.1

²⁰ ЗН чл.62

²¹ ЗН чл.66-95

²² тоа не значи дека оставителот не може со други правни дела *inter vivos* да ја постигне саканата цел. Но тогаш нема да стане збор за наследно-правен однос.

1.4. Услови за полноважност на тестаментот

Имајќи го предвид фактот дека предвидувањето на тестаментот како основ за повикување на наследство датира речиси од самите почетоци на пишаното римско право и дека оттогаш биле претпоставувани посебни услови кои требало да бидат исполнети при неговото составување, прашањето на полноважноста на тестаментот, како резултат на што може да дојде до реализација на неговите одредби, треба да биде разгледано со посебно внимание.

Така, македонскиот законодавец низ неколку членови од Законот за наследувањето јасно ги пропишува условите за полноважност на тестаментот. Сумарно, тоа се: способноста на оставителот да состави тестамент (testamenti factio activa); свесната и слободна изјава на волја (animus testandi) и формата на тестаментот.

Testamenti factio activa, (способноста за составување на тестамент) е еден од условите за полноважност на тестаментот како што видовме е предвиден од времето на римското право. Иако мора да се забележи дека за разлика од решенијата на современото наследно право, активната тестаментифакција во римското право била резервирана исклучиво за римските граѓани кои имале полно *ius commercii*²³ и задолжително требало таа да постои не само во време на составување на тестаментот, туку за време на целиот живот на оставителот до настапувањето на делацијата.

Она што е речиси идентично до ставовите на современите права е врзувањето на способноста за составување на тестамент со способноста на субјектот за расудување. Во нашето позитивно право определувањето на способноста за расудување во ЗН не е прецизно поставно како посебна субјективна карактеристика на физичките лица, наспроти стриктно утврдената возрасна граница²⁴. Според одредбите од ЗН, секое лице кое навршило 15 години е способно за расудување, доколку не постојат околности кои предизвикуваат неспособност за расудување²⁵. Всушност, способноста за расудување се врзува со психолошката подготвеност на лицето да разбере што значи

²³ *cives romani* кои биле *sui iuris* и биле полнолетни.

²⁴ ЗН чл.62 ст.1 „Тестамент може да состави секое лице способно за расудување коешто на полно 15 години“

²⁵ причините за болеста можат да бидат од различна природа: ментално нарушување, користење на алкохол, психотропни супстанции, опојна дрога и сл.

дејствието што го презема и какви последици од тоа дејствие се очекува да бидат предизвикани²⁶.

Во таа смисла треба да се осврнеме и една ситуација која може да се јави кај лицата со нарушено ментално здравје, се разбира врз основа на медицинските индикации, односно можноста од постоење на тн.*lucida intervalla*, разработена и во римското право. Светлите моменти, што кај овие лица можат да се јават во подолги или покуси интервали, се третираат како подобрувања на нивната состојба до ниво кое е вообичаено за ментално здрави личности и на кое тие можат непречено да расудуваат. Поради тоа, во ваквите случаи несомнено треба да се дозволи можноста и тестаментите, како и останатите правни дела во кои можат да учествуваат овие лица, да се сметаат за поноважни²⁷.

Генерално, според прописите на македонското наследно право активната тестаментифакција е условена од способноста за расудување во како што беше погоре определена, што е еден од основните услови за признавање на општа деловна способност на субјектот, како и остигнување на определена возрасна граница. Сепак предвидената 15 годишна возраст за стекнување на способност за составување на тестамент, не се поклопува со 18 годишната потребна за стекнување потполна деловна способност. Ваквото решение на законодавецот може да се протолкува како преземање на решението кое го врзува стекнувањето на трудовата способност со навршени 15 години возраст.

Истовременото исполнување на наведените услови во моментот на сочинувањето на тестаментот²⁸, го третира субјектот како лице кое поседува способност за составување тестамент²⁹, а со тоа исполнета е една од претпоставките за полноважност на тестаментот.

²⁶ Овој субјективен услов во практиката честопати е спорен, бидејќи при утврдувањето потврбни се стручни анализи кои во предвид ги земаат сите околности кои можат да влијаат на нивото на способност за расудување. На пример, не сите душевни болести се со трајни последици. Исте случајот и кај последиците предизвикани од алкохолизам или психотропни супстанции, така што способноста за расудување треба да се цени само со оглед на состојбата во конкретниот момент. Види Љиљана Спировиќ-Трпеновска, *op.cit.*, 518-519

²⁷ Ставовите околу вакавата ситуација во современата наука се дијаметрално спротивни. Од оние кои светлите моменти не се доволен основ лицето да се смета за способно за расудување, до оние кои ја следат традицијата на Римјаните, на признавање на полноважност на правните дела создадени во тие интервали. *Ibid*

²⁸ ЗН чл.62 ст.3

²⁹ Според римското право, *testamenti factio activa* требало да постои до крајот на животот на оставителот, за да може тестаментот да се смета за правовалиден. Овој став начелно е напуштен, иако има свое аргументирано оправдување. Во таа смисла, евентуалното губење на способноста за расудување после составувањето на тестаментот, практично го оневозможува оставителот да го искористи правото на отповикување или составување на нов тестамент, што пак е основно својство на тестаментот и во исто време загарнтирано право на оставителот

Неспособноста за составување на тестамент или отсуството на тестаментална способност, може да биде основ за барање од страна на лице кое има правен интерес за негово поништување во прецизно утврдени рокови³⁰

Втората основна претпоставка за полноважност на тестаментот се однесува на изјавата на волја со која оставителот, изразувајќи ги своите желби, ја распределува оставината на наследниците.

Законодавецот, при определувањето на ваквиот услов тргнува од спротивната ситуација, односно ги предвидува последиците од недостатокот на волјата на оставителот³¹. Значи нужно е да постои потполно свесна и слободна изјава на волја за составување на тестамент, без при тоа да постојат евентуално заканата, присилбата или измамата како факти кои влијаеле за одлуката на оставителот во врска со распределбата на оставината, без оглед од кого биле предизвикани³².

Истото правило се однесува и на содржината на тестаменталните одредби. Именувањето на конкретните наследници, големината на наследните квоти и одредувањето на меѓусебните односи на наследниците се сметаат за полноважни само тогаш кога во потполно е задоволено барањето за целосна слобода на тестаторот. Доколку недостатокот на свесна и слободна волја се однесува само на дел од одредбите во тестаментот со кои оставителот вршел некакви располагања значи дека како ништовни ќе се сметаат само оние одредби кои се внесени во тестаментот под непосредна закана, присилба измама или заблуда како околности кои го навеле оставителот да располага на определен начин.

Измамата постои во ситуациите кои го наведуваат оставителот да постапува на некој начин под дејство на намерното претставување на определни факти како вистинити, кои имаат одлучувачко влијание на одлуката на оставителот како да постапи во определни околности. Ваквата состојба најчесто ја предизвикуваат трети лица, заради што кај тестаторот се формира погрешна претстава за објективната стварност.

Кај заблудата пак, за разлика од измамата, причините за добиената погрешна претстава на оставителот за објективната стварност се субјективни. Тоа значи дека, не може да се повика на постоење на надворешна причина поради која оставителот се одлучил да постапи на

³⁰ ЗН чл.64 ст.1

³¹ Според во чл.63 од ЗН „ако завештателот бил натеран со закана или присилба да составил или одлучил да го состави поради тоа што бил измамен или што се наоѓал во заблуда“ предизвикува ништовност на тестаментот. Во спротивно, изјавата на волја со кој се гледа дека оставителот располага со својот имот во случај на смрт се смета дека има недостиг од волја за составување на тестамент

³² ЗН чл.63 ст.2

определен начин. Но, и во случај на постоење на заблудат, што исто така значи несоваѓање на внатрешната со изјавената волја на оставителот, може да се бара поништување на тестаментот или на некои негови одредби внесени заради заблуда.³³

Можноста за поништување на тестаментот заради вакви причини, може да побара лице кое за тоа има правен интерес во рок од една година од разбирањето за постоење на причината за ништовност, а најдоцна десет години од прогласувањето на тестаментот³⁴, исто како и во случајот на постоење на недостиг на активна тестаментифакција.

Законските одредбите кои се однесуваат на задолжителното поклопување на внатрешната со изјавената волја на оставителот, аналогно се однесуваат и на ситуацијата на отповикувањето на тестаментот или неговото уништување³⁵.

Хронолошката анализа на прашањето за предвидување посебна форма за составување тестамент, покажува цврст став дека формализмот е особено битен за тестаментот како правно дело, посебно заради фактот што на тој начин превенираат евентуалните можности од злоупотреба и фалсификување на изјавата на последната волја на тестаторот. Почнувајќи од најстариот познат римски тестамент, *testamentum calatis comitiis*, (кој како што во повеќе наврати видовме), во една строго формална процедура која се одвивала во строго определни денови и пред јавност, па се до решенијата на современите наследни права ја покажува тенденцијата да се пронајде идеалната комбинација од формализам но во исто време што поопсежните можности предвидени за тестаторот на едноставен начин да ја изрази својата последна волја за распределба на оставината.

Сепак, согласна е и теоријата и практиката дека еден од најзначајните услови кои обезбедуваат полноважност на тестаментот е почитувањето на предвидената форма, дотолку повеќе што неизоставен елемент на самата дефиниција на тестаментот го квалификува како формално правно дело³⁶. Санкционирањето на определени видови

³³ ЗН чл.63 ст.3

³⁴ ЗН чл.64 ст1

³⁵ Тестаментот во целост најчесто се отповикува со правење нов или се уништува без да се направи нов. Правилата за почитување на принципот на формалност се исти. Покрај тоа, некои од одредбите во тестаментот, или тестаментот во целост може да биде дерогиран доколку оставителот располага со оставината или нејзин дел со правни дела *inter vivos*.

³⁶ Во таа смисла и ЗН во чл. 65 ја врзува полноважноста на тестаментот за „формата утврдена во закон и под условите предвидени со закон“.

тестаменти во позитивните законодавства и во минатото и денес е условено од повеќе фактори³⁷.

Според тоа, се чини дека најрелевантен показател за оправданоста и потребата за предвидување на некоја форма на тестамент е нивната практична примена, односно колку често и дали воопшто предвидените форми на тестамент навистина се користат во практиката на к³⁸.

Законот за наследувањето на РМ од 1996 година од чл. 66 до чл.95 во целост ги разработува предвидените форми на тестамент и тоа: своерачен тестамент, судски тестамент, тестамент составен пред дипломатски или конзуларен претсатвник во странство, тестамент составен за време на воена состојба, меѓународен тестамент и устен тестамент³⁹.

Теоретски, различните видови тестаменти, врз основа на некои критериуми се делат на јавни и привати како и редовни и вонредни.

Ваквата категоризација на тестаментите потекнува уште од времето на римското право, поточно во периодот на Јустинијановото законодавство, кога предвидувањето на некои услови при составувањето на тестаментот, значело и припадност кон определена група.

Почнувајќи оттогаш, за јавни се сметаат тестаментите во чие составување учествува надлежен државен орган, а за приватни, тестаментите составувани без присуство на таков орган, додека редовните тестаменти се оние кои се составуваат во вообичаени околности, за разлика од вонредните кои можат да се составуваат единствано во случај на околности кои бараат брз начин да се оставри правото на изјава на последна волја.

Заради спесифичните карактеристики, честопати се констатира дека јавните тестаменти се „посигурни“ посебно во однос на веродостојноста и автентичноста заради гаранцијата која ја дава присуството овластениот орган на јавната власт. Од друга страна, не може

³⁷ Степенот на развиток и видот на општествено-економските односи, како и конкретните околности се едни од најчестите одлучувачки при изборот на видовите форми на тестаменти

³⁸ Во таа смисла, нашето постаро наследно законодавство ги познавало меѓу другите и тестаментот на брод како и писмениот тестамент пред сведоци (ЗН од 1973 г). Овие форми денес се оправдано напуштени

³⁹ Тука треба да се спомене и нотарскиот тестамент, за кој важи одредбата која се однесува на начинот на составување на судски тестамент, во чл. 58 од Законот за нотаријатот. Имено според него нотарите се овластени да составуваат писмена кои имаат својство на тестамент. Тоа значи дека разликата не е суштинска во смисла на предвидување на други услови за составување на нотарски тестамент. Тоа е исправа иднетична со судски тестамент, која го составува нотар.

a priori да се доведе во прашање без оправдана аргументација ниту веродостојноста на приватните тестаменти, кои пак овозможуваат изјава на последната волја на релативно едноставен начин и многу подостапен за тастаторот во исто време.

Редовните форми на тестаменти, наспроти вонредните тестаменти, предвидени се како правни акти за чие составување нужни се некои посебни услови за нивно составување, што пак ги чини временски неограничени. За разлика од нив, потребата од брзо и едноставно решение за изјава на последната волја кај вонредните тестаменти, но и заради исклучителните околности кои ги предвидува законот, претпоставува минимално почитување на принципот на формалност, што пак ги чини ваквите тестаменти привремени и ги врзува вообичаено за времетраењето на исклучителните околности.

Теоретската разработка на различните видови на тестаменти во науката најчесто се врши врз основа на класификацијата на тестаментите со оглед на нивната форма. Така, од една страна, посебно се потенцира еден од темелните услови за полноважност, (*ad solemnitatem*) но во истовремено се обезбедува прецизно разликување на спецификите на тестаментите со што пак аргументирано се оправдуваат предвидените претпоставки кои треба да бидат исполнети за да може да се обезбеди целосна автентичност на последната изјава на волја

1.5. Видови тестаменти

Покрај веќе елаборираните прашања кои се однесуваат на некои аспекти на тестаменталното наследување, за да може да се добие комплетната слика за улогата што римскиот концепт на тестаменталното наследување ја одиграла за современите системи на тестаментално наследување, ќе наведеме уште и краток преглед на формите на тестаменти предвидени во позитивното македонско наследно право кои со право можат да се сметаат за современи пандани на некои римски тестаменти.

Законот за наследувањето од 1996 година од чл. 66 до чл.95 зборува за предвидените форми на тестамент и тоа: своерачен тестамент, судски тестамент, тестамент составен пред дипломатски или конзуларен претставник во странство, тестамент составен за време на воена состојба, меѓународен тестамент и устен тестамент. Според тоа, користејќи ги податоците од изворите на римското право за видовите тестаменти, сличностите ги лоцираме пред се во: **тестаментот составен за време на**

воена состојба со римскиот *testamentum in procintu*⁴⁰ (тестамент во време на војна) односно *testamentum militis* (војнички тестамент); своерачниот тестамент со *testamentum holographum u testamentum allographum (testamentum triperitium)*; судскиот тестамент со *testamentum apud acta conditum* односно *testamentum principi (iudici) oblatum* како и усниот тестамент со *testamentum nuncupativum*.

Тестаментот во време на војна предвиден во римското право, бил резервиран да го составуваат на војниците пред битка. Војничкиот тестамент, со некои измени во формалностите околу неговото претопставките за негово составување, преживеал низ целата историја на Рим⁴¹. Во суштина се работи за вонредна форма на тестамент, која настанала како резултат на потребата во околност која не била вообичаена, одењето во битка, а од која потенцијално може да се очекува смрт на војниците, да може пред соборците да се изјави последната волја за распределба на оставината. Полноважноста на ваквиот тестамент била врзана за свечената усна изјава која задолжително содржела назначување на наследник. Построените соборци кои ја слушнале последната изјава на волја, не се изјаснувале околу изјавата на тестаторот, односно, не било предвидено гласањето како акт на негово потврдување.

Иако се сметал за вонреден вид, сепак, наведените претпоставки значеле исполнување на строго определени услови, кои го чинелеправовалиден и полноважен.

Речиси целосното ослободување од предвидените формалности⁴², војничкиот тестамент ќе го доживее после крајот на републиката, особено во класичниот период⁴³, кога за да се смета дека постои последна изјава на волја на војник, доволно било да постои потврда од соборците за тоа. Имено, престанале да важат правилата за бројот на сведоците, тој се составувал и без свечена изјава, дури и тогаш кога волјата била изјавена и надвор од бојното поле, понатаму кога назначениот наследник немал *testamenti factio passiva*, полноважни биле повеќе тестаменти во исто време од истиот тестатор како и тоа дека во случајот на војнички тестамент се déroгирало правилото *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*⁴⁴.

⁴⁰ Околу називот на овој вид тестамент постојат начелно две толкувања за кои зборувавме во воведното излагање

⁴¹ Според Гај, овие два облика на тестамент повеќе не се користеле во негово време иако никогаш формално не биле укинати

⁴² *Faciunt igitur testamenta quomodo volent, faciunt quomodo poterint, sufficiatque ad bonorum suaorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris*

⁴³ Овој тестамент се нарекува *testamentum militis*

⁴⁴ Види повеќе во делот на излагањето за видовите римски тестаменти

I.2, 14, 5. *Neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles.*

Иста личност не може да умре делумно со тестамент, а делумно без тестамент, освен војниците.

Јустинијановото законодавство во однос на оваа форма значително ќе ги намали поволностите и лабавиот формализам.

Имено, војничкиот тестамент можел да биде составен само во текот на воениот поход и важел само ако тестаторот умрел како војник, или во рок од една година по чесното излегување од војска. За воените ветерани не важеле правилата за составување на ваков вид тестамент, туку општите правила⁴⁵.

И нашето позитивно право, тестаментот составен за време на воена состојба го резервира за определен круг на лица, оние кои се на воена должност⁴⁶ и тоа само за време на воена состојба. Притоа, начинот на составувањето предвиден за оваа форма се идентификува со онај предвиден за судскиот тестамент.

Фактот што и според нашето право овој вид на тестамент спаѓа во групата вонредни јавни тестаменти, законодавецот се придржува на принципот на привременост на вака составениот тестамент. Така, се предвидува дека тој ќе важи само 60 дена по завршувањето на воената состојба, или по истекот на 30 дена од евентуалното демобилизирање на тестаторот⁴⁷.

Приврзаниците на стојалиштето дека ваквиот вид тестамент не треба да биде предвидуван како посебен вид, својот став го оправдуваат со фактот дека тој во суштина може да биде заменет со едноставниот усен тестамент⁴⁸. Но и покрај ваквата аргументација, овој вид на тестамент *de lege ferenda*, веројатно ќе остане како посебен во наследноправните прописи на Република Македонија.

Судскиот тестамент, предвиден во членовите 67-71 од ЗН, е определен како редовен и јавен тестамент, кој го составува судија по кажување на завештателот. Заради непосредното учество на судијата при составувањето на судскиот тестамент, како и заради строго определените услови при составувањето, овој тестамент се третира како јавна исправа, што во одредена смисла значи голем степен на веродостојност на неговата содржина⁴⁹.

⁴⁵ Види Жика Бујуклић, *op.cit* 292

⁴⁶ чл.73ст.1 од ЗН

⁴⁷ чл.73 ст.2 од ЗН

⁴⁸ Види повеќе Љиљана Спировиќ-Трпеновска, *Наследно право*, 180

⁴⁹ Што не значи дека не може да биде оспорен

Што се однесува пак до чувањето на судскиот тестамент, на завештателот му се дозволува правото на избор чувањето да го довери на судот во отворена или затворена обвивка⁵⁰.

Слично, римскиот *testamentum apud acta conditum* како редовен и јавен тестамент, се составувал со изјавување на последната волја од страна на тестаторот, сторена пред државен службеник, судски или на градската управа, кој бил должен да состави записник кој се чувал во архивата на судот или градската управа, додека *testamentum principi oblatum* го составувал самиот тестатор, но неговата важност била врзана за приемот на чување во царската архива. Значи, исправата, заедно со молбата за чување била доставувана до царската канцеларија каде требало да остане до моментот на отворањето. Покрај тоа, валиден бил и тестаментот составен на идентичен начин кој се оставал на чување во суд (*iudici oblatum*)⁵¹.

Testamentum nuncupativum бил приватен усен тестамент, кој се составувал со усно изјавување на последната волја на оставителот⁵² пред седуммина сведоци, кои требало да бидат повикани посебно за таа намена⁵³, да ги исполнуваат условите предвидени во правилата за способност да се биде тестаментален сведок и *unitas actus* да ја чујат последната тестаторова волја за која во иднина ќе сведочат.

За овој вид тестамент била дозволена можност дополнително да биде составена писмена исправа, заради која, како што видовме, сепак не се менувал карактерот на усност на тестамент.

Устниот тестамент во нашето позитивно право е предвиден како вонреден приватен тестамент(за разлика од редовниот римски усен тестамент⁵⁴), заради фактот дека тој може да биде составен „само ако поради исклучителни околности завештателот не е во можност да состави писмен тестамент⁵⁵“. Ваквата изјава на последната волја, завештателот треба да ја даде пред двајца сведоци чија должност е изјавата да ја запишат и предадат на судот или усно да ја повторат пред судот⁵⁶.

⁵⁰ чл.69 од ЗН. Исто како и своерачниот тестамент.

⁵¹ во овие случаи елементот на јавност тестаментот го добивал во моментот на оставање за чување во јавните архиви.

⁵² Се подразбира дека усната изјава требала да содржи *heredis institutio*

⁵³ *Testes rogati*

⁵⁴ Ваквата трансформација се должи пред се на судската практика но и на Законот за наследувањето од 1955, каде беше предвиден како вонреден. Види Љиљана Спировиќ-Трпеновска, *op.cit.* 183

⁵⁵ чл.90 од ЗН

⁵⁶ чл.92 од ЗН

Вториот став од членот 90, го ограничува траењето на устниот тестамент до истекот на 30 дена од престанокот на исклучителните околности.

На крајот, римските *testamentum holographum u testamentum allographum (testamentum triperitium)* несомнено можат да се сметаат за претходници на најшироко прифатениот современ своерачен тестамент.

Разликата меѓу двете варијанти на приватниот писмен тестамент се состои во тоа што холографскиот го составувал лично тастаторот⁵⁷, додека алогографскиот го составувало трето лице врз основа на изјавата на последната волја на тастаторот и него го потпишувал оставителот⁵⁸.

Кај оваа форма исто така биле предвидени тестаментални сведоци, меѓутоа не било задолжително тие да присуствуваат на чинот на составувањето на текстот на тестаментот, туку само кога тастаторот потврдувал дека тестаментот ја содржи неговата последна волја и во моментот кога го потпишувал. Своето присуство сведоците го потврдувале на вообичаениот начин, секој од нив со својот потпис и печат⁵⁹.

Своерачниот тестамент го познава и нашето позитивно право кое предвидува своерачно писмено, потпишано од завештателот⁶⁰, притоа препорачувајќи и датирање на тестаментот⁶¹.

Ревизијата на прописите од оваа област, веројатно ќе резултира со обврската на тастаторот за задолжителното внесување на датумот кај своерачниот тестамент, бидејќи практиката покажува чести обиди за докажување на неполноважноста на тестаментот, повикувајќи се на недостигот од активна тестаментифакција на тастаторот поради непознатиот датум. Заради тоа, внесувањето на одредба за задолжителното датирање на своерачниот тестамент, ќе обезбеди соодветна реализација на последната волја на тастаторот, без можност за евентуални сомнежи околу веродостојноста на содржината, но и активната тестаментифакција на тастаторот во времето кога го составил тестаментот, заради што ќе биде неспорно дека тој свесно да ја донел одлуката за распределбата на неговата оставина со дејство *post mortem*⁶².

⁵⁷ Не бил потребен неговиот потпис ако во текстот изрично стоело дека сам го составил

⁵⁸ Алогографскиот тестамент во некои извори се нарекува и трипартитен, *triperitium*, заради доследната примена на правилата на *ius civile (unitas actus), ius honorarium (хонорарното право)*(седум сведоци за разлика од претходно предвидените пет) но и на царското законодавство (кое предвидува *subscriptio* наместо печат). Бери Николас, *op.cit.*255, Види детално во делот кој се осврнува на видовите римски тестаменти

⁵⁹ Во контекст на писмениот тестамент вреди да се спомене и *testamentum mysticum*, тајниот тестамент, чија содржина се состоела во упатување на друга испарава каде е назначен универзален или сингуларен наследник. *Ibid*

⁶⁰ чл.66 ст.1

⁶¹ чл.66 ст.2

⁶² Детално за предложеното решение види: Комисија за семејно и наследно право, *op.cit* 63-68

1.6. Наследно-правната положба на сонаследниците

Паралелата меѓу римското и македонското тестаментално наследување, ја заокружуваме со уште некои согледувања во врска со последната етапа од реализацијата на субјективните наследни права.

Имено, според решенијата на римското право, наследството преминува на наследниците во моментот на давањето на позитивна наследничка изјава, што не е случај со позитивното македонско наследно право, според кое правото се стекнува во моментот на смртта на оставителот, што значи непозната е категоријата „лежечка оставина“.

Покрај тоа, римското право не ја разликува сосопственоста од заедничката сопственост, како што тоа е случај со нашето позитивно право. Имено, ЗСДСП, таксативно набројувајќи кога станува збор за заедничка сопственост, сонаследниците ги означува како сопственици на неодредени но одредливи делови од оставината и со тоа јасно ги разликува од сосопствениците кои полагаат право на иделани, неподелени аликвотни делови од целината.

1.7 Препораки за интервенција во текстот на Законот за наследувањето

Погоре ја споменавме активната заложба на македонскиот законодавец за корекција на Законот за наследувањето од 1996 година како заеднички проект со останатите гранки на цивилното право. Во текот на елаборацијата на истражувањето, посветено е целосно внимание на решенијата што Комисијата за семејно и наследно право ги нуди како новини во областа на наследувањето.

Сепофатната и критична аргументација за понудените решенија, несомнено говори за стручниот и темелен пристап со кој се дава недвосмислена потврда за оправданоста од воведување на новини во ЗН. Имено, неспорна е потребата од таква интервенција која ќе обезбеди поефикасна реализација на субјективното наследно право во практиката.

Без да се навраќаме на одделните решенија кои ги сметаме за сосема прифатливи, во оваа прилика посебно ги издвојуваме нашите забелешки упатени на постојниот ЗН, со намера за доусовршување на новиот закон.

Потсетуваме дека посебно внимание посветивме на **терминолошката или јазичната компонента** на ЗН и ги нотиравме недоследностите како на пример именувањето на тестаторот како завештател иако треминот завештание не е никаде споменат ниту како алтернатива на терминот тестамент. Во истата смисла, според нас, треба

да се унифицираат називите на посебните видови тестаменти, пред се заради обезбедување на конзистентност на целиот законски текст.

Понатаму, сметаме дека треба да биде додадена барем една одредба која се однесува на **толкувањето на тестаментот**, како суштинска компонента, бидејќи поставувањето на патоказ за тоа како треба да бидат „читани“ тестаменталните одредби во случај на сомнеж за вистинската намера на тестаторот, ќе биде од извонредна помош гледна точка на практиката.

На крајот, македонскиот законодавец би можел и децидно да се изјасни за **апсолутната наспроти релативната ништовност** на тестаментот, со што јасна би била и границата на постапувањето на судот ex officio, наспроти обврската тоа да го стори само тогаш кога заинтересираните лица истакнуваат посебно барање.

2. Европската регулатива за наследувањето-Европската Регулотива за јурисдикцијата, правото кое ќе се применува, признавањето и извршувањето на одлуките и автентичните инструменти(исправи) во областа на наследувањето и создавањето на Еврпскиот сертификат за наследување⁶³: За оправданоста и очекувањата од хармонизацијата на наследното право на Европската унија

Како што погоре беше напоменато, донесувањето на Регулотивата за наследувањето на ЕУ, дојде како логичена последица од нараснатата потреба да се стави во прецизни рамки уште една сфера на граѓанското право. Имајќи го во предвид статистичкиот податок кој говори дека се работи за околу 450 000 оставински постапки со странски елемент годишно⁶⁴, слободно може да се констатира дека речиси беше нужен ваквиот чекор на ЕУ заради избегнување на колизијата на правата од оваа област, но и намалувањето на трошоците кои несомнено ги предизвикуваат оставинските постапки кои имаат странски елемент.

⁶³ REGULATION (EU) No 650/2012 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL

of 4 July 2012

on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession

⁶⁴ Податокот е од проф. Deville, на Семинарот за наследувањата со странски елемент од февруари 2014 година. Спред статистиките од 2010 година 4,5 милиони луѓе умираат во ЕУ во текот на една година, а секоја десетта постапка за расправбае на оставината содржи странски елемент. Види House of Lords. op.cit. 15

Од друга страна, не може да му се приговори ниту на избрзаноста на донесувањето на Регулативата, бидејќи таа е логична последица на веќе детално согледаната ситуација и условите во конкретниот момент. Во споредба со останатите сфери на граѓанското право, хармонизирањето на наследувањето се движи релативно бавно заради веќе неведените причини.

Евентуалните негативни критики на сметка на Регулативата, можат да дојдат од критичарите во одредени земји членки заради закоравениот став дека во таа сфера не треба воопшто да се навлегува и дека не може да се очекуваат позитивни резултати во таа смисла. Сепак, не треба да се превиди фактот дека Регулативата не завлегува директно во содржината на концептот на наследувањето на земјите членки, туку ги уредува прашањата кои се врзани за процесните елементи во поголема мерка и како што може да се види со неа се поставуваат само рамките во кои треба да се движат оставинските постапки со странски елемент.

Значи, хармонизацијата во оваа смисла се сведува на изнаоѓање на методи и механизми кои ги доведуваат националните права до приближување, во поголема или помала мера во конкретната област⁶⁵, процес кој неминовно започнува во рамките на самите национални законодавства кои ги користат компаративните искуства од земјите членки, задржувајќи ги притоа основните принципи карактеристични за националниот идентитет.

Од друга страна, модерните тенденции помеѓу земјите кои го добиваат атрибутот на современи цивилизации започнуваат постепено да попуштаат од стегите на традицијата и востановеното како несвојствено за степенот на општествено-економскиот развиток, а во однос на наследното право посебно влијание имаат значителните поместувања кон моредното семејство и семејните врски кои бележат драстично ослабнување во поново време. Таквата појава предизвикува потреба од промена онаму каде традиционалните сфаќања преточени во норми не соодветсвуваат на фактичката состојба.

Заради погоре наведените причини, мораме да застанеме на становиштето дека прифаќањето на процесот на глобализацијата и функционирањето како единствен пазар, во целост го оправдува напорот

⁶⁵ Види А. S. Hartkamp. *Towards a European Civil Code*. Alain Verbeke, Leleu Yves Henru *Harmonization of the Law of Succession in Europe*. (The Hague:Kluwer Law International, 1998) 173

за создавање на универзални правила достапни под еднакви услови за граѓаните на земјите членки.

Во оваа прилика треба да се осврнеме на некои значајни проблеми или прашања, кои особено доаѓаат до израз во оваа сфера, заради се чини ненадминливите и длабоко вкоренети концепти присутни во конкретните законодавства⁶⁶.

На пример, првото прашање кое бара солуција, е прашањето на начинот на пренос на оставината од оставителот на наследниците⁶⁷. Според концептот присутен во континенталните системи, оставината преминува на наследниците во моментот на смртта на оставителот, што во голема мера се разликува од ршението во англо-саксонското право според кое оставината преоѓа посредно, преку личноста овластена да располага со неа од моментот на смртта до преносот на наследниците. Тешко е да се премости ваквата разлика, која произлегува од една друга карактеристика на споменатите наследно-правни системи. Имено, англо-саксонскиот систем го преферира тестаменталното наследување заради прокламирањето на речиси потполно слободната волја на тестваторот во врска со распределбата на имотот, а континенталното право се приклучува кон интестацијата заради претставата дека на тој начин е извршена најдобрата распределба, но и зарди инструментите кои ги ограничуваат слободното располагање со оставината. Во тесна врска со начинот на пренос, може да се доведе и начинот на пресметувањето на вредноста на оставината. Кај француското право како модел, во делот на наследникот се пресметуваат и подароците кои ги примил од оставителот пред неговата смрт, додека во англиското право, тие не се дел од наследната квота, туку имаат третман на добротчини располагања сторени пред смртта.

Тука може да се препознае втората базична разлика помеѓу споменатите правни системи. Од една страна, нужното наследување како концепт доследно почитувано во континенталните правни системи, наспроти непостоењето на вакво ограничување во англо-саксонските. Кај првите во предвид доаѓа објективен критериум присутен со цел да се заштити тесен круг на родини и со тоа да биде избегнато рушењето на традиционалната вредност на сродничките односи, сосоема спротивно од вторите каде ваква можност правото не претпоставува однапред, туку само ја дозволува, доколку постојат околности кои ја детерминираат нужноста од таква заштита на сродниците.

⁶⁶ детално за овие прашања види: A. S. Hartkamp. *Towards a European Civil Code*. Alain Verbeke. Leuven Yves Henru op.cit.176-180

⁶⁷ Види House of Lords, European Union Committee, 6th Report of Session 2009-10. *The EU's Regulation on Succession* (London: The Stationary Office Limited, 2010) 10

Како едно од потенцијалните прашања за обработка, треба да се постави и регулацијата на облиците на тестамент кои можат да се јават во земјите членки⁶⁸, но тоа би можело да даде резултат доколку се постигне компромис за претходните проблеми, бидејќи формата и предвидувањето на минимум стандарди за формализмот, зависи од местото и улогата на тестаменталното, наспроти интестатското наследување. Заради тоа „лабав формализам“ е присутен во законодавствата и нивното толкување кои ја преферираат тестаменталната сукцесија наспроти „построгиот формализам“ присутен кај оние кои во поголема мера во пракса ја користат интестацијата.

Ваквите согледувања би можеле да ги резимираме како значаен исчекор кон идејата за хармонизација на наследното право во Европската Унија, посебно со донесувањето на Регулативата за наследувањето во 2012 година. Со оглед на содржинскиот опфат, неосмнено се очекуваат позитивни резултати од нејзината примена. Пред се, претпоставка е дека достапноста и јасната поставеност на начелата и критериумите во изборот на јурисдикцијата, меродавното право, признавањето на одлуките и исправите меѓу земјите членки, но и дефинирањето на Сертификатот за наследување, ќе придонесат за едноставно реализирање на субјективните наследни права на граѓаните на ЕУ кои во исто време нема да бидат изложени на непотребни трошоци во текот на оставинската постапка што значи, очекувана е побрза и поефтина постапка за расправање на оставината во рамки на Европската унија.

Заклучни согледби: тестаменталното наследување *de lege ferenda*

Изведувањето воедначен заклучок во врска со иднината на наследувањето, а посебно на тестаменталното наследување во споредбеното право анализирано во труд од овој обем, е исклучително сложена задача. Како што видовме, различните степени на општествено-економскиот развој од една страна, но и востановената традиција од друга страна, неминовно предизвикуваат значителни разлики во решенијата што сами по себе се наметнуваат во современите законодавства.

Во таа смисла, општиот впечаток во врска со наследувањето е дека основата преземена од Римското право и во иднина ќе остане иста за

⁶⁸ Првите чекори во таа смисла, јасно се препознатливи во Вашингтонската конвенција за формата на меѓународниот тестамент од 1973.

националните законодавства, а насоката во која ќе се движи ќе зависи пред се од процесот на интеграција кон Европската Унија за земјите кои претендираат да станат дел од заедницата..

За очекување е дека и понатаму ќе продолжи практиката на почесто тестаментално наследување во земјите од англо-саксонскиот правен систем за разлика од следбениците на континенталниот. Како последица на таквиот тренд, нема да има практична потреба од промени во тестаменталното наследување ниту како концепт, ниту како нови решенија поврзани со формалната компонента на таквиот вид наследување, дотолку повеќе што се работи за долгогодишна примена во практиката која не покажува значителни слабости.

Во пост-транзиционите земји, за разлика од горенаведените, веќе е забележлива значителна раздвиженост во обидите да се изнајдат најсоодветните решенија во областа на наследувањето предизвикани од увидените недостатоци во практиката но и од стратешката определба за идната интеграција во ЕУ. Во таа смисла, во земјите од поранешната СФРЈ, очигледна е активноста на законодавството од оваа област во последните години, со кое се вршат некои крупни промени но и некои кои се само од „козметичка“ природа. Тука ги набројуваме промените во основите за повикување на наследство (воведувањето на договорот за наследување во една рестриктивна форма), определувањето на правната природа на нужното наследување, регулација на наследните права на постхумно зачатите деца како суштински корекции, но и некои кои се однесуваат на отстранување на некои недостатоци кои предизвикуваат недоречености при нивната практична примена како на пример засилувањето на формализмот кај своерачниот тестамент со воведувањето на обврската за задолжително датирање.

Како значајни можат да се оквалификуваат и промените поврзани со интеграциските процеси, а кои се однесуваат на воведувањето на Регистри на тестаменти кои во иднина би станале дел од европската мрежа на Регистри на тестаменти.

Ваквото разгледување на наследувањето, мора да се признае се темели пред се на сфаќањето на наследувањето како правен институт. Но, не треба во никој случај да се занемари ефектот на наследувањето од економска и социолошка гледна точка, бидејќи обата аспекти имаат значително влијание врз реализацијата на наследното право во практиката.

Во таа смисла, во зависност од видот на економските односи, различна е и регулацијата во областа на наследувањето. Имено, централизираните економии за разлика од пазарните, се силно заинтересирани за задржувањето на капиталот и движењето во принцип е

ограничено, па според тоа рестариктивни ќе бидат и правилата за наследување и оданочувањето на сопственоста стекната по пат на наследување⁶⁹.

Од социолошка гледна точка пак, за наследувањето може да се каже дека покрај тоа што се третира како „производ“ на општеството, од друга страна токму прифатените правила за наследувањето предизвикуваат дефинирање и зацврстување на социјалната структура, па заради тоа може да биде означено како „генетски код“ на конкретно општество⁷⁰, со што се обезбедува преносот од генерација на генерација без суштински разлики.

Теоретските расправи одат дотаму, што се поставува прашањето на оправданоста од постоењето на наследувањето во капиталистичките општества, заради јасната спротиставеност на концептот на наследувањето со основните вредности на капитализмот како што се продуктивноста, еднаквите можности за граѓаните и нивната слобода во извесна смисла⁷¹. Сепак според нас ваквите претпоставки иако аргументирано основани, сепак се чинат недостижно далечни заради бавниот чекор на промените во наследно-правната регулатива во светски рамки.

⁶⁹ Gordon Tullock. *Inheritance Justified* Journal of Law and Economics, Vol. 14, No. 2 (The University of Chicago Press, 1971) 466

⁷⁰ John G. Fleming *Changing Functions of Succession Law* The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, No. 2, (American Society of Comparative Law, 1978). 233

⁷¹ За ова детално види: D. W. Haslett. *Is Inheritance Justified?* Philosophy and Public Affairs, Vol. 15, No. 2 (Blackwell Publishing Stable, 1986) 136

Библиографија

Antić, Oliver. *Tumačenje zaveštanja*, Beograd: Pravni život, Udruženje pravnika Srbije, br. 12/1997.

Antić, Oliver. Zoran Balinovac M., *Komentar zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1996.

Austin, Michael. *The Genesis Narrative and the Primogeniture Debate in Seventeenth-Century England*. The Journal of English and Germanic Philology, Vol. 98, No. 1. University of Illinois Press, 1999

Baron, I. *Institucije Rimskoga prava*. Zagreb: K.N. Bibliografski Zavod, D.D., 1925.

Спировиќ-Трпеновска, Љиљана. Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов. *Наследувањето во Европа*. Скопје: Блесок. 2011

Berger, Adolf. *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law - New Series*, Vol. 43, Part 2. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953 (Reprinted 1980 and 1991).

Beyer W. Gerry, Hargroved G. Claire, *Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?* Ohio: Northern University Law Review, Vol. 33, 2007.

Boras, M. и L, Margetic. *Rimsko pravo*. Zagreb: PFZ biblioteka udzbenici i skripta, 1980.

Borkowski, Andrew. Paul du Plessis : *Textbook on Roman Law (3rd ed.)* Oxford: Oxford University Press , 1994.

Борковски, Ендру и ду Плесис, Пол. *Учебник по римско право*. прев. Елена Витанова, 3 изд. Скопје: Просветно дело АД, 2009.

Buckland, W. W.: *Textbook of Roman Law (3rd ed.)*. Oxford: Oxford University Press. 1963.

Бујуклић, Жика. *Римско приватно право друго измењено и допуњено издање*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012

Bujuklić, Žika. *Forum Romanum – Rimska država, pravo, religija i mitologija*. Београд: Правни факултет у Београду - Библиотека „Приручници“, Центар за публикација – „Досије“, 2005.

Burdick, W.L. : *The principles of roman law and their relation to modern law*. Clark, New Jersey: The Lawbook, Exchange LTD, 2004.

Видић Јелена, *Наслеђивање у Србији*, Нови Сад :Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, , 2004.

G Kreid, Kenneth Dewall, J, Marius. Zimmerman Reinhard. *Comparative Succession Law*, Nicola Peart. Testamentary formalities in Australia and New Zealand. New York: Oxford University Press, 2011

Граѓански Законик на РМ, книга четврта. *Наследноправни односи*. Работен матреијал на Комисијата за семејно и наследно право . Скопје, 2013.

Danilović, Jelena. Obrad Stanojević. *Tekstovi iz rimskog parva*. Beograd: Pravni Fakultet u Beogradu, 1993.

De Massis, Alfredo. Jess H. Chua, James J. Chrisman. *Factors Preventing Intra-Family Succession* Business Review Volume 2, 2008

Desan, Suzanne. *The Family on Trial in Revolutionary France*. Los Angeles, California: University in California, 1957

Eisner, Bertold и Marijan Horvat. *Rimsko pravo*. Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske, 1948.

Živojinović Dragica, *Zaveštanje u sudskoj praksi*, Beograd :Pravni život, Udruženje pravnika Srbije, , br. 10/2004.

Grahl-Madsen, Atle. *Conflict between the Principle of Unitary Succession and the System of Scission* The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 28, No. 4 . Cambridge University Press : 1979

Gibbon, Edward. *The history of the decline and fall of the Roman Empire* – in eight volume (Vol. V). Oxford and London: Oxford English Classics, 1827..

Хаџи Василев - Вардарски Миле, *Наследно право*, Скопје :Култура, 1983

Хаџи-Василев, Миле. *Наследно право на Република Македонија de lege lata u de lege ferenda*. Зборник во чест на Иво Пухан. Скопје: Правен факултет, 1996

Haslett, D. W. *Is Inheritance Justified?* Philosophy and Public Affairs, Vol. 15, No. 2 .Blackwell Publishing Stable, 1986.

Hillner, J. *Domus, Family, and Inheritance: The Senatorial Family House in Late Antique Rome*. The Journal of Roman Studies, Vol. 93. Society for the Promotion of Roman Studies, 2003

Horvat, Marijan. *Rimsko pravo. II Dio*. drugo izdanje. Zagreb: Školska knjiga, 1954.

House of Lords, European Union Committee, 6th Report of Session 2009-10. *The EU's Regulation on Succession*. London: The Stationary Office Limited, 2010

Hurwich, Judith J. *Inheritance Practices in Early Modern Germany* Journal of Interdisciplinary History, xxIII:4, 1993

Jolowicz, H. F. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge:University Press, 1952.

Kreid, Kenneth G. Dewall, J, Marius. Zimmerman Reinhard. *Comparative Succession Law*.(New York: Oxford University Press,2011

Lefroy, A. H. F: *Rome and Law*. Harvard Law Review, Vol. 20, No. 8 .The Harvard Law Review Association, 1907

Leslie B. Melanie, *The Myth of Testamentary Freedom*, 38 Arizona:Law Review, 235 ,1996.

Маленица, Антун. *Римско право* (друго измењено и допуњено издање). Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 1996.

Marković, Slavko. *Odnos testamentalne prema pravnoj i poslovnoj sposobnosti*. Zbornik radova pravnog fakulteta u Nišu. Niš,1974

Мицковиќ Дејан, *Семејното право во земјите на Европската унија: од монистички кон плуралистички модел на семејство*, Скопје :Зборник во чест на Миле Хаџи Василев, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Правен Факултет „Јустинијан Први“ - Скопје, , 2004.

Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Кодификација на граѓанското право во Европа – утопија или реалност*, Скопје :Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Петар Манговски, Правен факултет „Јустинијан Први“ ,2011.

Micković Dejan, Angel Ristov, *Naslednopravni položaj izvanbračnih drugova u suvremenim zakonodavstvima*, Zagreb :Zbornik Pravnog fakultata u Zagrebu, , 2011;

Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Наследното право од античкото до современото општество*, Скопје:Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Ѓорѓи Марјановиќ, Правен факултет „Јустинијан Први“ 2011.

Moyle, J.B. *The Institutes of Justinian*. New Jersey: The Lawbook Exchange, Union, 2002

Nicholas, Barry. *An Introduction to Roman Law* - Clarendon Law Series; Oxford University Press; Oxford - 1962 (Hardback), 1975 (Paperback).

Николас, Бери. *Вовед во римско право*, со предговор, ревидирана биографија и речник со латински поими од Ернест Мецгер. прев. Наташа Алексовска, Рената Георгиевска, Билјана Митовска, Скопје: Просветно дело, 2009.

Поленак-Аќимовска, Мирјана, Владо Бучковски. *Избор на текстови од римското право* (IV издание). Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, УКИМ, 2008.

Поленак-Аќимовска Мирјана *Некои аспекти за системот на граѓанското право.*: Зборник во чест на Никола Сотировски и Владимир Кратов Скопје: Правен факултет, 2001

Пухан, Иво. Мирјана Поленак-Аќимовска. *Римско право.* Скопје: Универзитет „Кирил и Методиј“, 1991.

Romas, Ante. *Rimsko pravo.* Zagreb: PFZ (Biblioteka: Udžbenici i skripta); 1981.

Salkowski Carl e. E. Whitfield. *Institutes and History of Roman Private Law With Catena of Texts* (Hardcover); Lawbook Exchange Ltd, 2008

Спировиќ Трпеновска Љиљана, *Семејно право,* Скопје; Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Правен факултет „Јустинијан Први“, 2008.

Спировиќ Трпеновска, Љиљана, *Наследничка заедница,* Скопје: Зборник на трудови на Правниот факултет Јустинијан Први во чест на проф. д-р Стефан Георгиевски, 2008.

Спировиќ Трпеновска, Љиљана. Дејан Мицковиќ . Ангел Ристов, *Дали се потребни промени во наследното право на Република Македонија,* Скопје :Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Ганзовски, Правен факултет „Јустинијан Први“, 2011.

Спировиќ Трпеновска Љиљана, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, *Современите тенденции во наследното право,* Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Никола Матовски, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2011.

Станковиќ, Емилија. *Савремени правни системи* Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 2010

Станојевиќ, Обрад. Емилија Станковиќ. *Савремени правни системи* Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 2010.

Stein, Peter. *Roman Law in European History.* Cambridge: University Press, 1999..

Стојчевиќ, Драгомир. *Римско облигационо право,* Београд, 1960.

Тасковска, Добринка. *Новото jus commune: мит, стварност, вредности.* Зборник на трудови од меѓународен симпозиум „Современото право, правната наука и Јустинијановата кодификација“ том 2. Скопје: Правен факултет. 2004

Tate, Joshua C. *Codification of late Roman inheritance law: fideicommissa and the Theodosian Code.* The Legal History Review 76. Martinus Nijhoff Publishers, 2008

The Law of Succession: Testamentary Freedom European perspectives.
Edited by M. Anderson and E. Arroyo i Amayuelas. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2011

Tullock, Gordon. *Inheritance Justified* Journal of Law and Economics, Vol. 14, No. 2 The University of Chicago Press, 1971 .

F. Scoles, Eugene. *The Hague Convention on Succession* The American Journal of Comparative Law, Vol. 42, No. 1. American Society of Comparative Law, 1994.

Watson, Alan. *Roman Law and Comparative Law.* Athens and London: The University of Georgia Press, (Paperback - 30 Jun 1991).

Willenbacher, Barbara *Individualism and Traditionalism in Inheritance Law in Germany, France, England, and the United States.* Journal of Family History. 2003

Вотсон, Алан: *Правни Транспланти (Приступ упоредно праву).* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Институт за упоредно право, 2000.

Закон за наследувањето. Сл. Весник на Р.М. бр.47/96 , 12.09.1996

Закон за парничната постапка, Сл. Весник на РМ бр.79/05 Од 21.09.2005 год

Fleming, G. John. *Changing Functions of Succession Law* The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, No. 2. American Society of Comparative Law, 1978.

Crook, John. *Succession in the Late Roman Republic.* Reviewed work: The Law of Succession in the Later Roman Republic by Alan Watson. The Classical Review, New Series, Vol. 24, No. 2 .Cambridge University Press on behalf of The Classical Association, 1974

Zimmerman, Reinhard. *Roman Law, Contemporary Law, European Law, The Civilian Tradition Today.* Oxford: University Press 1999;

Чавдар, Кирил. *Коментар на Законот за наследувањето,* Скопје: Агенција „Академик“, 1996

Шаркић, Срђан. *Појам тестаментa у римском, византијском и српском средњовековном праву.* Трећа југословенска конференција византолога. Крушевац, 2000

Šarkiћ, Srđan. Dragoljub Popović. *Veliki pravni sistemi i kodifikacije.* Beograd: Izdavačka kuća „Draganić“. 1996

ИДЕИТЕ НА МАРК ТУЛИЈ КИКЕРОН ЗА ДРЖАВНОТО УРЕДУВАЊЕ

УДК: 321.1 Кикерон, М.Т.
Original research paper

Абстракт

Предметниот текст има за цел да ги прикаже клучните идеи на Марк Тулиј Кикерон за најдоброто државно уредување. Комплексната идеја за најдобриот државен облик и неговата организација на власта е изложена во неговото клучно филозофско дело, *De re publica*, кое е плод на Кикероновото долгогодишно искуство во политиката, филозофијата, ораторството. Марк Тулиј Кикерон во *De re publica* ја претставил сопствената визија за идеалната држава, преточена во моделот на Римската република, заснована на напишан устав. Римската *res publica* е изградена на сличен начин како и римското право. Имено, како што римското право е создавано низ практична примена на правните норми врз определени случаи, така Републиката е заснована врз практична организација на власта согласно потребите на римските граѓани, а не врз основа на однапред зададени уставно-правни норми. Опфатени се и Кикероновите идеи за народен суверенитет (*res publica res populi*), како и основите на договорниот карактер на Кикероновата дефиниција за државата која бележи низа рефлексии во подоцнежната филозофска мисла, особено во делата на Русо, Хобс, Ролс итн каде формално се јавува во облик на општествен договор.

Клучни зборови: Марк Тулиј Кикерон, *res publica*, државно уредување, устав, теорија за државата

¹ Асистент на Правниот факултет “Јустинијан Први” Скопје

CICERO'S IDEAS FOR POLITY

Abstract

The paper aims to present the key ideas of Cicero for the best polity. The complex idea about the best state form and its organization of government is exposed in his key philosophical work, *De re publica*, that is a result of Cicero's extensive experience in politics, philosophy, oratory. Cicero in *De re publica* has presented his own vision of the ideal state, made into a model of the Roman Republic, based on unwritten constitution. The Roman *res publica* was built in a similar way as the Roman law. Namely, as Roman law was created through the practical application of legal norms on certain cases, so the Republic was based on the practical organization of power according to the needs of Roman citizens. The paper focuses on Cicero's ideas on popular sovereignty (*res publica res populi*), and the contracting character of his definition of state which has received many reflections in the later philosophical thought, especially in the works of Rousseau, Hobbes, Rollin etc. where it formally occurs in the form of social contract.

Keywords: Cicero, *res publica*, polity, Constitution, state theory

Марк Тулиј Кикерон- државник, филозоф, оратор

Марк Тулиј Кикерон во историјата на Рим има улога на смел бранител на Римската република² кој зад себе оставил плодно творештво за организацијата на власта на „најдобриот облик на државно уредување“, Републиката.

Кикерон остава длабок белег во политиката и филозофијата и неговиот придонес не ја губи вредноста после многу векови откако згаснал неговиот живот. Тој е предвесник на клучните идеи на конституционализмот, кој се смета за модерен наследник на републиканскиот идеал³.

Во 1995 година, кога е објавена книгата *Кикерон Филозофот* по повод 2100 години од Кикероновото раѓање, авторот J.G.F Powell во предговорот ќе истакне дека подготовката на книгата посветена на Марк Тулиј Кикерон „се јави како резултат на зголемениот научен интерес за неговите филозофски дела⁴“. Заради исцрпеност на проучување на определен круг најзначајни имиња на филозофско-правната мисла, во последните две децении забележлив е пораст на научниот интерес за Кикероновото творештво, а особено за теоријата на државата изразена во неговата *De re publica*.

Кикероновите живот и идеали се отелотворени во неговите капитални филозофски дела. Иако не потекнувал од благородничко семејство⁵, сепак тој успеал да се стекне со образование од областа на правото, а подоцна и реториката и филозофијата во Рим и Грција. Адвокатурата била негова професија, а во политиката се вклучил по смртта на Сула, најпрво како квестор, а подоцна како сенатор и едил, за да биде избран на највисоката позиција конзул на Републиката заедно со Марк Антониј во 63 год п.н.е. Изборот во сенатор значел поголем број на гласови за Кикерон во однос на својот противник Луциј Катилина, припадник на највисоката аристократија, против кого Кикерон одржал повеќе политички говори. Катилина како негов жесток политички ривал, приредил повеќе заговори, но Кикерон погрешил кога одлучил да изрече смртна казна за петмина заговорници без да дозволи да одлучува сенатот

² Шкарик, Светомир. Иванов, Ѓорге. *Политички теории: Антика*. Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, 2006, 409.

³ Pettit, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997, 177.

⁴ Powell, J.G.F. Ed. *Cicero the Philosopher: Twelve Papers*. Oxford: Clarendon Press, 1995, v.

⁵ Неговиот татко бил дел од т.н. витешки staleж (*ordo equestris*), кој се сметал за понизок staleж од аристократијата

за овој чекор. Тоа е причината поради која Марк Тулиј Кикерон бил протеран од Рим, а во периодот кога се повлекол од јавниот живот ги создал двете клучни дела: *За државата* и *За законите*. Во последните години од животот, се враќа во Рим, откако бил помилуван од Цезар и се залагал за враќање на стариот поредок од златното доба на Римската република. Убиен бил од Октавијан, наследникот на Цезар.

Фактот дека Марк Тулиј Кикерон не бил филозоф, ниту мислител по професија, го прави интересен за проучување на еден посебен, специфичен начин. Имено, политичарите и луѓето од акција често се непријателски настроени кон секоја форма на апстрактна мисла или доктрина, сметајќи дека е тешко да одберат и да применат една од нив врз конкретен политички систем. Кикерон е редок пример на човек чии животни околности и инстинкти го водат кон кариера во јавниот живот, но кој истовремено е фасциниран од филозофските идеали и кој цврсто верува во значењето на филозофското учење за образование на личноста и интелектот⁶.

Кај него е присутна конзистентна тенденција да ги интегрира политиката и реториката во филозофијата⁷. Иако филозофијата, како што му велел на неговиот син, е „неопходна за секој кој тежнее кон добра кариера“, сепак Кикерон ја сметал за „измеќар“ на политиката⁸.

Идеалниот државник за Марк Тулиј Кикерон бил човек чии дела се осветлени од филозофијата, што за него значело втемелени на етика и политичка теорија. Кикерон сметал дека најдобриот државник, барем за Рим, е оној што е натопен со историјата на градот, некој кој ги комбинира цивилизациските вредности со "длабоко познавање на римските институции и традиции и теоретско знаење, за што сме им благодарни на Грците." Со други зборови, некој како Кикерон⁹.

Марк Тулиј Кикерон за државното уредување: што е државата

Филозофијата одиграла клучна улога во целокупниот живот на Марк Тулиј Кикерон. Имено, како државник тој под нејзино влијание имал идеал да го поврзе најдоброто државно уредување со Римската

⁶ Powell, J.G.F. Ed. *Cicero the Philosopher: Twelve Papers*. Oxford: Clarendon Press, 1995, 2.

⁷ Long, A.A. *From Epicurus to Epictetus, Studies in Hellenistic and Roman Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2006, 286.

⁸ Glendon, Mary Ann. *Cicero Superstar*. January, 2010. Пристапено на 15 јуни 2014 год. <<http://www.firstthings.com/article/2010/01/cicero-superstar>>

⁹ Ibid.

република¹⁰, што всушност било идеал на најголемите имиња на старата грчка филозофија.

Романистиката извршила силно влијание врз современото јавно право. Како што истакнува Zdravko Lucic, кога се набљудува јавното право на Римјаните, нивната држава и устав, може да се каже дека тие институции се изградени интуитивно, од една филозофија на несвесно определување, земајќи го со благодарност она што грците дотогаш го кажале тоа за нив¹¹. Сепак грчката филозофска мисла ја надживеала Римската република и нејзиниот *imperium*.

Комплексната идеја за најдобриот државен облик и неговата организација на власта е изложена во клучното филозофско дело *De re publica*, кое е плод на Кикероновото долгогодишно искуство во политиката, филозофијата, ораторството. Во неговите редови, Кикерон ја поврзува теоријата со сопственото практично искуство при вршењето на одговорни државни функции. Иако неговите дела се инспирирани од Платоновото творештво, сепак, Марк Тулиј Кикерон во *De re publica* ја претставил сопствената визија за идеалната држава, преточена во моделот на Римската република, заснована на непишан устав, а Платоновите теоретски модел го заменил со неговото практично олицетворение во Републиката.

Римската *res publica* е изградена на сличен начин како и римското право. Имено, како што римското право е создавано низ практична примена на правните норми врз определени случаи, така Републиката е организирана врз практична организација на власта согласно потребите на римските граѓани, а не врз основа на однапред зададени уставно-правни норми.

Значаен дел од романистите и историчарите го сметаат *De re publica* за мајсторско дело во кое Марк Тулиј Кикерон ги вклопува елементите на римската политичка традиција во контурите на платоновото и аристотеловото хеленистичко учење. Ова дело станува предмет на проучување од различен аспект- извори, содржина, структура, филозофски и историски контекст итн.

Од друга страна, анализата на Римската *res publica*, Moses Finley во своето дело Политика во античкиот свет¹² ја смета за „исто толку

¹⁰ Lucic, Zdravko. *Ciceron I Prirodno Pravo*. Pravni Fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006, 51.

¹¹ Ibid, 129.

¹² M.I.Finley, *Politics in the Ancient World*. Cambridge, 1983, 128.

нефилозофска колку што е неисториска и не може ме убеди во спротивното целиот наплив на ласкави коментари¹³.

Кикероновата *res publica* има повеќе значења кои најчесто не кореспондираат со значењето на современата република. Според неговите поимања, тоа не е република која претставува антипод на принципатот, или на неговиот автократски систем на владеење. Ниту пак има значење на републиканско уредување, ако 'републиканско' означува антипод на монархијата, бидејќи Кикерон го смета кралството како организација на власта прифатлива за *res publica* во раната историја на Рим, претставена во неговата трета книга¹⁴.

Републиката била создавана со идејата дека арбитражната власт е инкомпатибилна со концептот на *res publica*. За таа цел, римскиот устав бил создаден со намера да ја спречи било која форма на концентрација на апсолутна власт кај еден магистрат или собрание. Овој првичен модел на уставен систем заснован на принципот на кочници и рамнотежа со цел да се заштити *res publica*-та претставува едно од трајните наследства на Римската република за модерното уставно право¹⁵.

Во Кикероновата *res publica*, во потрагата по најдоброто државно уредување употребен е изразот *optimus status civitatis/rei publicae*¹⁶ во замена за терминот идеален устав, односно најдобро државно уредување, кое Кикерон очекувал дека ќе биде соодветно за сите политички заедници.

Забележлив е Кикероновиот пристап кон Римската *res publica* кој не се заснова на уставна анализа, туку пред се неговиот фокус е насочен кон моралните начела и нивното прекршување. Ова е видно во *De re publica* 5.2, кога ќе истакне: „тоа е наша вина, а не лоша среќа, што ја зачувавме нашата *res publica* како име, но во стварноста помина долго време откако веќе ја загубивме¹⁷.“ Овој сегмент надвор од неговиот

¹³ Во фуснота на своето дело, Finley ќе додаде: „Како екстремна илустрација на бесмисленоста за кои пишува Кикерон ја приложуваме сеуште редовно цитираната книга од V.Pöschl, *Römischer Staat und griechisches Staatsdenken bei Cicero* (Berlin, 1936), во чиј заклучок стои (стр. 173), дека 'Републиката се преточи во Римската империја, веројатно најголемата творба во тој свет и во филозофијата на Платон, највозвишената духовна творба на антиката'

¹⁴ Schofield, Malcolm. *Saving the City: Philosopher-Kings and Other Classical Paradigms. Cicero's Definition of Res Publica*. London and New York: Routledge, 1999, 157.

¹⁵ Zetterquist, Ola. *A European res publica*. Пристапено на 4.07.2014 година. <<http://people.su.se/~folke/Ola%20Zetterquist.pdf>>

¹⁶ Zetzel, E.G., James. Ed. *Cicero: On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge University Press, 1999, 16. (*De Re publica* 1, 33)

¹⁷ Zetzel, E.G., James. Ed. *Cicero: On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge University Press, 1999, 88. (*De Re publica* 5,2)

контекст упатува на констатацијата дека се што остана од Римската *res publica* не се нејзините обележја на република, туку само напразно се употребува оваа квалификација во услови на хаос на организацијата на власта. Контекстот во кој Марк Тулиј Кикерон зборува за Републиката, не е уставно-правна анализа, туку носталгично сеќавање на златните времиња на Републиката и загубените морални вредности:

Но во нашето време, иако наследивме држава како најубава слика која блее со текот на времето, не само што не успеавме да ги повратиме нејзините оригинални бои, туку не се заложивме ни да ги зачуваме барем нејзиниот облик и контури. Што остана од моралните вредности од антиката, за кои Ениус велеше дека на нив се потпира Римската држава? Гледаме дека тие се оставени во забрав и не само што не се ценат, туку се непознати..... Тоа е наша вина, а не лоша среќа, што ја зачувавме нашата *res publica* како име, но во стварноста помина долго време откако веќе ја загубивме¹⁸.

Марк Тулиј Кикерон се залагал за обновување на стариот републикански поредок¹⁹, сметајќи дека во златното време на Републиката постоеле индивидуалци со високи морални вредности кои се грижеле за општото добро на државата, а кои во услови на длабок политички раздор се повлекле и не се во состојба да ги спроведуваат клучните етички начела. Неговиот етички пристап во поглед на организацијата на власта не може се земе за алтернатива на поставувањето на цврсти уставно-правни темели на Републиката. Токму поради овој факт, Марк Тулиј Кикерон пристапува кон поблиско определување на *res publica*, создавајќи ги никулците на современата договорна теорија како врзивно ткиво за римскиот *populus*.

Res Publica Res Populi

Во своето дело *De re publica* 1.39-40²⁰ Кикерон дава кратка дефиниција на она што за него претставува *res publica*.

Државата е ствар на народот (*res publica res populi*)...но народ не е секоја група на луѓе, собрани на било каков начин, туку претставува

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Шкарик, Светомир. Иванов, Ѓорге. *Политички теории: Антика*. Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, 2006, 412.

²⁰ Ibid, 1.39-40.

здружување на многумина, со помош на договор кој се однесува на правдата и каде се дели заеднички интерес.

Првата причина за здружувањето не толку слабоста, колку што е природниот инстинкт за здружување својствен за човечките суштества: бидејќи нашиот вид (човекот, заб. на авторот) не е изолиран ниту сака сам да лута, туку по природа е создаден што и во услови на голем напредок, не сака да биде изолиран од останатите луѓе.

Што е тогаш државата ако не ствар на народот (*res publica res populi*)?

Она што е јасно од оваа дефиниција е Кикероновото поистоветување на државата и народот (*res publica* и *res populi*), според кое државата се идентификува со народот. Ова ја потврдува позицијата на Марк Тулиј Кикерон, според кого, носител на суверенитетот во републиката е народот, независно од организацијата на власта. Сепак, аристократијата е распоредена во двата носечки столба на управување на Републиката, сенатот и магистратурите²¹, со што Рим практикува посредна демократија, односно народот управува преку своите избрани носители на власта. Тие ги застапувале интересите на граѓаните согласно законите и моралните норми за одговорност во институциите со кои раководеле. Ова упатува на суштинската разлика на Републиката во однос на грчкиот полис во кој се практикувала директна демократија, односно граѓаните управувале без назначување на свои претставници од редот на аристократијата.

Сфаќањето на републиката како општо добро е особено значајно за да се разбере сложената структура на уставното право, која според *res publica* може да биде оправдана или предмет на критика. Уставните институции се *намерно* создадени со цел да ги ефектуираат идеалите на *res publica*. Општественото добро претставува причина (*raison d'etre*) заради која граѓаните на определена заедница до надлежните власти поднесуваат правна рамка за регулирање на институциите. Правниот и политичкиот поредок во оваа смисла претставуваат ствар (*res*) на народот (*publica*)²².

²¹ Улогата на магистратурите била толку значајна, што Марк Тулиј Кикерон своето познато дело *De Legibus* го започнува со анализа на римските магистратури како најголема чест (*honor*) за оние кои биле носители на оваа престижна служба во Републиката.

²² Zetterquist, Ola. *A European res publica*. Пристапено на 4.07.2014 година. <http://people.su.se/~folke/Ola%20Zetterquist.pdf>.

Според Zdravko Lucic, Кикероновата дефиниција за републиката има програмски карактер: под држава се подразбира севкупност на политичкото дејствување на повиканите и обврзани граѓани, а не одредени групи или лица, кои во својата севкупност го сочинуваат *populus Romanus* како одговорен за спроведување на *imperium*-от²³. Граѓанинот е субјект на правото (*cives*), а правната заедница, општеството (*civitas*) е правно здржување на интереси, чија основа е граѓанскиот закон, кој не е цел по себе и за себе – туку средство за остварување на „среќен живот“ на нејзините граѓани²⁴.

Марк Тулиј Кикерон одлучил да ја употреби дефиницијата за *res publica* како критериум за разликување на добрите општества од лошите, како и за да ги разликува легитимните од нелегитимните политички системи²⁵. Воведувањето на *критериумот на легитимитет*, претставува новина која за прв пат е водедена од Кикерон, а неговиот придонес на овој план се смета за ненадминат од неговите современици.

Не помал е неговиот придонес за создавање на теоријата за државата во поглед на заштита на приватната сопственост. Имено, Марк Тулиј Кикерон е првиот државник и филозоф кој зборува за потребата од заштита на имотот во приватна сопственост. Кикерон не тврди дека тој се стекнува по природен пат, туку дека се здобива преку извојување победи, преку населување, склучување на некој вид на договор, како и стекнување на имот согласно со закон. Сепак, Кикерон стои зад идејата дека секој грѓанин треба да го задржи имотот во приватна сопственост и секој обид да се одземе туѓиот имот значи повреда на правото на здружување²⁶.

Што се однесува до Кикероновата дефиниција за *res publica*, двата постулати на кои се потпира здружувањето на граѓаните во многубројни заедници се всушност, „договорот кој се однесува на правдата“ и „делбата на заедничкиот интерес“, елементи кои не се непознати за грчките теории за настанување на општеството. Договорниот карактер на Кикероновата дефиниција бележи низа рефлексии во подоцнежната филозофска мисла, особено во делата на Русо, Хобс, Ролс итн каде формално се јавува во облик на општествен договор. Веројатно Кикерон во обидот поблиску да ја определи Републиката низ моделите за дефинирање по урнекот на Аристотел, не случајно се служи со општи квалификации со цел да обезбеди универзалност и долготрајност на

²³ Lucic, Zdravko. *Ciceron I Prirodno Pravo*. Pravni Fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006, 143.

²⁴ Камбовски, Владо. *Филозофија на правото*. Скопје: МАНУ, 2010, 71.

²⁵ Radford, T. Robert, *Cicero: A Study in the Origins of Republican Philosophy*. Editions Rodopi B.V., 2002, 30.

²⁶ Ibid.

дефиницијата, која подоцна често е присутна во договорната теорија за државата.

По кусата дефиниција, Кикерон ги наведува причините за здружувањето, осврнувајќи се на тезата која претходно ја среќаваме кај Аристотел и стоичката школа, дека „помеѓу луѓето постои природна тенденција да живеат заедно²⁷“, со што алудира на природен инстинкт за здружување. Истиот, не е во состојба да создаде заедница која би била самоодржлива, па Кикерон поаѓајќи од оваа претпоставка посегнува по пристапување кон „*договорот кој се однесува на правдата*“ на граѓаните од неговата *res publica*. Тој смета дека чувството на праведност е изгубено, што се рефлектира во нискиот општествен морал, па затоа *De re publica* избоилува со нагласување на потребата од враќање на моралните начела од златното добана Римската република.

Авторот Malcolm Schofield во својот текст посветен на Кикероновата дефиниција за *res publica*, нагласува дека кај Кикерон лесно е да се забележи дека заедничката правда ќе колабира под притисок на општествено уредување како што е тиранијата. Но во контекст на определбата *res publica* е ствар на народот, отвара едно од носечките прашања во случај на демократско уредување: дали сигурноста на *res publica* може парадигматски да биде гарантирана единствено доколку се воспостави народна власт²⁸. Во таква ситуација, вршењето на сите работи од јавен интерес ќе биде во надлежност на народот. Марк Тулиј Кикерон јасно одговара на оваа дилема во третата книга од *De re publica*²⁹:

Не постои *res publica* онаму каде што владее масата народ. Се согласивме веќе дека нема *res publica* во Сиракуза или во Агригентум или во Атина кога постоеја тирани, ниту во Рим кога имаше *decemviri*, отука не гледам причина зошто да се употребува терминот *res publica* во услови кога владее толпата народ. Како прво јас сметам дека во тие услови не може да се зборува за *народ*, според твојата одлична дефиниција Скипио, освен доколку луѓето не се здружени со договор кој се однесува на правдата. Ова здружување во толпи за кое зборувааш, е исто толку тиранско, колку што е и владеењето на поединец, но и пострашно бидејќи е како чудовиште кое го имитира обликот и името на народот.

Во услови на демократија, кога владее толпата народ, Кикерон не ја допушта употребата на изразот *народ*, ниту дозволува да се употребува

²⁷ Schofield, Malcolm. *Saving the City: Philosopher-Kings and Other Classical Paradigms. Cicero's Definition of Res Publica*. London and New York: Routledge, 1999, 160.

²⁸ Ibid, 161.

²⁹ Zetzel, E.G., James. Ed. *Cicero: On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge University Press, 1999, 76. (*De Re publica* 3, 45)

изразот *res publica* за означување на Римската држава. Во иста насока, во својата прва книга наложува уште построг критериум за демократијата: доколку луѓето немаат директна контрола врз своите работи, тогаш *res populi* не постои, а со тоа нема ни *res publica*³⁰. Оттука, видлива е контрадикторност на Кикероновите позиции во поглед на демократијата: од една страна се залага директна контрола на народот врз сопствените работи, како легитимен облик на државна организација, а од друга страна го смета за тиранско владеењето на народните маси. Во секој случај, демократијата не претставува облик на државна организација кому Кикерон би му дал предност во неговата примена пред останатите.

Марк Тулиј Кикерон низ своето дело суптилно ја нагласува клучната врска која постои помеѓу *res publica* и човековите права, нагласувајќи ја слободата. Имено, во својата прва книга *De re publica 1.48* зборува за тоа дека

„...нема повозвишено нешто, послободно и поблагословено до тоа кога луѓето ги остваруваат своите права: тие се господари на законите и судовите, војната и мирот, договорите, статусот и богатството на секој поединец. Тогаш тие сметаат дека оваа *res publica* (јавно добро за граѓаните) има соодветен назив и кај неа вообичаено е граѓаните да бидат ослободени од доминацијата на кралевите и аристократите...^{31c}

Кикерон се залага за услови во кои народот е суверен носител на власта и каде граѓаните ќе може да ги уживаат основните човекови права, во кои според него се вбројуваат: господарење со законите и судовите, војната и мирот, договорите, статусот и богатството на секој поединец. Во услови на практикување на човековите права, достоинство е државата да го носи називот *res publica*, односно да служи како општо, јавно добро во интерес на граѓаните. Наспроти тоа, Кикерон оди во крајност, констатирајќи дека граѓаните (*populus*) немаат слобода ако нивните ствари (*res*) се наоѓаат во сопственост на тиранин или клика, а со тоа смета дека во вакви околности и граѓаните се во сопственост на носителите на власта³².

Прогресивноста на Кикероновата мисла јасно е видлива во идејата за остварување на човековите права како услов за остварување на слобода:

³⁰ Schofield, Malcolm. *Saving the City: Philosopher-Kings and Other Classical Paradigms. Cicero's Definition of Res Publica*. London and New York: Routledge, 1999, 163.

³¹ Zetzel, E.G., James. Ed. *Cicero: On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge University Press, 1999, 21. (*De Re publica 1, 48*)

³² Види повеќе кај Schofield, Malcolm. *Saving the City: Philosopher-Kings and Other Classical Paradigms. Cicero's Definition of Res Publica*. London and New York: Routledge, 1999, 164.

ако народот поседува сопствени ствари (*res*) ќе има право и слободно да располага со нив. Сепак, како остар противник на владеењето на толпата смета дека слободата треба да се ограничи бидејќи „здружувањето во толпи е исто толку тиранско, колку што е и владеењето на поединец, но и пострашно бидејќи е како чудовиште кое го имитира обликот и името на народот“, па неопходно е вистинската *res publica* да се заштити од оваа сериозна опасност, и да ја ограничи граѓанската слобода со правен договор.

Кикероновата крајна интенција во редовите на *De re publica* е да изврши анализа на познатите облици на организација на државата, низ дијалог на главните протагонисти, а со тоа да ги истакне предностите и недостатоците на секој од нив. Оригиналниот придонес на Марк Тулиј Кикерон се состои во фактот што трагајќи по идеалните облици на организација на државата тој прави анализа на изворите на *легитимитет на власта*, што е несвојствено за неговите современици во римската и грчката правно-филозофска мисла³³. Во својата *De re publica* констатира дека тиранијата и олигархијата немаат *res populi*, а кога владее толпата не може ни да стане збор за *populus*. Оттука, јасно е видливо дека тој се потпира на идејата дека за добро владеење неопходно е да постои власт чиј носител не е поединец- монарх, туку народот управува со своите ствари и ги ужива своите права како носител на суверенитетот. Сепак, народната власт изразена низ метафората за поседување *res populi*, го црпи својот легитимитет од граѓаните, но тоа не значи дека истата треба да е неограничена.

Историски гледано, *res publica* се идентификува со основната потреба за ограничување на власта со помош на правото со цел да се спречи самоволие и доминација на поединци или групи. Вековната несоборливост на концептот за *res publica* веројатно се должи на универзалната идеја за создавање на општо, заедничко добро кое ќе ги надмине поединечните интереси и ќе се наметне како морално надмоќна идеја.

³³ Аристотел во своите дела зборува за потребата од изнаоѓање на идеален устав кој ќе ги штити интересите на народот, односно општото добро. Во таа насока, предмет на неговите согледувања се грчките градови-држави, но во ниеден случај фокус на неговата анализа не претставуваат изворите на легитимитет на власта.

За идеалниот устав

Најдобриот устав според Марк Тулиј Кикерон е мешовитиот устав кој содржи елементи од секој од трите облици на организација на државната власт: монархија, аристократија и демократија. Таквата држава има доминантен кралски елемент, аристократска група со дефинирани овластувања и граѓани кои имаат некој вид на еднаквост и може да учествуваат во носењето на одредени одлуки и пресуди³⁴. Кикерон сметал дека ваквата поставеност на силите во римското општество може да доведе до ефикасно учество на различните слоеви граѓани во управувањето со државата, а на тој начин и државата најлесно ќе може да одговори на потребите на граѓаните.

Идејата за постоење на мешовит устав не е нова и оригинална. Истата претходно ја среќаваме кај Полибиј во неговите Истории, каде се залага за воведување мешовит државен облик со елементи на кралство, аристократија и демократија, по примерот на Спарта. Кикероновата идеја за мешовит устав, по својот концепт е најблиска до онаа на Полибиј. Но, за разлика од него, Кикероновитиот мешовит устав ја организира државата на начин според кој конзулите му се потчинети на сенатот, а власта во Републиката е поделена помеѓу граѓаните, претставени во собранијата и аристократијата застапена во сенатот³⁵.

Воедно, кај Кикерон ја среќаваме и идејата за трипартитна поделба на власта. Во *De re publica*, ќе истакне: „доколку не постои праведен баланс во однос на правата, обврските и одговорностите, при што магистратите ќе имаат доволно моќ во своите раце, аристократијата да има авторитет при одлучувањето, а граѓаните доволно слобода, тогаш републиката не може да избегне револуција³⁶“. Во овој фрагмент од втората книга, Кикерон отворено ја нагласува идејата за поделба на власта и потребата од баланс на силите, со што ќе се обезбеди стабилност и неменливост на политичкиот систем на Републиката. Оваа идеја, многу подоцна и во видоизменет облик, ја среќаваме кај современите идеи за поделба на власта и воведување на системот на „кочници и рамнотежа“.

Правото не може да се проучува самостојно, без да се разгледа влијанието на различните општествени фактори кои ја создаваат

³⁴ Radford, T. Robert, *Cicero: A Study in the Origins of Republican Philosophy*. Editions Rodopi B.V., 2002, 34.

³⁵ Види повеќе кај Mitchell, N. Thomas. *Cicero, the Senior Statesman*. Yale University Press, 1991.

³⁶ Zetzel, E.G., James. Ed. *Cicero: On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge University Press, 1999, 52. (*De Re publica* 2, 57)

општествената арматура. Врската помеѓу јавната власт, правото и јавниот морал уште од времето на Римската република е позната како *res publica* или заедничко општествено добро од каде и произлегува уставниот концепт на политичка заедница (комонвелт). Овој концепт за Римјаните не означувал „република“ во современа смисла на значење, туку пред се значел „делување на Римјаните“³⁷. Овој динамичен концепт на *res publica* е нагласен поради фактот што Римската република не поседувала устав во формална смисла, односно збир на пишани правила со кои се недвосмислено се дефинираат државните институции и нивните надлежности.

Марк Тулиј Кикерон не трага по идеалната држава бидејќи за него таа е олицетворена во Римската република, која детално ја разработува во *De re publica* како најдобриот модел кон кој треба да се стремат останатите држави. Кон крајот на својата прва книга од *De re publica* ќе нагласи: „ќе го изнесам моето мислење, верување и оценка дека не постои друг државен облик кој може да се спореди со нашата Република, која татковиците ни ја пренесоа нам, а ја наследија од нивните предци, во поглед на организација, структура, водство“³⁸. Римската република, како идеален модел, му служела на Кикерон во обликувањето на описот на најдобриот облик на државно уредување.

Марк Тулиј Кикерон, слично на идеите на Полибиј и Аристотел, зборува за циклус на промена на облиците на државно уредување и стравува дека многу лесно добрите облици на организација може да се претворат во своите антиподи. Така, на пример, осврнувајќи се на монархијата Кикерон ќе истакне:

Дали гледате дека кога кралот се претвори во господар, уредувањето на Републиката се промени од добро во најлошо благодарение на само еден човек? Овој господар на луѓето е човек кого грците го нарекуваат тиранин, бидејќи “крал“ е титула за човек кој се грижи за своите граѓани како што се грижи родителот и обезбедува најдобри услови за живот за своите деца. Монархијата е како што веќе кажав, во совојата основна форма, добар облик на уредување, но се граничи со најужасниот облик. Веднаш штом кралот започне неправедно да владее, се претвора во тиранин. Нема полошо животно, ниту попогано и полно со омраза од него. Иако има лик на човек, неговата злоба ги надминува најкрволочните сверови³⁹.

³⁷ Jones, Peter. Sidwell, Keith. eds. *The World of Rome*. Cambridge University Press, 1997, 84.

³⁸ Ibid, 31. (*De Re publica* 1, 70)

³⁹ Ibid, 47-48. (*De Re publica* 2, 47-48)

Тој поседува силна интуитивна моќ за да го предвиди трансформирањето на моделите на државно уредување, што укажува на неговото богато политичко искуство. Чистите форми на организација на власта се трансформираат во своите коруптивни облици: монархијата се претвора во тиранија, тиранијата може да прерасне во демократија или аристократија, аристократијата тежнее кон својот дегенеративен облик на олигархија, кој може да се трансформира во тиранија. Демократијата лесно може да се развие во охлократија (владеење на толпата), кое на крај може да се претвори во тиранија. Кикерон лесно го визуелизира процесот на трансформација на уставите, а со тоа и трансформација на облиците на државно уредување. За разлика од неговиот претходник Полибиј, кој циклусот на уставите го поставува праволиниски, при што еден облик се трансформира во друг и со тоа се затвора целиот процес, кај Кикерон среќаваме флексибилен и реален приказ на трансформација на државните облици. Кикероновиот циклус на уставите се одвива во серија која го избегнува праволинискиот приказ, со што еден устав може да се трансформира во повеќе други за краток период, па затоа Кикерон ќе рече како „топка која се тркала, така и ни еден облик на организација на власта не се задржува долго“.

Во идеалната држава на Кикерон, застапени се монархиски, аристократски и демократски елементи во соодветен баланс. Монархискиот елемент е претставен во двајцата конзули, избрани од народот, кои се носители на највисоките воени и политички овластувања. Аристократскиот елемент е олицетворен во сенатот, како колективно тело со советодавни овластувања, во кого членуваат поранешни носители на високи државни функции со богато политичко искуство. Демократскиот елемент е видлив, според Кикерон, во народните собранија, каде граѓаните ги избираат носителите на државни функции и вршат легислативна дејност преку изјаснување за предложени законски решенија.

Кикерон сметал дека постоењето на хармонија помеѓу различните групи на граѓани, кои ги нарекува „редови“, претставува прашање кое има суштинско значење за идеалната држава. Услов за остварување на оваа хармонија на редовите (*concordia ordinum*) претставува правдата, сметајќи дека само на тој начин може да се обезбеди најдобра гаранција за сигурноста на државата⁴⁰. Кикерон сметал дека го остварил овој идеал во периодот кога му било доверено да ја извршува функцијата конзул во Римската република.

⁴⁰ Radford, T. Robert, *Cicero: A Study in the Origins of Republican Philosophy*. Editions Rodopi B.V., 2002, 35.

Библиографија:

Flower, I. Harriet. Ed. *The Cambridge Companion to the Roman Republic*. Cambridge University Press, 2006.

Flower, I. Harriet. *Roman Republics*, New Jersey: Princeton University Press, 2010.

Gibbon, Edward. *The Decline and Fall of the Roman Empire, Vol 1-6*. Ebookmail, 2001.

Glendon, Mary Ann. *Cicero Superstar*. January, 2010. Пристапено на 15 јуни 2014 год. < <http://www.firstthings.com/article/2010/01/cicero-superstar>>

Goldman, B. David. *Globalisation and the Western Legal Tradition*. Cambridge University Press, 2007.

Jones, Peter. Sidwell, Keith. eds. *The World of Rome*. Cambridge University Press, 1997.

Long, A.A. *From Epicurus to Epictetus, Studies in Hellenistic and Roman Philosophy*. New York: Oxford University Press, 2006.

Lucic, Zdravko. *Ciceron I Prirodno Pravo*. Pravni Fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2006.

Millar, Fergus. *The Roman Republic in Political Thought*. Hanover and London: University Press of New England, 2002.

Millar, Fergus. Rome, The Greek World and the East. *The Roman Republic and the Augustan Revolution. Vol. 1*. The University of North Carolina Press, 2002.

Millar, Fergus. Rome, The Greek World and the East. *Government, Society and Culture in the Roman Empire. Vol. 2*. The University of North Carolina Press, 2004.

Mitchell, N. Thomas. *Cicero, the Senior Statesman*. Yale University Press, 1991.

M.I.Finley, *Politics in the Ancient World* . Cambridge, 1983.

Pettit, Philip. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

Powell, J.G.F. Ed. *Cicero the Philosopher: Twelve Papers*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Radford, T. Robert, *Cicero: A Study in the Origins of Republican Philosophy*. Editions Rodopi B.V., 2002.

Schofield, Malcolm. Saving the City: Philosopher-Kings and Other Classical Paradigms. *Cicero's Definition of Res Publica*. London and New York: Routledge, 1999.

Zetterquist, Ola. *A European res publica*. Пристапено на 4.07.2014 година. < <http://people.su.se/~folke/Ola%20Zetterquist.pdf>> .

Zetzel, E.G., James. Ed. *Cicero: On the Commonwealth and On the Laws*. Cambridge University Press, 1999.

Камбовски, Владо. *Филозофија на правото*. Скопје: МАНУ, 2010.

Шкарик, Светомир. Иванов, Ѓорге. *Политички теории: Антика*. Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први“, 2006.

М-р Илија Манасиев¹

Конференциска тема:
**“НОВИТЕ ПРЕДИЗВИЦИ ВО УРЕДУВАЊЕТО НА ПРАВНИТЕ
ОДНОСИ“**

Тема на трудот:
“ВОНСУДСКО РЕШАВАЊЕ НА СПОРНИ ПРАВНИ ОДНОСИ“

УДК: 347.965.42

Original research paper

Клучни зборови: вонсудско, спорни правни односи, медијација, спогодба, арбитража

Целта на овој научен труд е да го продлабочи истражувањето на главната конференциска тема. Класичната правна теорија, правниот однос го дефинира како општествен однос, регулиран со правна норма. Правните односи се централен дел од правната теорија, но и исклучително важни и за правната практика.

Вообичаено е да се појавуваат спорни правни односи. Решавањето на спорните правни односи, завзема клучно место во правниот систем на државата воопшто. Познати се неколку видови на решавање на спорните правни односи, од кои што во фокусот на овој труд се вонсудските начини на решавање на спорни правни односи.

Во вториот дел од овој научен труд, се третираат предностите на вонсудското решавање на спорните правни односи. Овој научен труд користејќи го компаративниот метод, се осврнува на практиката на вонсудското решавање на спорни правни односи, во Република Македонија.

Заклучок на овој научен труд е дека вонсудското решавање на спорните правни односи е корисно за правниот поредок, но и за страните во спорниот однос. Во оваа насока се и бројните предлози кои што произлегуваат од овој научен труд со цел за поттикнување на решавање на правните односи по вонсудски пат.

¹ Асистент на Правниот факултет “Јустинијан Први., Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје

"OUT OF COURT DISPUTE SETTLEMENT IN LEGAL RELATIONS"

Key words: out of court, disputes in legal relations, mediation, agreement, arbitration

The objective of this scientific paper is to deepen research on the main conference theme. Classical legal theory, defines the legal relationship as a social relationship, regulated by a legal norm. The legal relationships are a central part of legal theory, but also are extremely important for the legal practice.

The appearance of the disputes in legal relations is usual. Resolving disputes in legal relations, occupies a key place in the legal system of the country in general. There are several types of resolving disputes in legal relations, of which the focus of the paper is on out of court ways of solving disputes in legal relations.

The second part of this scientific work, treats the advantages of out of court resolution of disputes in legal relations. This paper uses the comparative method, referring to the practice of out of court resolution of disputed legal relations in the Republic of Macedonia.

Conclusion of this research paper is that out of court resolution of disputes in legal relations is beneficial for the legal system, but also for the parties to the disputed relationship. In this direction there are numerous proposals arising from this scientific work in order to encourage the settlement of legal relations in out of court procedure.

“ВОНСУДСКО РЕШАВАЊЕ НА СПОРНИ ПРАВНИ ОДНОСИ“

1. Вовед

Динамиката на секојдневниот живот, но и правата, обврските, потребите и интересите на субјектите на правото, доведуваат до постоење на многубројни правни односи. Еден дел од правните односи се одвиваат со соодветно исполнување на правата и обврските, кои што произлегуваат од правните односи. Но, постои и еден дел од правните односи во кои што се појавуваат спорови. Оттаму начинот на решавањето на спорните правни односи се појавува како цивилизациски, општествен и правен предизвик.

Суштински, правниот однос е дел од општествените односи. Во основа тоа е нормативен однос. Особено во овој контекст на релација норма - реалност, важно е да се спомене сфаќањето на Џон Ролс според кого нормата претставува: „Императивна наредба на јавното право, адресирана на рационалната личност со цел за регулирање на неговото однесување“.² Регулирањето на однесувањето е независно во однос на тоа дали се работи за физичко лице или правно лице како субјект на правото.

Правниот однос се дефинира најчесто како општествен однос регулиран со правна норма. Овој став се среќава кај повеќе автори автори како што се: Проф. д-р Радомир Лукиќ, , Проф. д-р Миодраг Мицајков, Проф. д-р Димитар Бајалциев, Д-р Момчило Димитријевиќ и други. Во сферата на правниот поредок правниот однос е исклучително важен дел на нормативното уредување на односите. Од овој аспект, а поради постоењето на субјективните права и обврски како елементи на правниот однос, дефиницијата на правниот однос може да ја прошириме и со сфаќањето дека правниот однос претставува „општествен однос, регулиран со правни норми, на учесници кои имаат соодветни субјективни права и правни обврски“.³ Реализирањето на овие субјективни права и обврски, во случај на спор може да биде на два начина: судски и вонсудски.

Со оглед на тоа што темата на овој труд е вонсудско решавање на спорови, фокусот на интерес ќе биде општо земено спектарот на обврски кои што се подведуваат под вонсудско решавање на спорни прашања. Вонсудското решавање на спорни односи е во директна врска со можноста субјектите во правото, да располагаат со своите права. Ова е во директна врска и со поимањето на правниот однос како: „двострана индивидуална

² Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, стр. 235

³ Маљко, А. В, *Теорија Государства и права*, Юрист, Москва 2001, стр. 207

правна врска, која што логички ги обединува корелативните субјективни права и правни задолженија од моментот на нивното воспоставување до нивната реализација“⁴ Фазата на постоење на спорен однос и решавање на спорното прашање или повеќе спорни прашања, водат до неможност од реализација на правниот однос.

Вонсудското решавање на спорови е со широк спектар, но пред се ги подразбира следните постапки: „превенција на спор, преговарање, медијација, комбинација од медијација/ арбитража или арбитража, приватна мини парница, судска мини парница, пред судска средба, рана неутрална евалуација, арбитража, менаџмент на случај и изнајмување на судија“⁵ Истовремено ако ги погледнеме хронолошки и дадени во една историска димензија, некои од овие постапки, постоеле и пред создавањето на државната заедница. На овој начин на пример: преговањето, медијацијата и арбитражата, сфатени како форми во кои што трето неутрално лице се вклучува во разрешување на спорен однос, може да се сметаат и како претходница на постоењето на модерната концепција на судовите, како органи кои што се задолжени за решавање на спорни односи.

2. Правниот однос и “алтернативно“ решавање на спорови

Споровите, а со тоа и спорните односи се неразвоен дел од секојдневието на правните односи, секогаш кога се појавува конкретна конфликтна ситуација помеѓу субјектите на правото. Спорните ситуации, помеѓу субјектите во правото, најчесто се во однос на вршењето на правата и обврските, кои што произлегуваат од структурата на конкретните правни односи. Спорните односи исто така може да се производ на конфликти помеѓу страните, кои што можат да бидат од различна природа.

Во однос на тоа помеѓу кого се јавуваат спорните односи, тие може да произлезат помеѓу субјектите во правото, или помеѓу нив и друг субјект кој што не бил во никаква релација со нив, но поради одредени правни факти, се јавува како дел од спорен правен однос. Природата на спорните односи во општеството, може да бидат различна од случај до случај, но најчесто тие се јавуваат кога се работи за спротивставени волји, интереси, или пак активности, кои што создаваат конфликт помеѓу

⁴ Ташев, Росен, *Општа Теорија на правото*, Сиби, Софија, стр. 261

⁵ Albert Fiadjoe, LLB, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: A DEVELOPING WORLD PERSPECTIVE стр. 19

страните. Кога станува збор за некаков спорен однос, не секогаш се зборува за правен спорен однос, туку за било кој дел од општествената стварност, каде што се појавува конфликт помеѓу општествените субјекти. Но, во основа на научниот интерес на овој труд е спорна ситуација која што произлегува преку правен однос и начинот на неговото разрешување.

Во основа, споровите кои што произлегуваат од правните односи, помеѓу субјектите во правото, се решаваат на два начина: со правно дозволени или пак со недозволени средства. Имајќи ја во предвид суштината на овој научно истражувачки труд, ќе се осврнам само на правните, односно со правниот поредок дозволени начини на решавање на споровите, кои што произлегуваат од соодветен правен однос. Истовремено овој начин на решавање на споровите е во согласност и со остварувањето на правниот поредок.

Постојат неколку начини на решавање на споровите: **вонсудски, судски, или комбинирано** (вонсудски и судски). Оваа поделба на начините на решавањето на спорни ситуации во правниот однос, произлегува од критериумот **дали субјектите на правото ги користат формалните процедури** или пак во рамките на дозволените начини на решавање на споровите, **користат и неформален, но дозволен начин на надминување на спорот** надвор од судот. Во овој дел ќе се потрудам, да ги споредам овие две методи на решавање на спорните прашања, споредувајќи ги сличните елементи помеѓу нив, а разликувајќи ги по својата суштина како и по текот на постапката и директната вклученост на странките во решавањето на спорот.

Вонсудскиот начин на решавање на споровите, подразбира користење на техники на решавање на спорниот однос, кои што своите корени ги имаат и пред постоењето на судот како инстанца за решавање на спорните односи помеѓу засегнатите субјекти. Комбинираните модели на решавање на споровите се особено интересни од научен аспект, но и корисни од практичен аспект во однос на субјектите на правото. Пред се треба да се истакне, кои постапки се подразбираат за вонсудски постапки за решавање на спорните односи. Во секој правен поредок, постојат можности на дозволени вонсудски постапки за решавање на спорни односи, но тргнувајќи од методот на теоретското и воопштено разгледување на прашањата во овој труд ќе ги претставам сите оние за кои што сметаме дека суштински може да бидат репрезенти на овој процес.

Еден од многуте начини на дефинирање на вонсудските, односно т.н алтернативни начини на решавање на споровите е на Кнежевиќ Гашо и Владимир Павиќ, според кои: „под алтернативно решавање на споровите се подразбира секоја постапка, насочена кон решавање на конфликтот

помеѓу група или поединци со постигнување на спогодба (договор), самостојно или со помош на трета неутрална личност“.⁶ Под трето неутрална личност вообичаено се подразбира преговарач, медијатор или арбитер. Овие, претставуваат веќе обучени лица за решавање на спорните односи во соодветно споменатите постапки. Тие се користат со методи и техники за да им помогнат на страните во спорот, да дојдат до заедничко прифатливо решение.

Во одредени правни системи третото неутрално лице или лица се и активни предлагачи на опции и решенија со цел да се надмине спорниот однос. Ова е пример и во Република Македонија, на пример во постапката за медијација. Имено според одредбите на Законот за медијација на Република Македонија: „Страните и медијаторот, доколку поинаку не се договориле, можат во кое било време во текот на постапката на медијација да изнесуваат свои предлози за спогодбата со која ќе го решат спорот.“⁷ Овој начин на активна улога на медијаторот, во разрешувањето на спорниот однос, им дава можност на страните да добијат соодветен и неутрален предлог, кој што тие го разгледуваат и слободно одлучуваат дали ќе го прифатат или отфрлат. Ова е директно поврзано со начелото на доброволност на постапката за медијација. Активната улога на помирувачот се огледа и во постапката за мирно решавање на колективни спорови во Република Македонија. Според членот 17 став 2 точка 2 на оваа постапка помирувачот: „ им укажува на страните на предлозите кои не се во согласност со закон и други прописи “⁸ . На овој начин помирувачот ја задржува неутралната позиција во однос на страните во спорот, а страните во спорот добиваат преку можност преку укажувањата на помирувачот подобро да ги одберат предлозите за решавање на спорниот однос.

Во зависност од постапката која што се води, до взаемно прифатливо решение може да се дојде со сите претходно наведени форми на алтернативно решавање на споровите. Во сите овие случаи, овластеното лице или повеќе лица, кое што ја води постапката со својата неутралност, може да биде вклучено и во изготвувањето на спогодбата, со претходна согласност на страните во спорот, а се разбира и со слободата на волјата на страните, да ја потпишат или да одбијат да ја потпишат спогодбата која ја изготвило третото неутрално лице. Тоа се исто така,

⁶ Кнежевиќ Гашо, Владимир Павиќ, *Арбитража и АДР*, Београд 2009, стр. 188

⁷ Закон за Медијација, Службен весник на РМ, бр. 188 од 31.12.2013 година

⁸ Закон за Мирно Решавање На Работните Спорови (Пречистен текст), Службен весник на РМ, бр. 104 од 11.07.2014 година

сите оние можности каде што правниот систем дозволува решавање на спорниот однос вонсудски, а потоа, на пример спогодбата која што е добиена како резултат на таа вонсудска постапка во судот се порамнува. Исто така постои и комбинирано водење на постапките, познати и како хибридни постапки, се користат две или повеќе вонсудски постапки. Како пример на ова е постапката **мед-арб**, која што означува скратеница на постапки на **медијација** и **арбитража**. Тоа се постапки во кои што спорниот однос се води преку техники на медијацијата во арбитражна постапка, или пак таква постапка каде што двете форми се можни во исто време, а решението на спорот се одредува според една од постапките. Во оваа смисла под медијација подразбираме: „Процес во кој што учесниците со посредство на неутрално лице или лица, систематично го изолираат спорното прашање со цел да развијат опции, разгледуваат алтернативи и целат кон донесување на консенсуален договор, кој што ќе ги задоволи нивните потреби“⁹ Во Република Македонија поимот на медијација е уреден во членот 2 од Законот за медијација и се дефинира на следниов начин: “Медијација е секое посредување, без оглед на неговиот назив, при решавање на спорниот однос во постапка на медијација во коешто на страните во спорниот однос им се овозможува истиот да го решат по пат на преговарање, на мирен начин со помош на еден или повеќе лиценцирани медијатори (во натамошниот текст: медијатор), со цел да се постигне заедничко прифатливо решение изразено во форма на писмена спогодба.“¹⁰

Претходната анализа на поимот на правниот однос, како и начините на заштита на правата и обврските на субјектите во правото, не би биле целосно разработени, доколку не се разгледа и овој сооднос, помеѓу правниот однос и алтернативното решавање на спорови. Во овој дел ќе ги разгледаме основните облици во кои што се јавува АДР (кратенка која се користи најчесто за Алтернативно Решавање на Спорови). Исто така ќе се осврнеме и на нивна компарација, со цел да се согледа повоочливо нивната меѓусебната разлика. Ќе направиме и споредба помеѓу формите на АДР и судското решавање на споровите, за да може да се воочат разликите, предностите и недостатоците на двата начина на решавање на спорови. Кратенката ADR е изведена од англиската верзија (Alternative dispute resolution)¹¹.

⁹ Folberg, Jay and Taylor, Alison. 1984. “*Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Disputes without Litigation*” San Francisco: Jossey-Bass

¹⁰ Закон за Медијација, Службен весник на РМ, бр. 188 од 31.12.2013 година

¹¹ Во превод означува Алтернативно Решавање на Споровите

Но, мора да се напомене дека со порастот на случаите кои се успешно решени со некој од видовите на ADR, во поново време се позастапено е користењето на ADR, но во смисла на Appropriate Dispute Resolution.¹² Вообичаено е страните кои што имаат одреден спор, да сметаат дека споровите се разрешуваат единствено на суд, во соодветна судска постапка. За оваа перцепција на субјектите во правото, делумно е виновно правното образование, кое што најчесто ги учи студентите по право, да размислуваат во насока на постоење на спор кој што се решава вообичаено со парничење. Во најголемиот случај на култури, се размислува само за норма врз основа на која што спорот може да се подведе и судска постапка, односно во соодветна парница.

Судската парница во која што се разрешува спорот во најголем дел од постапките е бавен процес, кој што е исто така е и исклучително скап и допринесува за дополнителен стрес кај страните во спорот. Останати карактеристики на парницата, од значење за оваа споредба се дека парницата е со јасно диференцирани формални правила, постапки и рокови, кои што не секогаш може да ги избалансираат моќта и нееднаквоста на странките во спорот. Исправноста и ценењето на доказите при донесувањето на судските одлуки, кои што се во интерес на остварувањето на правото и почитување на законските постапки многу пати се доведуваат во прашање. Постоењето на Второстепените судови, како и постапките кои што се однесуваат на барање на заштита на законитоста, кои што често резултираат со повторни рочишта, или пак преиначување на првостепените пресуди, е доволен показател дека судскиот систем е само уште еден дел на власта, кој што не е имун на некомпетентни судии, непочитување на законски рокови и процедури, како и неправилна примена на материјалното право. Затоа, во судските одлуки секогаш и во секој конкретен случај, не може да се тврди дека апсолутно се одразуваат интересите на страните во спорот, нивните потреби и правичноста во конкретниот случај. Неретко субјектите во правото се доведени и во ситуација, во која што наместо да разрешат еден спорен однос, креираат и дополнителен конфликтен однос кој што трајно може да ги наруши нивните меѓусебни односи. Ова особено е штетно кога се работи за правни односи помеѓу субјекти во правото кои што исто така се и во деловен однос, кој што трпи поради судските расправи.

Поради теорискиот пристап кон структурата на правниот однос, би требало да се нотира, дека поимите конфликт, спор, постапка, различно се сфаќаат во различните науки. Од аспект на природните науки, можеме да

¹² Во превод значи Соодветно решавање на споровите

зборуваме за конфликти во природата, помеѓу различни заедници на животни. Во општествените науки исто така постои разлика во значењето на овие термини. Терминот конфликт од аспект на политолошките науки може да се пренесе на конфликт на ставови на одредени општествени групи или пак елити, се до највисокиот степен на конфликт, како што е војната. Спорот исто така од аспект на Меѓународното право може да биде поврзан со некои спротивставени ставови помеѓу две држави. Она на што би требало да претендираме во овој труд, е начинот на кој што спорниот однос или пак конфликтниот однос е сфатен од аспект на теориските правни науки, односно од аспект на правниот однос и неговата структура.

Конфликтните и спорни односи го следат човештвото од неговото создавање па се до денешни дни. Пред се ове ситуации на произлегуваат како производ на борбата за ограничените природни ресурси, различните интереси, како и различните цивилизациски вредности кои што ги споделуваат припадниците на една заедница и други општествени фактори. Во општествената заедница, пред воспоставување на државно – правната заедница, постоеле обичајни или пак религиозни норми и постапки, како и совети на мудрите, кои што претходат на современата појава на процесните норми, процесната постапка и судот како орган на државно судење. Примери и норми каде што се пристапува кон APC, среќаваме кај многу религии, за кои што тоа бил соодветен начин на решавање на конфликтите помеѓу нивните верници, припадници на заедницата. Подеднакво слични норми на современата методите на медијација, арбитража, преговарање или посредување, наоѓаме во еврејската религија, во Христијанството, како и во Исламот.

Меѓутоа моделот на APC, е развиен кај припадниците на источните цивилизации. Среќаваме случај на постоење на методи на APC во Индија уште 2500 години пред наша ера под име Панчајат, а во Кина за време на владеење на Династијата Жу (Zhou), уште пред 2000 години. Под влијание на учењето на влијателниот философ Конфучие (Кунг Фу Це), било за прв пат поставено работно место медијатор, во сите делови на јавната администрација, за разрешување на споровите во тогашната Кинеска Империја. Се претпоставува дека 1800 години п.н.е Кралството Мари, се користело со методите на APC во решавањето на споровите.

Во современиот свет, поголемиот дел од човештвото живее во организирана форма на државна заедница, каде што со постоењето и примената на правните норми, се воспоставуваат, одржуваат и гарантираат правните односи. Сепак, претходната добра пракса на решавање на конфликтите и споровите, како и верските норми кои што се врежани во верувањето на луѓето денес, придонесуваат да бидат солидна основа за

вонсудското решавање на спорите. Тоа придонесува страните во спорот на АРС, да не се гледаат како на алтернатива на правдата, туку напротив тоа да биде еден од начините, кој што страните го одбираат како легитимен и легален начин на решавање на сопствениот спор. Истовремено со тоа добиваат и соодветен побрз пристап до правдата, взаемно прифатливото решение е производ на взаемни интереси и позиција на победник – победник, наместо судската победник - поразен.

Во правните системи, во еден дел од законодавството, врз основа на општите правни норми, или пак врз основа на подзаконските правни акти, постои можност за решавање на спорен однос по вонсудски пат. Во ваков случај, независно од тоа кои од постапките за вонсудско решавање на спорови се предвидуваат, тие се на еднакво рамниште во однос на судската постапка, како начин на решавање на спорниот однос.

Бројни се видовите на спорни односи кои што може да се решат на вонсудски начин, но сепак од овие спорови, не е можно решавањето на административните спорови, а истражувањата и современите искуства во поголемиот дел од државите, покажуваат дека најбројни спорови кои што се решени вонсудски, се семејните спорови, должничко доверителските спорови, како и спорите кои што произлегуваат од работните односи, каде што странките располагаат слободно со своите права. Во оваа смисла располагањето со индивидуалните права во работен однос во Република Македонија, според одредбите на Законот за мирно решавање на работни односи се упатуваат на решавање во постапка за медијација. Ова е предвидено во членот 2 став 3 од Законот за мирно решавање на работни спорови, каде што се вели дека: „Индивидуалните работни спорови можат да се решаваат и согласно со Закон за медијација.“¹³ Ова решение произлегува од фактот што во Законот за мирно решавање на работни односи во Република Македонија, овој вид на спор е одреден во член 3 став 1 единствено во следнава смисла: „Индивидуален работен спор, во смисла на овој закон, се смета спор по поводот откажување на договор за вработување и неисплата на плата (во натамошниот текст: индивидуален спор).“¹⁴

Во врска со Вонсудското решавање на спорите е посебно корисно во решавањето на спорни односи од областа на потрошувачки спорови, како и во еден дел од кривичните спорови кои што се однесуваат

¹³ Закон за Мирно Решавање На Работните Спорови (Пречистен текст), Службен весник на РМ, бр. 104 од 11.07.2014 година

¹⁴ Закон за Мирно Решавање На Работните Спорови (Пречистен текст), Службен весник на РМ, бр. 104 од 11.07.2014 година

на малолетниците, или пак решавање на спорни односи за време на издржување на затворската казна. Со оглед на експанзијата на градењето во Светот еден голем дел од градежните спорови, се исто така подобни за вонсудско решавање. Поради концептот на доверливост и исклучување на јавноста во вонсудските постапки за решавање на спорови, на овој начин се штити угледот на страните во постапката независно од тоа дали се работи за личност, компанија, малолетник итн. Од друга страна ова придонесува страните во постапката и по надминувањето на спорниот однос, да ја продолжат својата деловна или лична комуникација или соработка.

Секогаш кога станува збор за т.н алтернативно решавање на спорови и правниот однос, мора во предвид да имаме два моменти. Првиот момент е субјектот на правото, самостојно да располага со своите овластувања, а вториот момент е да биде овозможено по завршувањето на оваа постапка, да има соодветна процедура, да го оствари своето право преку судска заштита, како последна инстанца. Овие две нешта се клучни во функционирање и овозможување на избор на субјектите во правото, во однос на начинот на решавањето на сопствениот спор.

Ефикасните постапки во однос на решавањето на спорните односи по пат на вонсудски постапки, заштедата на средства во постапката, во законодавството на некои држави како што се САД, Австралија, Италија и Канада, резултира со задолжителен обид за медијација, како вонсудски начин на решавањето на спорови. Само доколку овој обид е неуспешен, странката може да започне постапка пред надлежниот суд, како крајна инстанца за пристап кон правдата.

На територијата на Европа е особено важно да се споменат бројните препораки и директиви, кои што се донесени со цел за подобрување или воведување на системи за вонсудско решавање на спорови. Најзначајни акти од овој вид се: ПРЕПОРАКА П (2002)10 НА КОМИТЕТОТ НА МИНИСТРИ ДО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ ЗА МЕДИЈАЦИЈАТА ВО ГРАЃАНСКИ СПОРОВИ, СОВЕТ НА ЕВРОПА

(Усвоена од Комитетот на Министри на 18 септември 2002, на 808-от состанок на замениците министри); ПРЕПОРАКА П (98) 1 НА КОМИТЕТОТ НА МИНИСТРИ ДО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ ЗА СЕМЕЈНА МЕДИЈАЦИЈА (Усвоена од Комитетот на министри на 21 јануари, 1998, на 616-от состанок на замениците министри) СОВЕТ НА ЕВРОПА КОМИТЕТ НА МИНИСТРИ; ПРЕПОРАКА П (99) 19 НА КОМИТЕТОТ НА МИНИСТРИ ДО ДРЖАВИТЕ ЧЛЕНКИ ЗА МЕДИЈАЦИЈАТА ВО КРИВИЧНАТА МАТЕРИЈА (усвоена од Комитетот на министри на 15 септември 1999 година, на 679-тиот состанок на

заменици-министри) ; ДИРЕКТИВА 2008/52/ЕС НА ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И НА СОВЕТОТ од 21 мај 2008 година за одредени аспекти на медијацијата во граѓанското и трговското право ЕВРОПСКИОТ ПАРЛАМЕНТ И НА СОВЕТОТ НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА;
ПРЕПОРАКА НА КОМИСИЈАТА
на 30 Март 1998 на принципите се применуваат за тела кои се одговорни за вонсудско решавање на потрошувачки спорови (*)
(Текст со важност за ЕЕО)
(98/257/ЕС) ; СОВЕТ НА ЕВРОПА КОМИТЕТ НА МИНИСТРИ

Препорака бр. R (99) 19 на Комитетот на министри до државите членки во врска со медијацијата во кривичните предмети. Ова претставува исклучителен чекор кон изедначување и применување на постапките за вонсудско решавање на спорови, во интерес на поголем дел од граѓаните, со цел за воспоставување на соодветни механизми за пристап до правдата.

3. Заклучни согледувања

Овој труд во фокусот на истржување има за цел да даде преглед на општо - воведни сфаќања за вонсудското решавање на спорни правни односи. Како заклучни согледувања од овој труд произлегува дека при реализација на правните односи, секојдневно доаѓа до спорни односи помеѓу субјектите на правото. Во таков случај на страните во спорот им стојат на располагање мноштво од постапки кои што имаат за цел вклучување на трето неутрално лице или лица, кои што помагаат во разрешувањето на спорниот однос. Дел од овие постапки постојат и во предржавната општествена состојба, а како такви претходат на создавањето на судските органи. Историјатот на вонсудските форми на решавање на спорни односи се појавуваат во прво време на исток. Постапките на вонсудско решавање на спорови може да се комбинираат создавајќи хибриди како што се мед - арб (медијација - арбитража), се со цел за поефикасно и комбинирано решавање на спорниот однос. Вонсудското решавање на спорови е соодветно за различни области од правото каде што се појавуваат спорни односи како што се споровите од областа на: семејното право, казненото право, трудовото право, правата на потрошувачите. Вонсудската постапка е неформална, вклучува трети неутрални и обучени лица за спроведување на постапката. Во повеќето од државите таа е законски уредена, како што е случајот и со Република Македонија.

Труд за Меѓународна научна конференција „Охридска правна школа”

**МЕТОДИ ЗА ИЗБЕГНУВАЊЕ НА МЕЃУНАРОДНО ДВОЈНО
ОДАНОЧУВАЊЕ: МЕТОД НА ДАНОЧЕН КРЕДИТ VERSUS
МЕТОД НА ИЗЗЕМАЊЕ**

УДК: 336.227.1.025
Original research paper

Апстракт

Прекуграничното дејствување и инвестициската активност надвор од националните граници се предмет на оданочување со даночните правила на две или повеќе даночни јурисдикции. Кога повеќе јурисдикции наметнуваат посебни, и понекогаш, различни правила за оданочување на ваквите прекугранични активности, се појавува феноменот на меѓународно двојно оданочување. Предмет на трудот се унилатералните мерки кои ги преземаат државите во своите национални законодавства за избегнување на меѓународно двојно оданочување, методот на даночен кредит и методот на изземање. Во трудот се прави анализа на основните карактеристики на овие два методи и нивните подваријанти, како и на нивните предности и слаби страни при решавање на сите оние ситуации каде еден ист вид на доход е оданочен во две или повеќе држави. Главни методи кои се користат се методот на анализа, нормативниот и компаративниот метод. Генералниот заклучок е дека најголем број современи држави во светот, вклучително и Република Македонија, се определиле за примена на методот на обичен даночен кредит.

Клучни зборови: глобализација, двојно оданочување, избегнување на двојно оданочување, метод на даночен кредит, метод на изземање.

JEL класификација: H2, H20.

* Соработник на Катедрата по Финансово право при Правниот факултет „Јустинијан Први” во Скопје, Универзитет „Св.Кирил и Методиј”, Скопје, Република Македонија, контакт моб.: +389 70 688 557, е-меил: elena_neshovska@yahoo.com.

Вовед

Глобализацијата и интернационализацијата на економските активности преку континуирана експанзија на прекуграничното дејствување на субјектите резултираше со примена на даночните правила, не само врз приходот остварен во резидентната држава, туку и врз приходот остварен надвор од националните граници. На ваков начин доаѓа до меѓународно двојно оданочување на истиот приход остварен од ист даночен обврзник за ист временски период со ист или сличен вид на данок од две различни даночни јурисдикции.

Меѓународното двојно оданочување има негативни последици како за деловните субјекти кои дејствуваат глобално, така и за националните економии¹. Тоа влијае врз извозната ефикасност и меѓународната конкурентност на производите и услугите, претставува сериозна бариера за развивање на надворешна трговска активност, ги попречува инвестициите во странство, трансферот на технологии или создавање на мрежа на постојани деловни единици надвор од резидентната држава. Со други зборови, во одредени околности, данокот може да претставува вистинска бариера за економската и техничко-научна соработка помеѓу државите, воспоставување филијали и подружници во странство, привлекување на странски инвестиции.

Развојот на светската економија, интензивирањето на економската и политичката меѓузависност на државите, појавата и експанзијата на транснационалните компании ја наметнаа потребата за преземање на соодветни мерки за да спречи меѓународното двојно оданочување². Државите се согласни околу нужноста за воспоставување на јасни и стандардизирани правила кои би се применувале при идентични или слични ситуации на меѓународно двојно оданочување. Оттука, неговото елиминирање е неопходно за да се стимулира и понатамошен развој на меѓународни економски односи.

¹ Dudas, Dacian Sorin, *Unilateral Legislative Measures and Methods for Avoiding the International Double Taxation*, The Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013, West University of Timisoara, 2013, 1055-1057.

² Barbuta-Misu, Nicoleta, Tudor, Florin, *The International Double Taxation – Avoiding Methods*, Law Journal Economica, 2010, 484-490.

1. Мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

Со цел да се спречи меѓународното двојно оданочување и успешно да се надминат негативните ефекти кои истото ги предизвикува, во меѓународното даночно право се нудат различни решенија³. Во меѓународната практика за оданочување на доходот и капиталот се користат два вида на мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување, и тоа: билатерални мерки и унилатерални (автономни) мерки за спречување на меѓународно двојно оданочување.

1.1 Билатерални мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

Иако, извесен напредок кон елиминирање на меѓународното двојно оданочување е постигнат преку преземање на унилатерални мерки во националните даночни законодавства, во услови на различни национални даночни правила и принципи ваквите унилатерални мерки не се доволни за решавање на низата комплексни проблеми кои се јавуваат во сферата на меѓународното даночно право. Генерално, постојат повеќе видови на меѓународни мерки за спречување на меѓународното двојно оданочување, додека најважни и најупотребувани се билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување (анг. double tax treaty- DTT, double tax agreement- DTA), но тие, поради предметот на овој труд, не се детално анализирани.

1.2 Унилатерални мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

Унилатерални или автономни мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување се, всушност, норми кои државите ги инкорпорираат во своите даночни прописи преку кои државата еднострано се откажува од оданочување на оној доход кој нејзиниот резидент го остварил во државата на извор во корист на другата држава. Со други зборови, државата ќе го оданочи оној доход кој бил остварен единствено на територијата на резидентната држава при што се

³ Barbuta-Misu, Nicoleta, Tudor, Florin, *The International Double Taxation – causes and avoidance*, Law Journal Economica, 2011, 147-151.

откажува од примена на начелото на светски доход⁴. Државите се определуваат за преземање на вакви мерки, главно, доколку некое решение е вообичаено во меѓународната практика, а непочитување на истото би предизвикало штети за државата во смисла на нарушување на односите со нејзините економски партнери. Унилатералните мерки, во голема мера, зависат од целите на економската политика. Така на пример, многу држави кои се извознички на капитал го изземаат од оданочување приходот на нивните транснационални компании остварен во странство со цел да не ги стават во понеповолна конкурентска позиција на пазарите во другите држави *vis-à-vis* транснационалните компании на други држави. Од друга страна, пак, државите-увознички на капитал воведуваат низа даночни олеснувања и ослободувања за да привлечат странски инвестиции⁵.

Карактеристиките на унилатералните мерки се определени од улогата која даноците ја имаат во рамки на националните даночни системи. Примената на начелото на реципроцитет во односите помеѓу државите, исто така, игра важна улога во креирањето на даночни правила за избегнување на двојно оданочување, пред сè за приходите кои се остварени од работење во меѓународниот сообраќај, со бродови или со воздухоплови. Во повеќето случаи, преземањето на автономни мерки за избегнување на двојно оданочување е иницирано од државите чии компании имаат широко-распространета мрежа на подружници во странство или генерираат приходи од странски извори⁶.

Автономните мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување имаат некои недостатоци, кои се должат, пред сè, на фактот дека овие правила не секогаш имаат реципроцитет во законодавствата на другите држави поради различните правни прописи на државите. Во оваа смисла, постои опасност една држава во своето законодавство да има воведено унилатерални мерки, но такви мерки да не постојат во законодавствата на останатите држави кои се економски партнери. Во исто време, постојат и ситуации кога државите, водени од желбата да стимулираат економски односи со одредени држави, им овозможуваат поповолни даночни услови, што резултира со дискриминација и повреда на начелото на општост и еднаков третман при оданочувањето.

⁴ Goodspeed, Timothy, Dryden Witte, Ann, *International Taxation*, 2009, 260.

⁵ Kofler, Georg, *Indirect Credit versus Exemption: Double Taxation Relief for Intercompany Distributions*, Bulletin for International Taxation, International Bureau for Fiscal Documentation, 2012, 77-79.

⁶ Wiedermann-Ondrej, Nadine, *Hybrid Instruments and the Indirect Credit Method – Does it work?*, Discussion Papers SFB International Tax Coordination, SFB International Tax Coordination, WU Vienna University of Economics and Business, Vienna, 2007, 7-8.

2. Методи за избегнување на меѓународно двојно оданочување

Избегнувањето на меѓународното двојно оданочување не значи дека даночниот обврзник добива привилегија да биде оданочен со најниски даночни стапки. Напротив, единствената цел е да се избегне акумулација на истовремени даноци. Ова, главно, се постигнува преку примена на некој од следните три методи:

- метод на одбивање (deduction method);
- метод на даночен кредит (tax credit method); и
- метод на изземање (exemption method) .

Најмалку применлив од сите три методи е методот на одбивање. Овој метод, кој вообичаено се применува од резидентната држава, значи дека износот на данокот платен во државата на извор се одзема од даночната основа во резидентната држава, а не од резидентниот даночен долг. Овој метод е најмалку поволен за даночниот обврзник и истиот најчесто се употребува во отсуство на билатерален договор за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

За разлика од методот на одбивање, методот на даночен кредит и методот на изземање најчесто се користат за избегнување на меѓународно двојно оданочување. Овие методи се применуваат на унилатерална основа или се предвидени во билатералните договори. Изборот на методот кој ќе се применува за спречување на двојно оданочување предизвикува значителни импликации кои треба внимателно да се разгледаат и проанализираат, во зависност од економските и останатите долгорочни цели на државата⁷.

2.1 Метод на даночен кредит (tax credit method)

Методот на даночен кредит за прв пат бил применет во 1894 год. од страна на Обединетото Кралство за избегнување на двојно оданочување на имотот во рамки на Британската империја⁸. Додека, пак, прашањето за двојно оданочување на доходот не било предмет на интерес сè до 1914 год. Во 1916 год. била воведена привремена мерка за спречување на двојно оданочување, според која се гарантирал даночен кредит за секој вид на

⁷ United Nations Conference on Trade and Development, *Taxation*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000, 13-21.

⁸ Baker, Philip, *Some Aspects of United Kingdom Double Taxation Relief*, 52 Bulletin for International Fiscal Documentation, 1998, 445.

„колонијален“ доход, но не и за доходот кој бил остварен надвор од територијата на Британската империја. По Втората светска војна методот на даночен кредит станал многу популарен во некои држави на европскиот континент. Некои држави го прифатиле овој метод како унилатерална мерка за избегнување на двојно оданочување (како што е примерот со Германија) или истиот го предвиделе во билатералните договори (како што е примерот со скандинавските држави), иако многу континентални европски држави се уште го користат методот на изземање (како автономна мерка) како префериран метод за ублажување на меѓународното двојно оданочување⁹.

Според методот на даночен кредит, резидентната држава го утврдува даночниот долг на целиот остварен приход на даночниот обврзник, а потоа од даночниот долг го одзема износот на данокот платен во странство, за делот од доходот остварен таму. Суштинска карактеристика на овој методот, независно од тоа дали е предвиден како унилатерална мерка или во билатералните договори, е тоа што резидентната држава данокот кои нејзините резиденти го платиле во државата на извор, во рамките на некои законски ограничувања, го третира исто како да е данок кој е платен во резидентната држава. Кога странските даночни стапки се пониски од стапките во резидентната држава, во резидентната држава се доплаќа единствено разликата помеѓу домашниот и странскиот данок. Но, во обратна ситуација, кога домашните даночни стапки се пониски од даночните стапки кои се предвидени во државата на извор, тогаш резидентната држава за тој остварен доход не наплаќа данок. Вкупниот, ефективен, даночен долг е повисок од домашниот или странскиот данок¹⁰.

Државите кои го користат методот на даночен кредит го намалуваат даночниот долг за износот на данокот кој нивните резиденти веќе го платиле во државата на извор за доходот остварен во таа држава. Од оваа причина, државата на извор може да ја зголеми даночната стапка за нерезидентите до висина на данокот во резидентната држава, без наметнување на дополнителен даночен товар на даночниот обврзник-нерезидент. Сепак, мора да се нагласи дека државата на извор не може слободно да манипулира со своите даночни правила за да ги искористи предностите кои ги нуди ваквата карактеристика на методот на даночен

⁹ Lokken, Lawrence, *Credit vs Exemption: A Comparative Study of Double Tax Relief in the United States and Japan*, Research Paper Studies, Miami Law, 2011, 621-623.

¹⁰ Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Introduction to International Double Taxation and Tax Evasion and Avoidance*, Seventh Session, Geneva, 2011, 16-20.

кредит. Така на пример, ако државата на извор предвидува примена на повисоки даночни стапки за оданочување на добивката на компании кои се резиденти на држава која го применува методот на даночен кредит, може да биде обвинета за повреда на принципот на забрана за дискриминација и прекршување на одредбите од билатералниот договор за избегнување на меѓународно двојно оданочување. Покрај тоа, повисоката даночна стапка може да го загрози правото на кредит доколку резидентната држава преземе мерка во своето национално даночно законодавство со која нема да дозволи кредит на странскиот данок, со кој се врши дискриминација на нејзините резиденти и тие се ставаат во понеповолна положба по однос на плаќање данок во однос на резидентите на државата на извор¹¹.

Секоја држава која го применува методот на даночен кредит наметнува определени ограничувања на износот на данокот кој може да се поврати. Во меѓународното даночно право и практика се среќаваат различни видови на ограничувања, некои се применуваат за сите видови на доход или капитал остварени во одредена држава (per country limitations), а некои ограничувања се применуваат за одреден вид на доход или капитал (separate basket limitations). Заедничко обележје на сите овие ограничувања е дека одобрениот кредит за определена категорија доход или капитал не смее да го надмине износот на данокот што би го наплатила резидентната држава кога тој доход би бил остварен на нејзината територија. При пресметување на ограничувањата, резидентната држава вообичаено ги применува своите даночни прописи, а не даночните прописи на државата на извор. Како резултат на тоа, извесни проблеми можат да произлезат од разликите во дефинирање на доходот за оданочување во двете држави. На пример, компанијата Р, резидент на државата А, заработува 100 единици во државата Б, пресметани според даночните закони на државата Б. Државата Б предвидува оданочување на овој доход со даночна стапка од 30%. Според даночните закони на државата А, компанијата Р има добивка од само 60 единици, поради разликите во начинот на кој се пресметуваат одбивките за амортизација во двете држави. Ако даночната стапка во државата А е 40%, на компанијата ќе ѝ се намали данокот, но најмногу до 24 единици (40% x 60). Така, само 24 единици од данокот од 30 единици ќе бидат дозволени како кредит, независно од фактот што даночната стапка во државата Б е пониска од даночната стапка во државата А.

¹¹ Sherman, Richard, Brinker, Thomas, *Does a Foreign Tax Credit Exist at the State Level?: Double Taxation and How States Treat Foreign Taxes Paid for Individuals*, Accounting & Taxation, Journal of Financial Service Professionals, 2012, 12-13.

Државите можат да го воведат методот на даночен кредит во националните даночни прописи или во билатералните договори. Методот на даночен кредит, предвиден во билатералните договори, може да биде пошироко поставен од оној воведен како унилатерална мерка и приспособен на околностите во двете држави-договорнички. Со договорот, исто така, може да се предвиди и комбинирана употреба на методот на даночен кредит и методот на изземање за избегнување на двојно оданочување. Оваа комбинација на методи најчесто се јавува кога едната држава-договорничка во своите даночни прописи го предвидува методот на даночен кредит, а другата држава-договорничка методот на изземање¹².

Застапниците на методот на даночен кредит сметаат дека овој метод треба да биде доминантен во однос на методот на изземање од две причини. Прво, тие тврдат дека методот на даночен кредит е поефективен во унапредување на начелото на праведност, бидејќи со примена на овој метод резидентите го плаќаат истиот износ на данокот независно од тоа каде бил остварен доходот односно капиталот. И второ, приврзаниците на методот на даночен кредит тврдат дека тој промовира ефикасна алокација на инвестицискиот капитал преку еднаков третман на домашните и странските инвестиции. Сепак, методот на даночен кредит не може да го надмине нееднаквиот третман на даночните обврзници кој произлегува од примената на повисоки даночни стапки во државата на извор. Меѓутоа, и методот на изземање е неефикасен во надминување на овој проблем¹³. Сепак, употребата на методот на даночен кредит е многу покомплицирана отколку што изгледа на прв поглед. Звучи прилично едноставно „да се побара поврат на данокот платен во државата на извор“, но се јавуваат низа проблеми предизвикувајќи практични потешкотии¹⁴.

Ублажувањето на двојното оданочување со примена на методот на даночен кредит може да се јави во две варијанти: метод на целосен даночен кредит и метод на обичен даночен кредит.

2.1.1 *Метод на целосен даночен кредит (full credit)*

Од двете варијанти на методот на даночен кредит, методот на целосен кредит дава најдобри резултати за даночниот обврзник. Како што

¹² DePasquale, Paul, Varley, Alyssa, *Telecommunications & Methods for Avoiding Double Taxation*, Zurich, 2009, 1-3.

¹³ Flemig, Clifton, Peroni, Robert, Shay, Stephen, *Worse Than Exemption*, Emory Law Journal, Vol.59, 2009, 85-91.

¹⁴ Jones, John, *Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization*, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, 1996, 119-121.

кажува и неговото име, овој метод подразбира целосно одбивање на данокот платен во странство, од оној што треба да се плати во резидентната држава.

Пример 1: Даночен долг од 50.000 денари на вкупен приход од сите извори. За дел од доходот остварен во странство е платен данок во износ од 20.000 денари. Притоа даночниот долг на резидентот на РМ ќе се намали за износот на данок платен во странство, односно во РМ резидентот треба да плати данок во износ од 30.000 денари; вкупниот платен данок е сепак 50.000 денари.

Се претпоставува дека овој метод е најблиску до теоријата за капитална извозна неутралност (capital export neutrality), бидејќи вкупниот даночен товар по целосниот даночен кредит е еднаков со данокот кој би се платил доколку приходот е остварен единствено во резидентната држава. На прв поглед, се работи за убаво избалансиран метод на даночен кредит, со ист износ на даночен товар, независно од тоа дали приход потекнува од домашен или странски извор¹⁵.

2.1.2 Метод на обичен даночен кредит (ordinary credit)

Член 23Б од ОЕЦД Модел даночната конвенција за доход и капитал препорачува употреба на методот на обичен кредит во оние држави кои сакаат да го применуваат методот на даночен кредит за сите видови на приходи од странство, како активен така и пасивен приход. Карактеристично за овој метод е тоа што правото на истакнување даночен кредит во резидентната држава е ограничено. Имено, резидентниот данок може да се намали најмногу до износот на данокот кој што се добива со примена на даночните стапки во резидентната држава.

Пример 2: Даночен обврзник остварил доход во странство во износ од 50.000 денари, а во РМ во износ од 40.000 денари. Вкупен приход 90.000 денари. Данок треба да плати во износ од 9.000 денари (стапка од 10%). Од тој износ максимум може да се одбие 5.000 денари ($50.000 \times 10\%$) независно што стапката во странство е 20%, а долгот би бил 10.000 ден. Притоа на РМ треба да плати данок во износ од 4.000 денари ($9.000 - 5.000 = 4.000$ ден.), а на државата на извор на доходот - 1.000 денари.

¹⁵ Chang, Li-Hua, Jones, David, *Selection of Credit Limit Methods: The Comprehensive Limit Credit Method or the Line-state Limit Credit Method*, Journal of Applied Sciences 13 (8), 2013, 1364-1369.

Во продолжение е даден табеларен приказ на главните карактеристики на методот на целосен даночен кредит и методот на обичен кредит. Види Табела 1.

Табела 1. Карактеристики на методот на целосен даночен кредит и методот на обичен кредит

Метод на целосен даночен кредит	Метод на обичен даночен кредит
Дозволува дедукции од вкупниот данок платен во државата на извор на доходот кој може да се плати во таа држава	Го ограничува износот на даночниот кредит, до висина на данокот кој би се платил доколку истиот бил остварен во резидентната држава
Даночниот обврзник е должен да ја плати единствено разликата помеѓу данокот во резидентната држава и во државата на извор	Даночниот обврзник доплаќа доколку данокот во резидентната држава го надминува данокот платен за истиот приход во државата на извор
Доколку данокот во државата на извор го надминува износот на данокот платен во резидентната држава, резидентната држава го враќа вишокот платен данок	Вишокот данок не се враќа доколку данокот во државата извор го надминува данокот платен во резидентната-држава
Ретко се применува	Го применуваат најголем број на држави

Со цел полесно воочување на начинот на кој овие два подврста делуваат во практиката, во Табела 2. е дадена нивна компаративна анализа преку една хипотетичка даночна ситуација.

Табела 2. Компаративна анализа на начинот на кои методот на целосен даночен кредит и методот на обичен даночен кредит делуваат во практиката.

	Метод на целосен даночен кредит	Метод на обичен даночен кредит
Остварен приход во државата на извор	50	50
Остварен приход во резидентната-држава	50	50
Вкупен приход	100	100
Даночен долг во државата на извор (40% x 50)	20	20
Даночен долг во резидентната држава (35% x 100)	35	35
Даночен кредит за данокот платен во државата на извор	(20)	(17.5) (35% x 50)
Доход за оданочување во резидентната држава	15	17.5
Вкупен даночен долг	35 (20+15)	37.5 (20+17.5)
<i>Даночната стапка во државата на извор изнесува 40%, додека во резидентната држава даночна стапка е 35%.</i>		

2.2 Метод на изземање (exemption method)

Кога пред 100 год. биле склучени првите билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување помеѓу државите од континентална Европа, било логично двете држави да извршат меѓусебна дистрибуција на правото на оданочување, преку доделување на правото на оданочување на едната држава со што определениот доход е изземен од оданочување во другата држава. До Втората светска војна, овој метод, без исклучок, бил застапен во сите билатерални договори кои ги склучиле европските континентални држави¹⁶. Денес, состојбата не е многу

¹⁶ Vogel, Klaus, *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, 56 Bulletin for International Fiscal Documentation, 2002, 4.

променета. Методот на изземање, и понатаму, најмногу се применува од европските држави при оданочување на: недвижен имот, приход на деловната единица, приход од самостојна дејност, и приход од несамостојна дејност.

Според методот на изземање, резидентната држава го иззема од оданочување приходот кој е остварен во државата на извор. Како и методот на даночен кредит, и овој методот може да се применува како унилатерална мерка или да биде предвиден во билатералните договори. Типичен ефект од примената на овој метод е тоа што државата каде што е остварен приходот, односно државата на извор, има исклучиво право на оданочување на приходот кој е остварен на нејзината територија. По правило, резидентната држава ги иззема од оданочување доходот односно капиталот од недвижен имот ситуиран во државата на извор; добивката која резидентна компанија ја остварила преку постојана деловна единица која функционира во државата на извор итн. Главна цел на ова ограничување е да се изземе од оданочување оној доход кој државата на извор има право да го оданочи, иако и таа може, еднострано, да одлучи да го изземе од оданочување истиот тој доход за да стимулира инвестирање.

Државите кои го применуваат методот на изземање, главно, го користат за избегнување на двојно оданочување на активен приход, како добивка стекната преку постојана деловна единица и приход од вработување, додека методот на даночен кредит го применуваат за пасивен доход, како што се каматите, дивидендите и приходот од авторски права. Ваквата поделба е преземена од официјалната препорака на методот на изземање од чл.23А на ОЕЦД Модел даночната конвенција за доход и капитал.

Примената на методот на изземање поттикнува загриженост поради следните неколку причини¹⁷:

- се намалуваат даночните приходи на резидентната држава;
- загубите на постојаната деловна единица може да бидат анулирани од страна на резидентната држава;
- го поттикнува изборот на државите со ниски даночни стапки или државите-даночни раеви за резидентни држави;
- може да предизвика двојно неоданочување доколку државата на извор ги иззема тие износи од оданочување, и
- при примена на методот на изземање со прогресија потребни се детални финансиски извештаи.

¹⁷ Azemar, Celine, Delios, Andrew, *The Tax Sparing Provision Influence: A Credit versus Exempt Investors Analysis*, Department of Economics - University of Glasgow, 2003, 1-3.

Кога станува збор за данокот на доход на физички лица и за други прогресивни даноци, методот на изземање се јавува во две варијанти: метод на полно изземање и метод на изземање со прогресија.

2.2.1 Метод на полно изземање (full exemption method)

По правило, методот на полно изземање се користи за изземање во државата на извор, но речиси никогаш за спречување на меѓународно двојно оданочување во резидентната држава. Овој метод подразбира дека државата се откажува од правото на оданочување на приход остварен во други држави.

Пример 3: *Согласно член 24 од Спогодбата за избегнување на двојно оданочување помеѓу РМ и Кралство Холандија доколку резидент на РМ остварува доход во Холандија, РМ се откажува од оданочување на доходот во корист на Холандија.*

Преку овозможување на полно изземање за приходот остварен во државата на извор на своите резиденти, резидентната држава може странските инвеститори да ги стави во еднаква даночна положба со резидентите на државата на извор. Дали ваквата еднаква даночна положба навистина се случува зависи од активностите на државата на извор. Ако оваа држава обезбедува даночни олеснувања за странските инвеститори, што е чест случај во праксата, тогаш странските инвеститори може да бидат во попривилигирана положба отколку резидентите на државата на извор.

2.2.2 Метод на изземање со прогресија (exemption with progression)

Според овој метод, државата го зема во предвид приходот остварен во други држави само за утврдување на стапката на данок со кој ќе се оданочи приходот остварен на нејзина територија.

Пример 4: *Резидент на РМ остварил доход во САД, во износ од 1000 ден., а во РМ 2000 ден. На доходот од 2000 ден. се додава доходот од 1000 ден. остварен во САД. Се добива доход од 3000 ден. за кој стапката на данок би била 15 %. Стапката од 15% би се применила, не на износ од 3000 ден., туку само на износот од 2000 ден. на доход остварен во РМ, на кој доколку не се додаде износ на доход остварен во САД би се применила пониска даночна стапка (на пример од 12%).*

Ефектот од примена на иззементиот доход е да се земе во предвид при утврдување на повисоката даночна стапка која ќе се примени единствено на доходот остварен во резидентната држава. Овој метод се користи во многу билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување, вклучувајќи договори склучени од страна на Австрија, Белгија, Германија, Финска, Франција, Исланд, Луксембург, Холандија, Шпанија и Швајцарија.

Значајна разлика во корист на примена на методот на изземање со прогресија е третманот на странските загуби. Според овој метод, загубите може да се надоместат од другите, домашни позитивни приходи и така ќе се намали доходот за оданочување во резидентната држава. Кај методот на полно изземање, пак, странските загуби се земаат во предвид при изземањето. Член 23А од ОЕЦД Модел даночната конвенција за доход и капитал препорачува употреба на методот на изземање со прогресија за државите кои сакаат овој метод да го применат на активниот странски приход.

Разликата во начинот на кој делуваат двата подвиди на методот на изземање практично е појаснета во табелата во продолжение. Види Табела 3.

Табела 3. Метод на полно изземање versus метод на изземање со прогресија

	Метод на полно изземање	Метод на изземање со прогресија
Остварен приход во државата на извор	50	50
Остварен приход во резидентната-држава	50	50
Вкупен приход	100	100
Даночен долг во државата на извор (40% x 50)	20	20
Даночен долг во резидентната држава (35% x 50)	17.5	22.5
Вкупен даночен долг	37.5	42.5
<i>Даночната стапка во државата на извор е пропорционална и изнесува 40%, додека во резидентната држава стапките се прогресивни и на приход до 50 единици се применува даночна стапка од 35%, а над 50 единици даночна стапка од 45%.</i>		

Сумирано, основните разлики помеѓу методот на даночен кредит и методот на изземање се дадени во табелата подолу. Види Табела 4.

Табела4. Метод на даночен кредит versus метод на изземање

Метод на даночен кредит	Метод на изземање
Гледа во данокот.	Гледа во доходот/приходот.
Вкупниот даночен долг, по правило, е еднаков со повисокиот долг од даночните стапки во двете држави.	Данокот може да биде понизок од даночната стапка во резидентната државата.
Користта од даночните олеснувања дадени во државата на извор се уживаат во резидентната држава.	Државата на извор може да даде фискални бенефиции на инвеститорите.
Загубите во државата на извор се земаат во предвид во резидентната држава.	Загубите во државата на извор не се земаат во предвид.
Извозна инвестициска неутралност (Investment Export Neutrality).	Увозна инвестициска неутралност (Investment Import Neutrality).

Извор: Ajwani, Naresh, *Elimination of Double Taxation*, 2008, pp. 31-42.

И конечно, во прилог е извршена и класификација на државите зависно од тоа дали се имаат определено за принципот на светски доход односно за принципот на извор.

Графикон 1. Држави кои се имаат определено за принципот на светски доход

<p>Група на држави кои се определени за принципот на светски доход (Група А)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Метод на даночен кредит за активниот деловен приход од странска филијала - Метод на даночен кредит за странски пасивен приход, вклучително и не-портфолио дивиденди од странски подружници - Определени изземања, само во контекст на билатералниот даночен договор - Норвешка, Индија, повеќето држави од Латинска Америка (вклучително и Бразил) и САД 	
<p>Група на држави кои се определени за принципот на извор (Група Б)</p>	
<ul style="list-style-type: none"> - Изземање на активниот деловен приход од странска филијала - Изземање на не-портфолио дивиденди од странски подружници - Метод на даночен кредит за останатите видови на странски пасивен приход - Австралија, Австрија, Данска, Естонија, Франција, Холандија, Шпанија и Швајцарија 	
<p>Хибридна група на држави (Група В)</p>	

<p>- Метод на даночен кредит за активниот деловен приход од странска филијала</p> <p>- Метод на даночен кредит за странски пасивен приход</p> <p>И</p> <p>- Изземање на не-портфолио дивиденди од странски подружници</p> <p>- Изземање на добивката на филијалите во контекст на билатералните даночни договори</p> <p>- Белгија, Канада, Германија, Финска, Луксембург, Малта, Нов Зеланд, Полска, Португалија, Русија, Јужна Африка, Шведска, Велика Британија</p>	
--	--

Извор: Blanluet, Gauthier, *Key Practical Issues to Eliminate Double Taxation of Business Income*, 65th Congress of the International Fiscal Association, IFA 2011, Paris, 2011, 20-22.

3. Методите за избегнување на меѓународно двојно оданочување во мултилатералните конвенции за избегнување на двојно оданочување.

Како што веќе беше напоменато, методите за избегнување на двојно оданочување се инкорпорираат не само во националните даночни прописи, туку и во мултилатералните и билатералните конвенции за избегнување на двојно оданочување. Така, методот на даночен кредит и методот на изземање се содржани во ОЕЦД Модел даночната конвенција за доход и капитал, Модел конвенцијата на ООН за избегнување на двојно оданочување помеѓу развиените држави и државите во развој и Модел конвенцијата на САД.

- **ОЕЦД Модел даночната конвенција за доход и капитал**¹⁸ – членот 23 од оваа Конвенција го уредува прашањето за елиминирање на двојно оданочување на доход и капитал кој е оданочен во двете држави-договорнички. Со оглед дека приоритет за оданочување има државата на извор, одредбите за спречување на двојно оданочување преку примена на методите важат само за резидентната држава. Според оваа Модел конвенција, државите договорнички може да го изберат методот на изземање (чл.23А) кој се однесува на приходот или методот на даночен кредит (чл.23Б) кој се однесува на данокот. Државата-договорничка, исто така, има право да користи и комбинација од овие два методи за различен вид на доход односно капитал.

- **Модел конвенцијата на ООН за избегнување на двојно оданочување помеѓу развиените држави и државите во развој**¹⁹ – и во оваа Модел Конвенција методите за избегнување на двојно оданочување се регулирани во чл.23. Оваа Конвенција, исто така, ги предвидува методот на изземање (чл.23А) и методот на даночен кредит (чл.23Б) кои може да бидат усвоени од резидентната држава. Комитетот на ООН предлага обезбедување на инвестициски стимулации преку примена на tax sparing методот, но државите се слободни при изборот на поволности за инвестирање.

- **Модел Конвенцијата на САД**²⁰ – За разлика од претходните две Конвенции, оваа Конвенција не го предвидува методот на изземање, туку единствено методот на даночен кредит (чл.23), при што се даваат директни олеснувања на резидент на едната држава-договорничка за данокот платен во другата држава-договорничка.

4. Унилатерални (автономни) мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување во прекуграничното даночно право на Република Македонија.

Унилатералните мерки кои ги има преземено Република Македонија за одбегнување на меѓународно двојно оданочување на доходот на физичките лица и добивката на правните лица се содржани во

¹⁸ *Model Tax Convention on Income and Capital – Full version*, OECD, July 2010.

¹⁹ *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, United Nations Publications, New York, first edition 1980, second edition 2001.

²⁰ *United States Model Income Tax Convention*, 2006.

Законот за персонален данок на доход²¹ и Законот за данокот на добивка²², но бројот на овие мерки е релативно ограничен и недоволен за успешно решавање на проблемот на двојно оданочување.

Законот за персонален данок од доход ја сочинува правната рамка за оданочување на различните видови на приходи кои физичките лица од различни извори ги оствариле во текот на една фискална година. Актуелниот систем на оданочување на физичките лица го има прифатено критериумот на резиденство како клучен критериум наспроти веќе надминатите критериуми од традиционалното даночно право како: државјанство, национална припадност и сл. Според македонското даночно законодавство физичкото лице ќе биде резидент доколку има постојано живеалиште или престојувалиште на територијата на Република Македонија непрекинато или со прекин 183 или повеќе дена во било кој 12 месечен период (чл.7) и ќе има неограничена даночна одговорност односно ќе биде оданочен според принципот на светски доход. За одбегнување на меѓународно двојно оданочување по основ на доход македонскиот законодавец се определил за методот на обичен даночен кредит. Во чл. 13 е определено дека: „на обврзникот му се намалува пресметаниот данок на доход за износот на платениот данок на доход во друга држава, најмногу до износот што би се добил со примена на даночните стапки од чл.12 на овој закон”. Даночната стапка која е применлива е општа и пропорционална и изнесува 10%.

Во Законот за данокот на добивка, исто така, како мерка за одбегнување на двојно оданочување, во членовите 37 и 38 е предвиден методот на обичен даночен кредит независно од карактерот на даночниот систем на државата на изворот. Имено, на обврзникот резидент на Републиката кој на добивката што е остварена со работа во странство платил данок во друга држава му се намалува пресметаниот данок во земјата за износот на данокот платен во странство, а најмногу до износ на данокот што би се добил со примена на даночната стапка од 10%. За да се искористи погоре посочената корист потребно е резидентот да ги пријави приходите кои ги остварил во странство и да поднесе соодветна документација која ќе послужи како доказ за платената даночна обврска. Во оваа смисла, едно правно лице е даночен обврзник - резидент доколку е основано или има седиште во Република Македонија, независно од потеклото на капиталот.

²¹ Закон за персонален данок на доход, Службен весник на Р. Македонија, бр. 80/93, 70/94, 71/96, 28/97, 8/01, 50/01, 02/02, 44/02, 96/04, 120/05, 52/06, 139/06, 160/07, 159/08, 20/09, 139/09, 171/10, 135/2011, 166/2012, 187/2013 и 13/2014.

²² Закон за данокот на добивка, Службен весник на Р. Македонија, бр. 112/2014.

Покрај Законот за данокот на добивка, од огромна значење за справување со проблемот на двојно оданочување на добивката, како и со проблемот на двојно ослободување, претставува Правилникот за начинот на пресметување и уплатување на данокот на добивка и спречување на двојното ослободување или двојното оданочување²³. Според Правилникот, домашни правни лица, домашни физички лица – регистрирани за вршење дејност и странски правни лица или физички лица – нерезиденти со постојана деловна единица во Република Македонија како исплатувачи на приход на странско правно лице се должни да пресметуваат и уплатуваат данок на добивка по задршка за приходите остварени од: дивиденди, камати, авторски хонорари, приходите од забавни или спортски активности кои се вршат во Република Македонија, приходите од вршење на менаџмент, консалтинг, финансиски услуги и услуги на истражување и развој, приходи од осигурителни премии за осигурување или реосигурување од ризици во Република Македонија, приходи од телекомуникациски услуги помеѓу Република Македонија и странската држава и приход од закуп на недвижности во Република Македонија. Доколку овие приходи се исплаќаат на странско правно лице кое е резидент на држава со која Република Македонија има склучено договор за одбегнување на двојно оданочување, правата од договорот се остваруваат на пропишани обрасци, Барање за олеснување односно ослободување од данок на соодветно исплатениот приход заверен од надлежен даночен орган во странство. Ваквото барање се поднесува во четири истоветни примероци од кои по еден примерок за подносителот на барањето, за надлежниот даночен орган во странство, за исплатувачот и за УЈП. Во случај, пак, ако во времето на исплатата на приходите на странското правно лице домашниот исплаќач не располага со заверен примерок од Барањето исплатата на приходите ја врши во согласност со одредбите од Законот за данокот на добивка, а странското правно лице има право во рок од три години до Регионалната Дирекција на УЈП да достави заверено барање за поврат на данок од дивиденда/камата/приходи од авторски права/ други приходи за да го оствари правото за поврат на повеќе платениот данок врз основа на договорите за одбегнување на двојно оданочување.

Во повеќето билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување кои ги има склучено Република Македонија, исто така, се применува методот на обичен кредит, додека во мал број се применува методот на изземање со прогресија.

²³ Службен весник на Република Македонија, бр. 173/11, исправка 4/2012 и 72/14.

Заклучок

Глобализацијата и интернационализацијата на економските односи резултираше со надминување на националните граници и развивање на прекугранична активност на субјектите. Покрај низата предности, ваквиот начин на глобално дејствување на физичките и правни лица доведува до меѓународно двојно оданочување.

Меѓународното двојно оданочување има негативни последици, како за деловните субјекти кои дејствуваат глобално, така и за националните економии, па од оваа причина во меѓународната практика за оданочување на доход и капитал се користат два вида на мерки за избегнување на меѓународно двојно оданочување, и тоа: билатерални мерки, преку склучување на договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување, и унилатерални (автономни) мерки за спречување на меѓународно двојно оданочување. Унилатералните мерки се мерки кои државите ги преземаат самостојно преку воведување на определени правила во своите национални даночни законодавства со кои еднострано се откажува од правото да го оданочи доходот кои нивните резиденти го оствариле во други држави.

Најчесто употребувани методи за ублажување на меѓународното двојно оданочување се методот на даночен кредит и методот на изземање. Методот на даночен кредит подразбира намалување на данокот на светски доход, утврден во резидентната држава, за износот на данокот кој што бил платен во државата на извор и истиот се јавува во две варијанти: методот на целосен кредит и методот на обичен кредит. Методот на изземање, пак, означува изземање на доходот кој бил остварен во државата на извор од даночната основа во резидентната држава, и се јавува, исто така, во два подврста: метод на полно изземање и метод на изземање со прогресија. Независно од нивните карактеристики, ниту еден од овие два методи не се совршени и не доведуваат до целосно елиминирање на меѓународното двојно оданочување, туку единствено овозможуваат ублажување на негативните ефекти кои ги предизвикува овој феномен на меѓународното даночно право.

Република Македонија, исто така, има преземено како билатерални, така и автономни мерки за спречување на меѓународно двојно оданочување. Унилатералните мерки се содржани во Законот за персонален данок на доход (чл. 13) и Законот за данокот на добивка (чл. 37 и 38), при што во двата случаи македонскиот законодавец се определил за примена на методот на обичен кредит. Во повеќето билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување кои ги има склучено Република Македонија, исто така, се применува методот на обичен кредит.

Библиографија:

1. Ajwani, Naresh, *Elimination of Double Taxation*, 2008.
2. Azemar, Celine, Delios, Andrew, *The Tax Sparing Provision Influence: A Credit versus Exempt Investors Analysis*, Department of Economics - University of Glasgow, 2003.
3. Baker, Philip, *Some Aspects of United Kingdom Double Taxation Relief*, 52 Bulletin for International Fiscal Documentation, 1998.
4. Barbuta-Misu, Nicoleta, Tudor, Florin, *The International Double Taxation – causes and avoidance*, Law Journal Economica, 2011.
5. Barbuta-Misu, Nicoleta, Tudor, Florin, *The International Double Taxation – Avoiding Methods*, Law Journal Economica, 2010.
6. Blanluet, Gauthier, *Key Practical Issues to Eliminate Double Taxation of Business Income*, 65th Congress of the International Fiscal Association, IFA 2011, Paris, 2011.
7. Chang, Li-Hua, Jones, David, *Selection of Credit Limit Methods: The Comprehensive Limit Credit Method or the Line-state Limit Credit Method*, Journal of Applied Sciences 13 (8), 2013.
8. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Introduction to International Double Taxation and Tax Evasion and Avoidance*, Seventh Session, Geneva, 2011.
9. DePasquale, Paul, Varley, Alyssa, *Telecommunications & Methods for Avoiding Double Taxation*, Zurich, 2009.
10. Dopirlak, Rastislav, *Double Taxation Through Direct Taxes and Its Elimination Following the 2004 Tax Reform*, BIATEC, Volume XII, 8/2004.
11. Dudas, Dacian Sorin, *Unilateral Legislative Measures and Methods for Avoiding the International Double Taxation*, The Sectorial Operational Programme for Human Resources Development 2007-2013, West University of Timisoara, 2013.
12. Fialkova, Lenka, *Key Practical Issues to Eliminate Double Taxation of Business Income*, Subject 2, IFA 2011 Paris Congress, 2011.
13. Flemig, Clifton, Peroni, Robert, Shay, Stephen, *Worse Than Exemption*, Emory Law Journal, Vol.59, 2009.
14. Goodspeed, Timothy, Dryden Witte, Ann, *International Taxation*, 2009.
15. Jones, John, *Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization*, European Taxation, International Bureau of Fiscal Documentation, 1996.

16. Kofler, Georg, *Indirect Credit versus Exemption: Double Taxation Relief for Intercompany Distributions*, Bulletin for International Taxation, International Bureau for Fiscal Documentation, 2012.
17. Lokken, Lawrence, *Credit vs Exemption: A Comparative Study of Double Tax Relief in the United States and Japan*, Research Paper Studies, Miami Law, 2011.
18. Ludicke, Jurgen, *Exemption and Tax Credit in German Tax Treaties – Policy and Reality*, Bulletin for International Taxation, International Bureau for Fiscal Documentation, 2010.
19. Santiago, Igor Mauler, Fonseca, Fernando Daniel, *Key Practical Issues to Eliminate Double Taxation of Business Income*, Quartier Latin, São Paulo, 2006.
20. Sherman, Richard, Brinker, Thomas, *Does a Foreign Tax Credit Exist at the State Level?: Double Taxation and How States Treat Foreign Taxes Paid for Individuals*, Accounting & Taxation, Journal of Financial Service Professionals, 2012.
21. United Nations Conference on Trade and Development, *Taxation*, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, 2000.
22. Vogel, Klaus, *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, 56 Bulletin for International Fiscal Documentation, 2002.
23. Wiedermann-Ondrej, Nadine, *Hybrid Instruments and the Indirect Credit Method – Does it work?*, Discussion Papers SFB International Tax Coordination, SFB International Tax Coordination, WU Vienna University of Economics and Business, Vienna, 2007.

Законски прописи

1. *Закон за персонален данок на доход*, Службен весник на Р. Македонија, бр. 80/93, 70/94, 71/96, 28/97, 8/01, 50/01, 02/02, 44/02, 96/04, 120/05, 52/06, 139/06, 160/07, 159/08, 20/09, 139/09, 171/10, 135/2011, 166/2012, 187/2013 и 13/2014.
2. *Закон за данокот на добивка*, Службен весник на Р. Македонија, бр. 112/2014.

Elena Neshovska Kjoseva, PhD*

Paper for the International Scientific
Conference “Ohrid School of Law”

METHODS FOR ELIMINATION OF DOUBLE TAXATION: TAX CREDIT METHOD *VERSUS* METHOD OF EXEMPTION

Abstract

Cross-border activities and investment incentives beyond the national borders are subject of taxation in two or more jurisdictions. The problem of double taxation arises when two tax jurisdictions overlap and each country tax the same item of income, profit and capital. The main subject of this paper are the unilateral measures for elimination of double taxation undertaken by the countries, especially the tax credit method and the method of exemption. This paper analyzes the main features of these methods, their pros and cons through in-depth review of the legal provisions and theoretical knowledge. The main conclusion is that most countries, including Republic of Macedonia, use the ordinary tax credit method in terms of elimination of double taxation.

Key words: globalization, double taxation, elimination of double taxation, tax credit method, method of exemption.

JEL classification: H2, H20.

* Teaching and research assistant, UNIVERSITY “SS Cyril and Methodius”, Department of Financial Law, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, bul. Goce Delcev 9b, 1000 Skopje, Republic of Macedonia, phone: +389 70 688 557, e-mail: elena_neshovska@yahoo.com.

НАСТАНОКОТ И ПРИРОДАТА НА ПРАВНОТО ЛИЦЕ

УДК: 34.08
Review paper

Резиме

Разоткривањето на сржта на правното лице е непрекината тема на дебата помеѓу философите, политиколозите, социолозите, економистите, а пред сè правниците. Во судирот на нивните ставови настануваат најразлични теории коишто го објаснуваат постоењето на субјекти на правото коишто не се човечки суштества. Трудот има за цел елегантно да го воведо читателот во една хаотична дебата којашто трае со векови и да даде свежа перспектива на теориите за природата на правното лице коишто опфаќаат најшироко идеолошко подрачје. Станува збор за тројството: теорија на фикција, реалистичка теорија и договорна теорија. Авторот дава кус преглед на историскиот развој, главните пропоненти и теоретските постулати на секоја од теориите. На крајот, авторот ги споредува наведените теории и дава препораки за трансплотирање и интернализирање на теории за правниот субјективитет во конкретни правни системи.

Клучни зборови: правно лице, правен субјективитет, претпријатие, трговско друштво, теорија на фикција, реалистичка теорија, договорна теорија.

¹ М-р Петар Димитров, соработник на катедрата по право на трговските друштва на Правен факултет “Јустинијан Први “ Скопје – Универзитет “Св. Кирил и Методиј”

Petar Dimitrov LL.M.

THE CREATION AND NATURE OF THE LEGAL PERSON

Summary

Unveiling the essence of the legal person has been a continuous point of contention among philosophers, politologists, sociologists, economists, and above all jurists. The clash of their ideas gives rise to various theories that analyze the existence of a legal subject that is not human. This paper aims to provide the reader with an elegant introduction into a chaotic debate that spans for centuries. Furthermore, using a broad ideological focus, the paper offers a fresh perspective on the theories that define the nature of the legal person. The author focuses on the trinity: fiction theory, realism theory and contractual theory. He presents a short overview of the historical development main proponents and theoretical foundations of each theory. Finally, the author compares the theories and gives recommendations for the transplanted and internalization of the theories of legal personhood in particular legal systems.

Keywords: legal person, legal personality, corporate personhood, company, corporation, fiction theory, realism theory, contractual theory

Вовед

Правното лице се дефинира како субјект на права и на обврски којшто ја има способноста во свое име да поседува имот, да стапува во правни односи, да тужи и да биде тужен. Разоткривањето на сржта на ова битие без душа и тело е непрекината тема на дебата помеѓу философите, политиколозите, социолозите, економистите, а пред сè правниците.² Во судирот на нивните ставови настануваат најразлични теории коишто го објаснуваат постоењето на субјекти на правото коишто не се човечки суштества. Во центарот на овие теории се јавуваат две клучни прашања коишто се однесуваат на правниот статус и на општествената реалност на правното лице. “Дали е тоа вистинско битие со сопствена волја и цели или пак станува збор за прост збир на индивидуи коишто склучуваат меѓусебен договор? Дали правното лице претставува манифестација на општествената реалност или станува збор за фиктивно суштество на правото?”³

Пред да се појде во потрага по одговорот на овие прашања мудро е да се разгледа нејзината целисходноста. Дали теориите за потеклото на правиот субјективитет имаат примена надвор од академските кругови? Дали модерното право воопшто се интересира за овие прашања или станува збор за “интересна философска шпекулација..... далечна за просечниот правник.”⁴

Доколку нормите го сочинуваат телото на правото, теоретската основа несомнено ја претставува неговата душа. Поаѓајќи од презумпцијата дека секој правен систем се стреми кон остварување на кохерентност помеѓу концептите (теорија) и нормите (практика), може да се изведе тезата дека прифаќањето на одредена теорија за правниот субјективитет од страна на еден правен систем ќе резултира со далекусежни последици врз позитивното право. Одредени правници одат чекор понатаму во анализата на влијанието на теоретските основи на правниот субјективитет врз еден правен систем. Така, според Maitland “индивидуализмот којшто го разложува трговското друштво на поединечни содружници, односно акционери, подеднакво се однесува и на

² Во таа смисла: Hallis, Frederick. *Corporate Personality. A study in jurisprudence.* Oxford University Press: London, (1930). Глава 3.

³ Iwai, Katsushito. "Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance." *American Journal of Comparative Law* 47, бр. 4 (1999): стр. 583-632.

⁴ Foster, Nicholas H. D. *Company law theory in comparative perspective, England and France.* London: University of London, School of Oriental and African Studies, Dept. of Law (2000). стр. 588.

државата.”⁵ Тој аргументира дека основата врз којашто се утврдува постоењето на правните лица е неизбежно поврзана со основата за постоењето на државата (како правен конструкт со субјективитет). Затоа, секој пропуст во теоретското дефинирање на правните лица значи пропуст во детерминирање на статусот на власта на самата држава.

Имајќи го во предвид влијанието на теоријата врз практиката, во овој труд ќе бидат разгледани теориите за настанувањето на правните лица, аргументите коишто тие ги нудат и нивната улога во современите правни системи. Разгледаните теории неретко се служат со неправни (политички, морални, економски, философски и теолошки) ставови и аргументи. Иако тоа значително го отежнува пронаоѓањето на оптималната теорија, стоиме на ставот дека е неопходно теориите да бидат разгледани во целост, вклучувајќи го и историскиот контекст во којшто настанале.

Конечно, би напоменале дека различни автори поаѓаат од различни теории при поставувањето на страните во дебатата за потеклото на правниот субјективитет. Така, Maitland⁶ се повикува на теоријата на корпоративен реализам, наспроти теоријата на проширен симболизам наспроти теоријата на фикција, Hallis⁷ ја спротивставува теоријата на реализам, наспроти теоријата на субјективни права, наспроти теоријата на фикција, Shane⁸ говори за теоријата на лица, наспроти теорија на групи наспроти теорија на концесија, Iwai⁹ пишува за корпоративен реализам наспроти корпоративен номинализам, наспроти теорија на фикција. Имајќи ја во предвид целта на трудот, елегантно воведување на читателот во една хаотична дебата којашто трае со векови, ќе бидат разгледани централните теории коишто опфаќаат најшироко идеолошко подрачје. Станува збор за тројството: теорија на фикција, реалистичка теорија и договорна теорија.

⁵Во таа смисла: Maitland, Frederic William. Во воведот на *Political theories of the Middle Age*. Cambridge Cambridgeshire: Cambridge University Press, (1987). стр. xiii.

⁶ Ibid.

⁷ Hallis, Frederick. *Corporate Personality. A study in jurisprudence*. Цитирано издание.

⁸ A. Schane, Sanford. *A Legal Theory for Bureaucratic Society*. University of California Press, 1986.

⁹ Iwai, Katsushito. "Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance." Цитирано издание.

Правното лице како правна фикција

Првите идеи за правниот субјективитет се јавуваат во католичката црква околу XIII век. Во тој период религиозните фондации стекнувале имот којшто од религиозни причини не смееле да го префрлат на поединци (“Не можете да им служите на Бога и на Мамона.”¹⁰ “Ве уверувам дека полесно камила ќе се спровре низ иглени уши, отколку богат човек да влезе во небесното царство!”).¹¹ Така, настанала потребата од правен механизам кој би им овозможил на религиозните фондации да се јават како сопственици на имот, ослободувајќи ги свештениците од товарот на богатството. Решението го пронашол Папата Невин IV¹² во канонското право (*Jus ecclesiasticum*) според кое духовните субјекти (манастир, парохија, црква) се нарекувале *personae fictae*, односно фиктивни лица. Оваа идеја била брзо прифатена бидејќи претставувала елегантно решение за болниците, за манастирите и за самоуправните градови коишто биле распространети во тој период. Според оваа теорија физичките лица се единствените вистински лица, а правните лица се фиктивни лица, односно лица коишто настанале по пат на правна фикција. Затоа, обемот на правата и на обврските коишто правното лице може да ги стекне е исклучиво детерминиран од државата, односно од правото.

Еден од најпознатите претставници на оваа теорија е Friedrich Carl von Savigny. Тој ја продлабочил теоријата на фикција, но за разлика од Невин IV, истата ја анализираше користејќи се со аналогијата на старателскиот (туторскиот) однос од Римското право. Според Savigny, покрај луѓето, односно физичките лица, правото познава и субјекти на сопственички права, одредени фиктивни, вештачки или правни лица, а во рамките на оваа поделба правото го познава претпријатието. Ова лице мора внимателно да биде раздвоено од физичките лица коишто се нарекуваат негови членови. Тоа е способно да поседува сопственички права, но не е способно да знае, да намерава, да одлучува и да делува. Односот помеѓу него и неговите членови може да се спореди со оној помеѓу штитеник и старател, односно оној помеѓу душевно болно лице и куратор на неговиот имот. Тие лица се стекнуваат со имот како резултат на дејствијата на нивните старатели, односно куратори и доколку можат да

¹⁰Константинов, Д.Х. Библија: (Свето писмо): Стариот и Новиот завет. “Еуролибер”, Битола: (1999). Матеј 6:24 од Новиот завет; Мамон претставува богатство, односно алчност.

¹¹Ibid. Матеј 19:24 од Новиот завет.

¹²Sinibald Fieschi, во 1243 прогласен за Папа Невин IV.

се стекнуваат со договорни права мора да можат да бидат носители и на договорни обврски. Против овие лица може да се поднесе тужба за неосновано збогатување, но тие не можат да имаат деликтна способност. Понатаму, Савињи сметал дека обидот за санкционирање на овие лица (деликтна способност) би бил апсурден и неправеден. Затоа, државата го задржува правото, по административен пат, да го распушти секое здружување коешто го смета за штетно. Конечно, бидејќи правното лице е правна фикција, неговиот правен субјективитет мора да оригинира од некој авторитативен акт, односно од декларација на волјата на државата.¹³

Правен субјективитет допуштен од страна на државата

Теоријата на концесија претставува екстензија на теоријата на фикција. Таа го наоѓа својот теоретски зачеток во Римското право. Според римскиот правник и судија Lucas de Penna, педесет и деветиот од седумдесет и шестте прерогативи на императорот е дека тој и само тој може да креира фикции: *Solus princeps fingit quod in rei veritate non est.*¹⁴ Бидејќи правното лице е суштество креирано од државата, таа мора да го вдахне здивот на фиктивен живот. Во спротивно не би станало збор за анимирано тело, туку за индивидуалистичка прашина.¹⁵

До поширока примена на оваа теорија доаѓа во пост-феудалниот период во Англија. До тој момент, правните лица во Англија се подведуват под теоријата на фикција. Како последица на оваа теоретска определба, односно како последица на новостекнатиот правен субјективитет, независните политички заедници во рамките на кралството (*independent commonwealths*), црквата и самоуправните градови се стекнуваат со зголемена моќ и независност од круната. Со цел да се врати концентрацијата на моќ во рацете на круната, доаѓа до воспоставување на систем на дозволи (концесии). Така, за стекнување на статусот правно лице неопходно било добивање на дозвола од државата.¹⁶

Според теоријата на концесија, правото на државата да го доделува и одзема правниот субјективитет на групи и на здруженија коишто егзистираат на нејзината територија претставува карактеристика, односно

¹³ Во таа смисла: Gierke, Otto von. *Political theories of the Middle Age*. Цитирано издание, стр. xx.

¹⁴ Buckland, William Warwick. *The Main Institutions of Roman Private Law*, Cambridge: Cambridge University Press (2011). стр. 88.

¹⁵ Во таа смисла: Gierke, Otto von. *Political theories of the Middle Age*. Цитирано издание, стр. xxx.

¹⁶ Stokes, M. *Company Law and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press (1986). стр. 155.

манифестација на нејзиниот суверенитет. Затоа, правното лице претставува концесија, односно допуштање од страна на државата. Бидејќи теоријата на концесија претставува екстензија на теоријата за фикција, двете теории го делат ставот дека правните лица можат да имаат правен субјективитет единствено доколку тој им е доделен од страна на државата. Тие се разликуваат по тоа што теоријата на фикција е примарно философска теорија којашто се обидува да одговори на прашањето дали правното лице настанува во објективната реалност или во интелектот, додека теоријата на концесија оди чекор понатаму и ги анализира изворите на правната сила на правното лице во правниот систем.

Правното лице како општествена реалност

Во XVI век германскиот правник Johannes Althusius ја основа реалистичката теорија. Според оваа теорија, правното лице е реално битие, односно тоа егзистира како општествена појава во објективната реалност. Правото единствено го признава и го ефектуира тоа постоење. Според реалистите, правото ја нема моќта да создава лица, единствено моќта да ги признае или да не ги признае истите. Правниот субјективитет егзистира хронолошки пред правото и објективно вон правото. Од ваквиот пристап може да се изведе заклучокот дека реалистите ставаат нагласка на природното право и на слободата на здружување. Најпроминентен застапник на оваа теорија е германскиот правник Otto Friedrich von Gierke според кого:

“Нашето германско Genossenschaft (здружение на граѓани) не е фикција ниту симбол ниту дел од државната машинерија ниту колективно име за група индивидуи, туку жив организам и вистинско лице, со свое тело, свои членови и своја волја. Тоа самото може да одлучува и да делува. Одлучува и делува преку неговите членови коишто се неговите органи, како што човекот делува со својот мозок, уста и рака. Тоа не е фиктивно лице. Тоа е заедничко лице (Gesamtperson) и неговата волја е заедничка волја (Gesamtwille).”¹⁷

Според реалистичката теорија, создавањето на правните лица од страна на државата суштински не се разликува од “создавањето” на бракови. Државата пропишува дека лица коишто сакаат да стапат во брак можат тоа да го сторат по пат на регистрација во соодветниот регистар. Бракот не може да биде полноважен без регистрацијата, но државата нема

¹⁷Gierke, Otto von. Political theories of the Middle Age. Цитирано издание, стр. xxvi.

дискреционо право да одлучува кој брак е дозволен ниту може, (во отсуство на брачни пречки), да го спречува склучувањето на бракот. Теоријата на реализам ја ограничува улогата на државата, во контекст на создавањето на правните лица, на констатирање на постоењето на фактичката состојба.

Правното лице како договор

Договорната теорија се развила во Франција во XIX век, период во којшто преовладувало начелото на слободата на договарање. Договорната теорија поаѓа од идејата дека правните лица потекнуваат од групи на луѓе. Вообичаениот, неретко и единствениот правен механизам за уредување на односите во рамките на овие групи бил договорот. Врз основа на тоа, претставниците на договорната теорија резонирале дека групите признаени од правото се договори или, во најмала рака, се потпираат на договорот како нивен суштински елемент. Според договорната теорија правното лице е производ на согласноста на волјата на основачите да го основаат истото. Правното лице “настанува” на истиот начин на којшто “настанува”, односно се склучува било кој договор.

Договорната теорија била дел од францускиот Граѓански законик до крајот на 19 век. Со инаугурирањето на трговското друштво со едно лице во Франција, старата дефиниција според која: “Трговското друштво претставува договор...”,¹⁸ била заменета со дефиниција која не се приклучува кон ниту една теорија за природата на правното лице.¹⁹

Договорната теорија доживува реанимација со теоријата за претпријатието како мрежа на договорни односи (*nexus of contracts*) за чиј основоположник се смета економистот Ronald Coase.²⁰ Според пропонентите на оваа теорија, претпријатијата се дефинираат како правни фикции коишто служат како мрежа за воспоставување на договорни односи помеѓу индивидуите. Со други зборови, оваа теорија претпријатието го сведува на збир на договорни односи помеѓу содружниците, управителите, доверителите, работниците, потрошувачите, добавувачите и сите останати учесници во процесот на производство и

¹⁸ Декрет број 78-12 од 4-ти јануари 1978.

¹⁹ Член 1832 од Францускиот граѓански законик: “Трговското друштво е основано од едно или повеќе лица коишто се согласуваат по пат на договор да го наменат нивниот имот или нивниот труд на заеднички деловен потфат, а со цел да го делат профитот и придобивките коишто резултираат од тој потфат. Трговското друштво, во законски предвидените услови, може да биде основано од страна на едно лице.”

²⁰ R. H. Coase. *The Nature of the Firm*. *Economica*, New Series 4, бр.16 (1937). стр. 386-405.

продажба. Конечно, интерпретирајќи го претпријатието низ призмата на неокласичната економска анализа, тоа добива третман на своевиден пазар којшто “служи како центарот на сложен процес во кој спротивставените цели на индивидуите постигнуваат рамнотежа во рамките на договорните односи.”²¹

Дебата без крај

Иако двете основни концепции (теоријата на фикција и теоријатата на реалност) се дијаметрално спротивни тие, неретко, играле иста улога во различни временски периоди. Така, на “фиктивните” претпријатијата им се припишувал правен субјективитет со цел да се прошири нивната одговорност и да се зголеми нивната моќ наспроти надворешни влијанија. Нешто подоцна, нивниот правен субјективитет бил негиран (сведен на “агрегат на одделни лица”) со цел да се намали нивното влијание во преговорите за колективните договори, а со цел да се заштитат работниците.²² Реалистичката теорија подлежела на истите влијанија. Првично била употребена за да им овозможи на црквата и на државата да го намалат влијанието на индивидуата врз колективот, за подоцна, по француската буржоаска револуција, повикувајќи се на природното право, истата теорија да се употреби со цел да се издигне индивидуата над државата, односно приватните над јавните (државните) интереси.²³

Може да се изведе заклучокот дека теоретската основа ќе влијае на правниот систем онолку колку што ќе допуштат политичките и општествените околности. Повикувајќи се на ваквата флексибилност на теоријата, Dewey ја прогласил дебатата за излишна констатирајќи дека правното лице го претставува “она што правото го бара од него” (person signifies what law makes it signify).²⁴ Во истиот период, Radin, пишувајќи за концепт заплеткан во метафизика, епистемологија и логика, ја

²¹ C. Jensen, Michael, and William H. Meckling. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics* 3, бр. 4 (1976). стр. 305-60.

²² Во таа смисла: Foster, Nicholas H. D. Company law theory in comparative perspective, Цитирано издание, стр. 615

²³ Ibid.

²⁴ Dewey, John. "The historic background of corporate legal personality." *Yale law journal* XXXV, бр. 6 (1926): 655-673.

карактеризира дебатата како бескрајна.²⁵ Гледано од денешна перспектива, оваа прогноза се испоставува како успешна.

Соочени со оспорен *raison d'être* од една страна, бескраен судир на нови варијации на старите теории од друга, а во потрага по продуктивни препораки, ќе пребегнеме во атарот на позитивното право. Кога станува збор за практичната примена на наведените теории, како теоретска основа на современите позитивно-правни прописи, лекцијата којашто треба да се извлече се однесува, во прв ред, на правните транспланти. Вистинското прашање не е која е “вистинската” теорија туку која теорија е адекватна за конкретниот политички и правен систем. Доколку избраната концепција не е рефлексивна на политичките и на правните прилики, нејзината трансплатација може единствено да предизвика штета.

Професорот Kahn-Freund го објаснува овој концепт со една аналогија. Според него, правните транспланти можат да бидат механички или органски. Првите ги споредува со промената на карбуратор во моторно возило, а вторите со орган во човековото тело. Механичкиот трансплант би успеал секаде без потешкотии, но успехот на органскиот ќе зависи од сличноста помеѓу правните системи на донаторот и на реципиентот. Според Kahn-Freund, главниот фактор при утврдувањето на компатибилноста на органските транспланти, особено во контекст на теоретските основи на позитивното право е политичкиот систем.²⁶ Може да се изведе заклучокот дека оптималната теоретска основа е онаа којашто органски настанала низ развојот на еден правен систем. Во отсуство на таква основа, неопходно е внимателно да се оценат општествените, историските, политичките и правните услови пред теоретската концепција да се вдоми во еден правен систем.

²⁵ Radin, Max. “The Endless Problem of Corporate Personality.” *Columbia Law Review* 32, бр.4 (1932). стр. 643-667.

²⁶ Kahn-Freund, O. “Some Reflections on Company Law Reform”, *The Modern Law Review* 7, бр.2 (1944). стр. 54 - 55.

Библиографија:

1. Hallis, Frederick. Corporate Personality. A study in jurisprudence. Oxford University Press: London, (1930).
2. Iwai, Katsushito. "Persons, Things and Corporations: The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance." American Journal of Comparative Law 47, бр. 4 (1999)
3. Foster, Nicholas H. D. Company law theory in comparative perspective, England and France. London: University of London, School of Oriental and African Studies, Dept. of Law (2000)
4. Maitland, Frederic William. Political theories of the Middle Age. Cambridge Cambridgeshire: Cambridge University Press, (1987)
5. A. Schane, Sanford. A Legal Theory for Bureaucratic Society. University of California Press, 1986.
6. Константинов, Д.Х. Библија: (Свето писмо): Стариот и Новиот завет. "Еуролибер", Битола: (1999)
7. Buckland, William Warwick. The Main Institutions of Roman Private Law, Cambridge: Cambridge University Press (2011)
8. Stokes, M. Company Law and Legal Theory. Oxford: Oxford University Press (1986).
9. Code civil des français, C.civ. 21 mars 1804, 28 août 2013.
10. Code de commerce, C.C. 1807, 20 octobre 2013.
11. R. H. Coase. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series 4, бр.16 (1937).
12. C. Jensen, Michael, and William H. Meckling. Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics* 3, бр. 4 (1976).
13. Dewey, John. "The historic background of corporate legal personality." *Yale law journal* XXXV, бр. 6 (1926)
14. Radin, Max. "The Endless Problem of Corporate Personality." *Columbia Law Review* 32, бр.4 (1932).
15. Kahn-Freund, O. "Some Reflections on Company Law Reform", *The Modern Law Review* 7, бр.2 (1944).