



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2017**

***Effective Protection of the Human Rights
and Liberties: Reality or Ideal***

5



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

3-rd International Scientific Conference
12-14 May 2017 Ohrid

**OHRID SCHOOL OF LAW
2017**

*Effective Protection of the Human Rights
and Liberties: Reality or Ideal*

5



IURIDICA PRIMA

ЈУРИДИКА ПРИМА

Институт за правно економски истражувања и едукација

3-та Меѓународна научна конференција
12-14 Мај 2017 Охрид

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО 2017

*Ефективната заштита на човековите права
и слободи: реалност или идеал*

5

Издавач:
Ј У Р И Д И К А П Р И М А

За издавачот:
Ангел Ристов

Печати:
Стоби Трејд

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

34(082)

INTERNATIONAL scientific conference Ohrid school of law (3 ; 2017 ; Ohrid)

Effective protection of the human rights and liberties : reality or ideal / 3-rd International scientific conference school of law 12-14 May 2017, Ohrid ; [главен и одговорен уредник Ангел Ристов]. - Скопје: Ј У Р И Д И К А П Р И М А, 2017. - 2 св. (307 ; 261 стр.) : илустр. ; 25 см. - (Охридска школа на правото ; 5 ; 6)

Насп. ств. насл. на стр. 3: Ефективната заштита на човековите права и слободи : реалност или идеал / 3-та Меѓународна научна конференција 12-14 Мај 2017 Охрид. - Трудови на повеќе јазици. - Фусноти кон текстот. - Библиографија и summaries кон одделни трудови

ISBN 978-608-66152-0-8 (кн. 5)

ISBN 978-608-66152-1-5 (кн. 6)

1. Насп. ств. насл.

а) Правни науки - Зборници

COBISS.MK-ID 105481994

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: д-р Ангел Ристов
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 Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
3. Д-р Дамјан Можина, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија;
4. Д-р Илија Вукчевиќ, Правен факултет, Универзитет Доња Горица, Подгорица, Република Црна Гора;
5. Д-р Драгиња Вуксановиќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
6. Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија;
7. Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
8. Д-р Весна Симовиќ Звицер, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
9. Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина;
10. Д-р Раденко Јотановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Македонија, Република Српска, Босна и Херцеговина;
11. Д-р Сања Гонцета, Колец на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска;
12. Д-р Лидија Шимуновиќ, Правен факултет, Универзитет во Осиек, Република Хрватска;
13. Д-р Лазар Јовевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје, Република Македонија;
14. М-р Илија Манасиев, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија;
15. М-р Душан Босиљанов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија.

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

Editor –in-chief: Angel Ristov, PhD

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, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
3. PhD, Damjan Možina, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia;
4. PhD, Draginja Vuksanović, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
5. PhD, Ilija Vukčević, Faculty of Law, University, Donja Gorica, Podgorica, Republic of Monte Negro;
6. PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia;
7. PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Nis, Republic of Serbia;
8. PhD, Vesna Simovic Zvicer, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
9. PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina;
10. PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina;
11. PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia;
12. PhD, Lidija Šimunović, Faculty of Law, University in Osijek, Republic of Croatia;
13. PhD, Lazar Jovevski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
14. LLM, Ilija Manasiev, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
15. LLM, Dushan Bosiljanov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia.

СОДРЖИНА

ПОСЛЕДЕН ПОЗДРАВ ЗА ПРОФЕСОР ВЛАДИМИР ПЕТРОВ.....13

5.1. Проф. д-р Горан Коевски,
Декан на Правниот факултет „Јустинијан Први“
ПОЗДРАВЕН ГОВОР19

5.2.Проф. д-р Борче Давитковски
Проф. д-р Ана Павловска-Данева
Проф. д-р Елена Давитковска
Доц. д-р Ивана Шумановска-Спасовска
**ХАРМОНИЗАЦИЈАТА НА ЗАКОНОТ ЗА УПРАВНИ СПОРОВИ СО
ЗАКОНОТ ЗА ОПШТА УПРАВНА ПОСТАПКА И ЕВРОПСКИТЕ
СТАНДАРДИ - ДИЛЕМИ И ПЕРСПЕКТИВИ**.....21

5.3.Prof. DSc Ekaterina Mateeva, Dr. habil
**THE RIGHT OF WITHDRAWAL UNDER ARTICLE 9-15 OF
DIRECTIVE 2011/83EU AS A MEANS OF CONSUMER PROTECTION
IN THE EUROPAEN UNION**.....35

5.4.Проф. д-р Никола Тупанчески
Проф. д-р Александра Деаноска – Трендафилова
**ЗА НЕКОНЗИСТЕНТОСТА НА ИНКРИМИНАЦИИТЕ
ЗА ЕКОНОМСКИТЕ КАЗНЕНИ ДЕЛА**.....51

5.5.Проф. д-р Емилија Станковиќ
**NASCITURUS И ПРАВО НА ЖИВОТ У РИМСКОМ И МОДЕРНОМ
ПРАВУ**.....67

5. 6. Проф. д-р Дејан Мицковиќ
**ВРШЕЊЕ НА РОДИТЕЛСКОТО ПРАВО ПО РАЗВОДОТ НА БРАК
ВО МАКЕДОНСКОТО И ВО СПОРЕДБЕНОТО ПРАВО**.....75

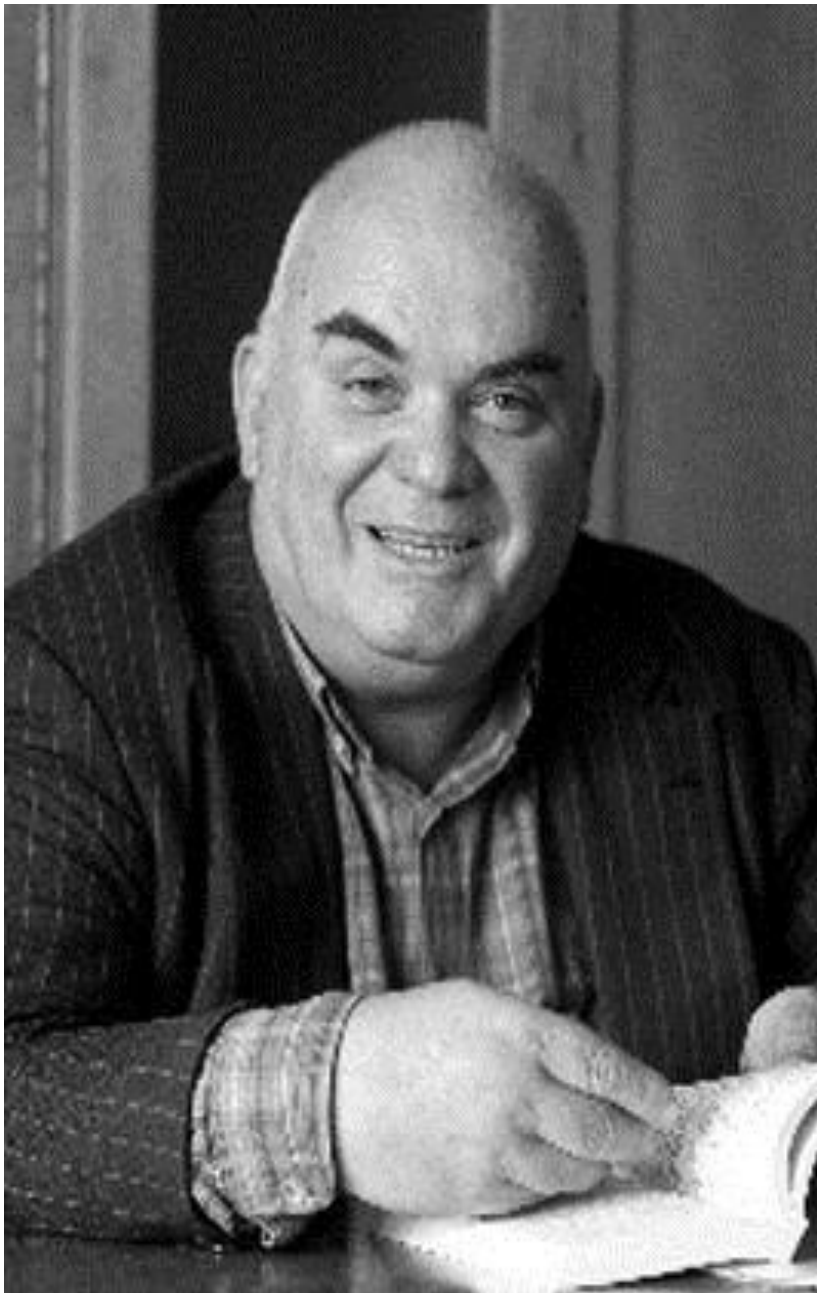
5.7. Prof. dr Dragica Zivojinović
Mr Tamara Đurđić
**FIDEICOMMISSARY SUBSTITUTION AS MANIFESTATION
OF TESTAMENTARY FREEDOM**.....89

5.8. Проф. д-р Александра Груевска Дракулевски
Д-р Бобан Мисоски
Д-р Дивна Илиќ Димоски
**(НЕ)ПОЧИТУВАЊЕТО НА МЕЃУНАРОДНИТЕ СТАНДАРДИ
ЗА ПОСТАПУВАЊЕ СО ПРИТВОРЕНИТЕ ЛИЦА ВО РМ**101

5.9. Dr Ilija Vukčević	
PRINCIP NEUTRALNOSTI PDV SISTEMA EU KAO POSEBNA DIMENZIJA USTAVNOG NAČELA JEDNAKOSTI: PORESKE OLAKŠICE I SISTEMU PDV-A CRNE GORE.....	127
5.10. Dr. sc. Dubravka Akšamović Mag. Iur. Lidija Šimunović	
КАКО SE U HRVATSKOJ „LEGALNO“ KRŠI PRAVO VLASNIŠTVA – POVLAŠTENI, NAJPOVLAŠTENIJI I OBESPRAVLJENI.....	139
5.11. Д-р Ненад Гавриловиќ	
ОДРЖУВАЊЕТО НА ЈАВНИТЕ ПАТИШТА И ШТЕТИТЕ ПРЕДИЗВИКАНИ ОД ЖИВОТНИ: КРИТИКА НА СЕКТОРСКИТЕ ПРАВИЛА	153
5.12. Д-р Билјана Каровска Андоновска	
ПРАВОТО НА ПРИВАТНОСТ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА - ПРАВНА РАМКА, ИСКУСТВА И ПРЕДИЗВИЦИ	175
5.13. Проф. Иван Русчев, д.ю.н.	
ИСТОРИЧЕСКИ И СРАВНИТЕЛНОПРАВЕН ПРЕГЛЕД НА ОТГОВОРНОСТТА ЗА НАРУШВАНЕ НА ОТНОСИТЕЛНО ПРАВО ОТ ТРЕТО ЛИЦЕ.....	191
5.14. Проф. д-р Александра Деаноска Д-р Елена Мујоска Трпевска	
КАЗНЕНО-ПРАВНАТА ЗАШТИТА НА БРАКОТ ВО РМ И ПОТРЕБАТА ОД ИНКРИМИНИРАЊЕ НА ДЕТСКИТЕ И ПРИСИЛНИТЕ БРАКОВИ.....	203
5.15 PhD Bekim Nuhija	
THE RIGHT ON PRIVATE PROPERTY AND THE RESTORATION OF DEPRIVED PROPERTY	217
5.16. Д-р Арта Селмани-Бакиу Д-р Емине Зендели	
ПРАВО НА ДЕТЕТО ДА ГО ЗНАЕ СВОЕТО ПОТЕКЛО	231
5.17. Dr Uroš Novaković	
RELIGIJSKA UVERENJA USVOJITELJA I HRANITELJA KAO LIČNA SVOJSTVA KOD ZAŠTITE DETETA BEZ RODITELJSKOG PRAVA.....	251

5.18. Д-р Михаил Малчев	
ПРАВОТО НА ЗАЧИТАНЕ НА СЕМЕЙНИЯ ЖИВОТ СЪГЛАСНО ЧЛЕН 8 ОТ ЕВРОПЕЙСКАТА КОНВЕНЦИЯ ЗА ЗАЩИТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА.....	265
5.19 Проф. д-р Јован Зафировски	
ЕКОНОМСКАТА КРИЗА И НОВИОТ ТРГОВСКИ ПОРЕДОК – ПРАВНА АНАЛИЗА.....	285
5.20 PhD Sami Mehmeti	
FREEDOM OF RELIGION OR FREEDOM FROM RELIGION: RELIGIOUS LIBERTY AND THE SEPARATION OF CHURCH AND STATE.....	297

In Memoriam
Prof. DSc. Vladimir Bogdanov Petrov, Dr habil
1945-2017



ПОСЛЕДЕН ПОЗДРАВ ЗА ПРОФЕСОР ВЛАДИМИР ПЕТРОВ

На 2 јуни 2017 година ненадејно не напушти професорот Владимир Богданов Петров. Професор, доктор на правни науки, Владимир Богданов Петров е роден во Софија на 26 октомври 1945 година. Четврто поколение правник – прадедо судија, дедо и татко адвокати. Дипломирал на Правниот факултет на Софискиот Универзитет „Св. Климент Охридски“ во 1970 година. Станал асистент на Правниот факултет при Софискиот универзитет во 1974 година. За постар асистент бил избран во 1979 година. Во 1987 година докторирал, а во 1998 година бил избран за асистент. За доцент бил избран во 1990 година. Доктор на правните науки станал во 1998 година, а во 2002 година бил избран за професор по граѓанско и семејно право. Во периодот од 2001-2003 година бил Заменик ректор на Софискиот универзитет „Св. Климент Охридски“. Од 1991-1992 година бил на специјализација во Јапонија. Во 1992 година бил удостоен со „Големата награда во образованието“ на Универзитетот „Сока“ во Токио. Бил визитинг професор на Колумбискиот универзитет во Њујорк – Фондација за размена во образоцието „Фулбрајт“ од 1993-1994 година. Во 1995 година завршил специјализација по нотарско право на Виенскиот државен универзитет во Виена. Истата година специјализирал и американско право на Јагелонскиот универзитет – Краков во Полска. Во 2003 година бил удостоен со „Награда за најголема почит“ на Универзитетот „Сока“ во Јапонија.

Во својата богата и плодна кариера професорот Владимир Петров вршел и остварувал и други значајни дејности. Бил член на Консултативниот совет по законодавство при Претседателот на 39 – тото и 40 –тото Народно собрание. Бил експерт во Советот по законодавство при Врховната Касациона Прокуратура на Република Бугарија. Бил член на Меѓународната комисија по изработување на Граѓанскиот законик на Република Македонија. Учествувал како член во уредувачките одбори на списанијата “Съвременно право”, „De iure”, „Нотариален бюлетин” и на „Охридската школа на правото“.Професорот Владимир Петров бил и арбитер во Арбитражниот суд при Бугарската стопанска комора и Трговскиот Арбитражен суд при Националната правна фондација. Учествувал во голем број на меѓународни и домашни проекти. Автор е на дваесетина книги, учебници, учебни помагала повеќе од 250 студии и статии објавени во научни и стручни списанија

Професорот Владимир Петров беше голем филантроп, ерудита, извонреден правник, уважен професор сакан и почитуван од студентите и колегите. Многу добар човек со голема душа и срце. Искрен пријател каков што секој човек би посакал, секогаш подготвен да помогне на луѓето во невоља. Неговите зборови: - „За оној кој што го сакаш и почитуваш,

најскапото од срцето и душата треба да го даваш“ беа водилка во животот. За нас тие ќе останат засекогаш запаметени, а делата ќе продолжат да живеат и понатаму. Редок професор, со големи теоретски практични знаења и со уникатен стил на предавање и излагање на актуелните проблеми во правото. Неговите предавања, исткаени со префинет вкус на генијалност во познавањето не само на правото, туку и другите научни дисциплини ќе останат запаметени кај голем број на колеги. Спомените за неговата умешност во излагањето на правните проблеми проткаени со бројните примери од секојдневниот живот и афоризми навираат солзи и насмевки, при секое нивно потесетување како сеуште да е помеѓу нас. Професорот Владо, како што ние милувавме да го викаме, не беше само исклучителен професор со големи знаења од областа на правото. Тој беше поет и писател кој на умешен начин твореше интересни раскази кои читателот го навлекуваат со еден здив ги исчита до крај. Секој разговор со професорот Владо беше своевидно доживување и интересен настан од кој душата се насладуваше со смеа, а мозокот стануваше побогат за многу нови работи и сознанија. Задоволство беше да се слуша таков човек со енциклопедиски вредности. Затоа секогаш беше опкружен со слушатели кои засекогаш ќе го паметат споменот на него. Ова е само едно еден мал дел од мозаикот на богатството на душата и делата на професорот Владо. Беше голем и искрен пријател на Република Македонија, достоинствено претставувајќи ги пријателските односи и чувства на Република Бугарија. Професорот Владо беше исклучително драг и почитуван пријател на Правниот факултет „Јустинијан Први“, често гостуваше како предавач, рецензент на голем број на учебници и книги, промотор и ментор. Учествуваше во изготвување на Граѓанскиот законик уште од зародишот на неговата идеја, а подоцна и како надворешен член во неговата Меѓународна Комисија.

Професорот Владо беше еден од основачите и подржувачите на Охридската школа на правото. Како највозрасен и најискусен професор, секогаш ја имаше честа прв да се обрати и да го изложи својот труд. Со своето излагање умееше да ги придобие слушателите и нивните насмевки, а воедно и да ги охрабри помладите кон патот на успехот. Го сакаше Охрид и Охридското езеро, плавината и мирот на езерската ширина. Доаѓаше и кога навидум изгледаше невозможно. Ниту количката, ниту болката во коленото не го спречија да биде дел од нас во 2016 година. Тоа наиде на големо воодушевување кај сите учесници. Со нетрпение го очекувавме и оваа година, на третата по ред Охридска школа на правото. Но, за жал, не можеше да дојде. Подмолната болест испадна посилен од медицината. Солзите непрестано капат сакан професоре додека се пишуваат овие редови. ..Секогаш ќе бидеш дел од нас, од твоите најблиски, колеги и пријатели. Остави многу добри дела и спомени кои не оставаат да бидеш забораен.

Почивај во мир, Великану во правото! Вечна ти слава.

Проф. д-р Ангел Ристов

На 2 юни 2017 изведнъж (внезапно) не напусна професор Владимир Богданов Петров. Професор, доктор по правни науки, Владимир Богданов Петров е роден в София на 26 октомври 1945 година. От четвърто поколение правник - съдия пра дядо, дядо и баща адвокати. Завършил е Юридическия факултет на Софийския университет "Св. Климент Охридски" през 1970 г. През 1974 г. става асистент в Юридическия факултет на Софийския университет. Главен асистент е избран през 1979 г. През 1987 г. получава докторска степен, а през 1998 г. е избран за асистент. През 1990 г. е избран за доцент. През 1998 г. става Доктор по право, а през 2002 г. е избран за професор по гражданско и семейно право. В периода 2001-2003 г. е заместник-ректор на Софийския университет "Св. Климент Охридски". От 1991-1992 г. специализира в Япония. През 1992 г. е награден с "Голямата награда за образование" в Университета Сока в Токио. Той е гостуващ професор в Колумбийския университет в Ню Йорк - Фондация за обмен в образованието "Фулбрайт" от 1993-1994 г. През 1995 г. завършва специалност по нотариално право във Виенския държавен университет във Виена. Същата година е специалист по американско право в (Ягелонскиот университет) Jagiellonian University - Краков, Полша. През 2003 г. е удостоен с наградата (за най-голямо уважение) "Most Respect Award" в Университета в Сока, Япония.

В своята богата и плодотворна кариера професор Владимир Петров изпълнява и други важни дейности. Бил е член на Консултативния съвет по законодателството при председателя на 39-то и 40-то Народно събрание. Той е бил експерт в Съвета за законодателство на Върховната Касациона прокуратура на Република България. Той е член на Международната комисия за изработване на Гражданския кодекс на Република Македония. Участвал като член в редакционните съвети на списанията "Съвременно право", "Де юре", "Нотариален бюлетин" и "Охридско училище по право". Професор Владимир Петров е и арбитър в Арбитражния съд на Българската търговска камара и Търговския арбитражен съд на Националната правна фондация. Участва в редица международни и местни проекти. Автор е на двадесет книги, учебници,

повече от 250 изследвания и статии, публикувани в научни и професионални списания.

Професор Владимир Петров беше велик филантроп, ерудита, изключителен правник, уважаван професор, обичан и уважаван от студенти и колеги. Много добър човек с голяма душа и сърце. Честен приятел, който всеки човек би искал, винаги готов да помогне на хората в беда. Неговите думи: "За онзи, когото обичаш и уважаваш, най-скъпото от сърцето и душата ти, трябва да му дадеш" беха водач в живота му. За нас те ще останат завинаги запомнени, а делата му ще продължат да живеят. Рядък професор с големи теоретични и практически знания и с уникален стил на преподаване и представяне на настоящите проблеми в правото. Лекциите му изтъкани с изискан вкус на изобретателност, познавайки не само правото, но и други научни дисциплини ще бъдат запомнени от голям брой колеги. Спомняйки си уменията си за представяне на правни проблеми изтъкани с многобройни примери за всекидневния живот афоризмите разкъсват сълзи и усмивки с всяко напомняне за това както все още да е сред нас. Професорът Владо както обичаме да го наричаме, е не само изключителен професор с богат опит в областта на правото. Той е поет и писател, който по дълбок начин твореше интересни разкази, които читателят примахва да чете с един дъх до края. Всеки разговор беше нещо като опит и интересно събитие, от което душата се наслаждаваше на смях, мозъкът по-богат за много нови неща и знание. Беше удоволствие да се чуе такъв човек с енциклопедични ценности. Затова винаги е бил заобиколен от слушатели, които ще си спомнят завинаги паметта за него. Това е само малка част от мозайка на богатството на душата и произведенията на професора Владо. Беше велик и искрен приятел на Р. Македония, и достойно представяне на приятелските отношения и чувствата на Р. България. Професорът е изключително скъп и уважаван приятел в Юридическия факултет "Юстинијан први", често го посещаваше като преподавател, рецензент на редица учебници и книги, промотър и ментор. Участва в изготвянето на Гражданския кодекс от раждането на идеята си, а по-късно и като външен член на неговата (својата) международна комисия. Професорът Владо е един от основателите и поддръжниците на Охридското училище по право. Като най-старият и най-опитен професор винаги е имал честта първ да се обърне и да изложи своята работа. С представянето си той успеваше да ги привлече слушателите и усмивките им и в същото време, да насърчи младите хора по пътя на успеха. Обичаше Охрид и Охридското езеро, планината и

спокойствието на ширината на езерото.Идваше и тогава когато това изглеждаше невъзможно, нито инвалидната количка, нито болката в коляното го попречиха да бъде част от нас през 2016 г.Той се срещна с голям ентузиазъм сред всички участници.С нетърпение очаквахме го на третата поредна Охридска школа по право, но за съжаление неможеше да дойде.Трудното заболяване се оказва по-силно от медицината.Сълзите непрекъснато капеха любим професоредокато се пишат тези редове...Винаги ще бъдете част от нас, от най-близките си колеги и приятели.Остави много добри дела и спомени, с които не може да бъде забравен.

Почиваи в мир Великану на правото! Вечна ти памет.

Проф. д-р Ангел Ристов

Проф. д-р Горан Коевски,
Декан на Правниот факултет „Јустинијан Први“
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

**Почитувани присутни,
дама и господа, драги колеги**

Ми претставува особена чест и задоволство како Декан на Правниот факултет „Јустинијан Први“ да ја отворам 3-тата Меѓународна научна конференција Охридска школа на правото, годинава со тема „Ефикасната заштита на човековите права и слобода: реалност или идеал“. Во оваа прилика би сакал посебно да истакнам дека Охридската школа на правото ја продолжува традицијата на првиот Универзитет на Балканот „Свети Климентовиот Универзитет“ во Охрид од IX век од н.е., на кој, меѓу другото, се изучувало и правото.

Целта и мисијата на Охридската школа на правото е да овозможи да се слушне „гласот“ на правната наука од страна на пошироката јавност и особено од законодавецот. Во Охридската школа преку анализа и дебата за актуелни прашања од областа на правото од страна на истакнати професори, доценти, асистенти, практичари, нотари, судии, адвокати, магистранти и студенти, се даваат идеи и предлози, во насока на постигнување на едно подобро и попросветлено општество во кое ќе се практикува правната сугурност и владеењето на правото.

Во своето скромно, тригодишно, постоење Охридската школа на правото бележи значајни резултати, давајќи свој придонес во научната мисла за подобрување на правната регулатива во законодавствата од регионот и пошироко. Во таа смисла, до денес на оваа школа учествувале 132 автори од реномирани правни факултети од земјата и од странство, кои изготвиле повеќе од 100 трудови на актуелни прашања од областа на правото. Покрај авторите на трудовите, на школата учествувале повеќе од 120 учесници и тоа, судии, нотари, адвокати, магистри, постдипломци и студенти по право.

Почитувани, Ви посакувам плодна и успешна работа во деновите кои претстојат, нови пријателства и идеи за идни академски успеси во научната кариера. Се надевам и Ви посакувам Јуридика Прима да продолжи и понатаму да чекори со својата успешна мисија во годините кои следат...а овие конференции да бидат со побројни и попосетени.

Ви благодарам

Проф. д-р Борче Давитковски*
Проф. д-р Ана Павловска-Данева**
Проф. д-р Елена Давитковска***
Доц. д-р Ивана Шумановска-Спасовска****

ХАРМОНИЗАЦИЈАТА НА ЗАКОНОТ ЗА УПРАВНИ СПОРОВИ СО ЗАКОНОТ ЗА ОПШТА УПРАВНА ПОСТАПКА И ЕВРОПСКИТЕ СТАНДАРДИ - ДИЛЕМИ И ПЕРСПЕКТИВИ

УДК: 35.077.2/.3].04(497.7)
Original research paper

***Абстракт:** Независното и посебно управно судство во Република Македонија согласно критериумите на европско-континенталниот систем како посебна со закон уредена управно судска постапка и посебен управен суд кој ќе одлучува во управните спорови постои веќе една деценија. Претходно, до 2006 година кога во Република Македонија се донесе посебен Закон за управни спорови во Република Македонија егзистираше мешовит концепт каде надлежен за решавање на управните спорови беше Врховниот суд на Република Македонија како суд од редовна надлежност. Основната идеја и цел на управното судство беше контрола над законитоста на конкретните, конечни управни акти од страна на независен судски орган. Имено, да се заштитат физичките и правните лица од арбитрерно и незаконито работење на органите на управата, кога во управна постапка одлучуваат за нивните права, обврски и интереси. Следствено на наведеното, како основна цел на нашето истражување е давање одговор на прашањето дали и на кој начин управното судство ја остварува својата улога на чувар на законитоста на управните акти, односно да се утврдат пречките и недоследностите со кои се соочува Управниот суд при остварување на оваа своја улога. Како значајни прашања кои се надоврзуваат на поставената цел и кои имаат непосредно влијание врз остварување на истата се поставуваат односот помеѓу Управниот суд и органите на управата како тужена страна во управниот спор, и ефикасното и ефективно остварување на управно судската заштита за странките кои што бараат остварување на некое свое право и кои се појавуваат како тужител во управниот спор. Одговорот на овие две прашања во текот на истражувањето ќе го добиеме пред се преку анализа на емпириските податоци од досегашното работење на Управниот суд. Имено, овој одговор е круциален за да може да ја потврдиме и нашата појдовна хипотеза, која се состои во тоа дека Управниот суд во своето работење се соочува со бројни недолседности и*

пречки при остварување на својата основна функција, а кои влијаат на доследното имплементирање на правните норми, но и во остварувањето на ефективна и ефикасна управно судска заштита. Тука пред се би ги нотирале извршувањето на судските пресуди, доставувањето на списи од страна на тужениот орган, одлучувањето во спор на полна јурисдикција, одржувањето на усна расправа, судењето во разумен рок и двостепеноста во управно-судската постапка.

Посебен акцент во трудот авторите ставаат на потребата од измени во Законот за управни спорови, кои би требало да одат во насока на усогласувањето на овој закон со Законот за општата управна постапка и доследната примена на членот 6 од Европската конвенција за човекови слободи и права. Имено, да се остварат прашањата за проширување на предметот на одлучување на Управниот суд, воспоставување на усната расправа како правило во управно-судската постапка и деталното уредување на второстепената управно-судска заштита.

Клучни зборови: *управен спор, управни акти, начело на закониост, полна јурисдикција, усна расправа*

1. Новини во Законот за општата управна постапка од 2015 година

Во Република Македонија во 2015 година се донесе новиот Закон за општата управна постапка кој започна да се применува во август 2016 година. Овој закон е донесен како резултат на потребата од модернизација на управната постапка и усогласување на истиот со принципите на *acquis communautaire* и сервисната ориентација кон граѓаните. Основната идеја на новиот ЗОУП е промена на концептот со ставање на акцент на активната улога на граѓаните.

Основните цели на кои се засноваше донесувањето на новиот Закон за општа управна постапка беа: остварувањето на ефикасна и ефективна правна заштита на физичките и правните лица, обезбедување на правна заштита и за добивање на услуги од општ интерес, забрзување на постапка преку задолжителна електронска комуникација помеѓу органите. На пример, согласно новините сега од физичките и правните лица ќе се бараат само лекарски потврди, договори за купопродажба, договор за закуп, градежни елаборати и сл., додека другите документи како што се потврди, решенија, изводи, уверенија, лиценци, одобренија кои во своја евиденција ги имаат министерствата и други органи со јавни овластувања ќе ги обезбедат самите органи. За да се остварат поставените цели суштествените промени и новини на ЗОУП од 2015 година се состојат од: воведување на нови принципи во управната постапка, проширување на

предметот на одлучување, воведувањето на приговорот како редовно правно средство против реалните акти и против даватели на јавни услуги и намалување на бројот на вонредните правни средства, изведување на докази по службена должност, заклучок како акт со кој се одлучуваше за процедурални прашања сега е исклучен, комуникација помеѓу органите задолжително треба да се одвива во електронска форма и потребно е секој орган да изготви пропишан образец во кој таксативно се наведени потребни докази и документи кои ги обезбедува странка, а кои органот.¹

А. Воведување на нови принципи во управната постапка

Со новиот ЗОУП како нови начела на управната постапка се предвидени начелото на пропорционалност, начелото на делегирање на надлежност, начелото на правна заштита, начелото на активна помош на странката. Во однос на новините во делот на основните принципи се истакнува и начелото на законитост кое сега во поширока смисла значи дека јавниот орган е должен да се грижи за правната сигурност, односно еднаква примена на законите во управни работи кои се засновуваат на иста или слична фактичка состојба. Ова значи дека сега органот мора да постапува на предвидлив начин, односно кога ќе одлучува во управна работа, тој треба да води сметка и за другите одлуки кои претходно ги донел за иста или слична управна работа. Оваа новина е со цел зајакнување на правната сигурност и извесност на странките за исходот на постапката, но и на јакнењето и воедначување на управната пракса. И покрај тоа што на прв поглед личи на прифаќање на прецедентно право. Имено, униформното толкување и примена на правото е предизвик за секој правен систем.² Посебно на што треба да се внимава е делегираната надлежност, согласно која во рамки на јавниот орган, надлежноста за решавање на управните работи, по правило, се делегира на службени лица во рамките на органот, соодветно на сложеноста на соодветната управна работа.³

Б. Проширување на предметот на одлучување

За да објасниме во кој дел е зголемен обемот на примена на ЗОУП ќе ги наведеме позитивноправните решенија од 2005 и 2015 година. Па така, согласно член 1 од Законот за општата управна постапка од 2005 година беше предвидено дека според овој закон се должни да постапуваат министерствата, другите органи на државната управа, организации

¹ Поконкретно види во: Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, И. Шумановска-Спасовска, Е. Давитковска, Нови Закон о општем управном поступку у Републици Македонији и негова примењивост, Правни живот, Београд, 2016.

² Damir Aviani, Dario Đerđa, Uniformno tumačenje i primjena prava te jedinstvenost sudske prakse u upravnom sudovanju, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu » God. 49 (2012), Broj 2 (104), str. 369.-394. <http://www.pravst.unist.hr/zbornik.php?p=37&s=346>

³ Чл. 13 од Законот за општата управна постапка, Службен весник на РМ, бр. 124 од 23.07.2015 година

утврдени со закон и други државни органи, кога во управните работи, непосредно применувајќи ги прописите решаваат за правата, обврските или правните интереси на физички лица, правни лица или на други странки.⁴ Согласно новиот ЗОУП се уредува постапката за остварување на заштита на правата и правните интереси на физичките лица, правните лица и другите странки, како и заштита на јавниот интерес по која се должни да постапуваат министерствата, органите на државната управа, организациите утврдени со закон, другите државни органи, правните и физичките лица на кои со закон им е доверено да вршат јавни овластувања, како и органите на општината, на градот Скопје и општините во градот Скопје, кога во вршењето на своите законски надлежности, постапуваат, решаваат и преземаат други управни дејствија во управни работи.⁵

Она што е очигледно е дека новиот ЗОУП нема да се применува само за донесување на кокретни управни акти-решенија, тука и за постапување односно непостапување на орагнот. Значи дека предмет на одлучување на новиот ЗОУП е донесување на управни акти, склучување на управни договори, заштита на корисниците на јавни услуги и услуги од општ интерес, како и преземање на други управни дејствија во управните работи во согласност со закон, односно донесување на реални акти.

Она што е новина е што сега граѓаните ќе можат да бараат и соодветна правна заштита преку управната постапка за услуги од општ интерес. Пример: телекомуникациски услуги, комунални услуги и сл. Во случај на недобивање на одредена услуга со определен квалитет, континуитет, недискриминација или ненавремено обезбедување на услугата правна заштита се обезбедува со покренување на приговор до надзорно тело, кое при одлучување носи конечно решение. За евентуален надомест на штетета дадена е можност за редовна судска заштита.

В. Воведувањето на приговорот како редовно правно средство против реалните акти и против даватели на јавни услуги

Новината во однос на двостепеноста во управната постапка согласно новиот Закон за општа управна постапка кој започна да се применува од 28 јули 2016 се однесува на тоа што сега како редовен правен лек не се предвидува само жалбата, туку и приговорот, а посебна жалба против заклучок во управна постапка е укината затоа што согласно новото законско решение заклучокот не е предвиден како акт во управната постапка. Суштинската разлика помеѓу жалбата и приговорот се состои во тоа што жалбата е дозволена против управните акти (решение) во управна постапка, а приговорот се користи против реален акт и дејствијата на давателите на услуги од општ интерес странката има право на приговор.

⁴ Закон за општата управна постапка Сл.Весник на Р.Македонија бр.38 од 26.05.2005 година

⁵ Закон за општата управна постапка Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година

Исто така тие се диференцираат и во основот за поднесување на приговорот, надлежните органи за постапување по приговорот, видот на одлуките кои ги донесува надлежниот орган кога постапува по приговорот и рокот на одлучување по приговорот. Имено, приговорот е редовен правен лек кој странката може да го покрене против:

- реален акт или против негово пропуштање, доколку тврди дека нејзините права или правни интереси се повредени од тие дејствија или неизвршувањето на дејствијата;

- реалните акти, како и дејствијата на давателите на услуги од општ интерес странката има право на приговор.⁶

Управно дејствие согласно поимникот на ЗОУП опфаќа донесување на управни акти, склучување на управни договори, заштита на корисниците на јавни услуги и услуги од општ интерес, како и преземање на други управни дејствија во управните работи во согласност со закон. Додека „реален акт“ е акт или дејствие на јавниот орган што не е управен акт или управен договор, што може да има правно дејство врз правата, обврските или правните интереси на некое лице, како што се јавните информации, примање изјави, водење евиденција, издавање уверенија, дејствија на извршување и други фактички дејствија.⁷ Во ваков случај странката приговорот го поднесува до јавниот орган кој го преземал или не го преземал реалниот акт, ако странката тврди дека нејзините права или правни интереси се повредени од тие дејствија или неизвршувањето на дејствијата. Доколку корисникот на услуга од општ интерес и покрај тоа што ги исполнил своите обврски, смета дека не добива услуга со соодветен квалитет, во континуитет, транспарентно и без дискриминација може да поднесе приговор до надзорниот јавен орган утврден со закон, сè додека трае дејствието или неизвршувањето на одредено дејствие од страна на давателот на услугите.⁸

Согласно овие новини сега начелото на двостепеност е применувано во начело на правна заштита и истото значи дека странката има право на правна заштита против секое управно дејствие или реален акт согласно со законот, но и против молчење на администрација, односно доколку јавниот орган не постапил по барањето на странката во определениот рок.⁹ Кога жалбата, односно приговорот не се загарантирани со закон, странката има право да поведе управен спор.¹⁰ Во однос на

⁶ Чл.4 став 4, Закон за општата управна постапка, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година

⁷ Чл.4 од Закон за општата управна постапка, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година

⁸ Чл.103 став 3, Закон за општата управна постапка, Службен весник на Република Македонија бр. 124/15

⁹ Член 14 Закон за општата управна постапка, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година

¹⁰ Закон за општата управна постапка, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година

второстепената (жалбена) постапка новина е што жалбата директно се поднесува до второстепениот орган.

Г) Намалување на број на вонредни правни лекови. Согласно новиот ЗОУП Повторувањето на управната постапка кое што беше предвидено како вонреден правен лек сега е предвидено како посебно правно средство. Како вонредни правни лекови сега се предвидени менување и поништување на решение во врска со управен спор, укинување и менување на правосилен управен акт со согласност или по барање на странката, вонредно укинување и огласување на управен акт за ништовен. Што значи дека повеќе не се предвидени како вонредни правни лекови поништување и укинување на решение по право на надзор и барање за заштита на законитост.

Она што може да го констатираме е дека и покрај тоа што новиот ЗОУП се применува веќе една година, со содржани бројни клучни и радикални измени во однос на делегираните надлежности, електронска комуникација помеѓу органите и помеѓу странките и органите, управни дејствија (под управни дејствија сега се сметаат управни акти-решенија, реални акти – приговор и метријални акти, управни договори и работи на орган од јавен општествен интерес), намалувањето на бројот на вонредните правни лекови, доставувањето на жалбата директно до второстепениот орган, сепак неговата примена се соочува со бројни проблеми при спроведувањето во пракса. Имено, сеуште дел од органите ги немаат усогласено своите подзаконски акти со новите решенија, а службениците не се доволно обучени за нивна доследна примена во практиката. И покрај тоа, што во текот на 2016 и 2017 година се извршени измени и дополнувања во скоро 169 материјални прописи со цел истите да се усогласат со новиот ЗОУП, сепак нов Закон за управни спорови сеуште не е донесен. Затоа сметаме дека постои неосушна потреба, односно дека е потребно што поскоро да се пристапи кон донесување на нов Закон за управни спорови кој целосно ќе биде усогласен како со новите законски решенија содржани во ЗОУП, така и со европските стандарди кои се однесуваат на управно судската постапка. Само на овој начин сметаме дека во праксата може да се оствари реална, ефикасна, ефективна и квалитетна судска заштита на правата и интересите на физичките и правните лица од една страна, и обезбедување на законитост на актите и дејствијата на органите на државната управа и органите со јавни овластувања од друга страна. Во спротивно, сега се наоѓаме во една лимбо ситуација која може да доведе до појава на негативен судир на надлежности, односно судот за одредени работи да се огласи за ненадлежен.

2. Насоки и препораки за хармонизација на Законот за управни спорови од 2006 година со Законот за општата управна постапка од 2015 година

Консекветно на погоре наведеното, а со оглед на фактот што управната постапка и управно-судската постапка не можат да се разгледуваат како две издвоени постапки, туку претставуваат една целина во однос на остварување на правната заштита на физичките и правните лица, но и на обезбедување на остварување на начелото на законитост во работењето на органите на јавната администрација сметаме дека е нужна потребата од хармонизација помеѓу ЗОУП и ЗУС, со што ќе се обезбеди компатибилност помеѓу новините кои се воведени со новиот ЗОУП со одредбите содржани во ЗУС од 2006 година. Оттука сметаме дека во новиот Закон за управни спорови (ЗУС) треба да се предвидат неколку измени.

Прво, новиот (идниот) Закон за управни спорови треба да предвиди дали треба да остане Вишиот управен суд како второстепен суд надлежен за одлучување по жалби против одлуките на Управниот суд. Доколку не се укине Вишиот управен суд потребно е детално определување на постапката за работа на овој, а не упатувачка одредба за примена на Законот за парнична постапка. Ова од причина што станува збор за две сосема различни постапки. Што занчи дека тие се разликуваат и по предметот на одлучување и по странките и по овластувањата на судот и по видот на одлуките. Па оттука, сметаме дека постои потреба второстепената управна постапка да биде уредена со Законот за управни спорови, а не со Законот за парнична постапка. Доколку пак се прифати алтернативата да се укине постоењето на Вишиот управен суд потребно е да се определи друг второстепен орган кој ќе одлучува по жалбите на Управниот суд. Како пример, таа надлежност би можела да се додели или предвиди за Врховниот суд на Република Македонија или пак да се формира посебен совет составен од пет членови во рамките на Управниот суд.

Второ, во однос на второстепената постапка потребно е да се предвиди и нова одредба во која ќе се утврди кој има активна легитимација за покренување на жалба до второстепениот орган. На овој начин ќе се надмине сегашното небулозно решение кое предвидува можност и тужениот орган да може да поднесе жалба, а од друга страна единиците на локалната самоуправа се обесправени затоа што им е скратена можноста за поднесување на жалба. Имено, предвидената законска можност, за тужениот орган преку Државниот правобранител да поднесе жалба пред Вишиот управен суд, е контрадикторна како со поимот и целата на управниот спор, така и со начелото на задолжителност на судските одлуки. Имено, управниот спор се води за оценка на законитост на управен акт и неговата цел е контрола на актите на органите

на управата. Па оттука сметаме дека тужениот орган нема право да покрене жалба против одлуката на судот, а во спротивно тоа влијае само на одолговлекување на правната заштита на странките. Исто така, бидејќи Државниот правобранител не ги застапува интересите на единиците на локалната самоуправа, тој не може во нивно име да поднесе жалба до Вишиот управен суд, а исто така и согласно ЗУС тие не можат самите да поднесат жалба. Оттаму, на единиците на локалната самоуправа им е ускратена можноста за второстепена судска заштита.

Трето, да се предвиди соодветна и реална применливост на спорот на полна јурисдикција кој во оредени случаи како што се на пример молчењето на администрација или неизвршувањето или непостапувањето по судските пресуди е единствениот начин на обезбедување на фер судење и еднаква достапност до правдата.

Четврто, потребо е новиот ЗУС да се усогласи и со новите принципи на ЗОУП, како и со проширениот предмет на одлучување.

Петто, при изработката на новиот Закон за управни спорови да се потенцира и разработи Европската конвенција за заштита на човековите права. Конкретно, да се обезбеди адекватна примена на членот 6 од Европската конвенција.

Основните европски принципи за водење на управно судската постапка ги извлекуваме пред се од членот 6 од Европската Конвенција за заштита на човековите права и основни слободи. Имено, согласно овој член се предвидува дека секој има право правично и јавно, во разумен рок, пред независен и непристрасен со закон воспоставен суд да бидат разгледани и утврдени неговите граѓански права и обврски. Согласно праксата на Европскиот суд за човекови права во Стазбург за да може одреден орган да се смета за суд во смисла на член 6 став 1 од КЧПС не е доволно таквиот орган само да дава препораки, односно совети, туку неговите одлуки мора да бидат задолжителни.¹¹

Консеквентно на ова констатираме дека согласно членот 6 од Европската конвенција за заштита на човекови права и слободи, како основни принципи се наведуваат:

- А) задолжителна усна расправа
- Б) судењето во разумен рок
- В) задолжителноста на судските пресуди

Суштината на начелото на задолжителна усна расправа се состои во тоа судот својата одлука да ја заснова на фактичка состојба која самиот ја утврдил, а не на претходно утврдена фактичка состојба во управната постапка.

Институтот барање за заштита на правото на судење во разумен рок настанал како резултат на појавата на заостаток на голем број судечки

¹¹ Marko Šikić: Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012., str. 411.-424

предмети. Од судиите се очекува законита и ефикасна правда. Ова право е елемент на правото на правично судење, кое имплицира барање за навремено одлучување на судот, односно “делење на правдата без доцнење кое може да ја загрози нејзината ефикасност и кредибилитет”.¹² Заради тоа може треба да се земе во предвид и законското решение кое постои во Хрватска и да се воведи начело на ефикасност во управно судската постапка, според кое „судот управниот спор ќе го спроведе брзо и без одолговлекување, со одбегнување на непоробни работи и трошоци, ќе ја оневозможи злоупотребата на правата на странката и другите учесници во спорот и одлуката ќе ја донесе во разумен рок“.¹³

Имено, неспорен е фактот дека задолжителноста на пресудите на управните судови е *conditio sine qua non* на управно-судската заштита. За да може судската пресуда да ја постигне својата цел- заштита на субјективните права на странките, како и заштита на објективната законитост, неопходно е да се обезбеди можност за нејзина имплементација.¹⁴ Ефективното извршување на обврзувачка судска одлука е основен елемент на владеењето на правото. Неопходно е да се обезбеди доверба на јавноста во авторитетот на судството. Судската независност и правото на правично судење (член 6 од ЕКЧП) се доведуваат во прашање доколку одлуката не се изврши.¹⁵

Овие правила даваат одговор на прашањето на кој начин влијае судската одлука на органот кој се појавува како тужена странка во управен спор, пред се уважувачките пресуди, со која судот ја уважува тужбата, а оспореното решение го поништува. Конкретно, дали и на кој начин ваквата одлука влијае на службеното лице кое го изготвило решението и со тоа одлучило за конкретни, права и обврски на физичко или правно лице. Имено, предвидувањата на овие правила и во идниот Закон за управни спорови кој би се донел во Република Македонија би овозможиле Управниот суд да биде вистински коректив на незаконито работење на органите на управата.

Од поначајните акти кои имаат влијание на управното судство ги наведуваме: Резолуција (77) 31 за заштита на поединци во однос на актите на органите на управата, Препораката R (80) 2 на Комитетот на министри за вршење на дискрециони овластувања од страна на органите на управата, Препорака R. (2001) 9 за алтернативи во судскиот процес помеѓу органите

¹² Владо Камбовски, *Правото на судска заштита на човековите права и претпоставките за неговото остварување*, Судска заштита на човековите права во Република Македонија, Скопје, 2014, стр. 27-28.

¹³ Член 8 од Закон о управним споровима, НН 20/10, 143/2012

¹⁴ Marko Šikić: Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012., str. 411.-424.

¹⁵ Меѓународни документи за независно и ефикасно судство, МИСЛЕЊАТА (13-16) на Советодавниот совет на европските судии при Советот на Европа со референтни документи и пракса на Европскиот суд за човекови права, Скопје, ОБСЕ, 2014, стр.20.

на управата и приватните страки, Препорака R (2004) 20 за судска ревизија и Препорака R (2003)16 во врска со извршување на управни и судски одлуки во областа на управното право.

Заклучоци и препораки

Она што може да го констатираме е дека во Република Македонија во најскоро време треба да се пристапи кон измена и дополнување на Законот за управни спорови. Измените и дополнувањата треба да одат во насока на: дефинирање на поим на управен спор, дефинирање на поимот јавен орган, проширување на предметот на управен спор, воведување на начело на предвидливост и ефикасност, начело на делегирање на надлежност и воведување на електроснка комуникација. Како конкретни препораки ги наведуваме:

1. Дополнување на поимот на управен спор. Имено, сегашниот член 1 од ЗУС кој гласи „заради обезбедување судска заштита на правата и правните интереси на физичките и правните лица и заради обезбедување на законитоста, Управниот суд, во управни спорови одлучува за законитоста на актите на органите на државната управа, Владата, други државни органи, општините и градот Скопје, организации утврдени со закон и на правни и други лица во вршење на јавни овластувања (носители на јавни овластувања), кога решаваат за правата и обврските во поединечни управни работи, како и за актите донесени во прекршочна постапка.“ Овој член би требало да се измени и дополни и да се предвиди дека во управен спор Управниот суд ќе одлучува за законитоста за поединечните управни акти и за други управни дејствија предвидени со закон.

2. Постои и потреба од дефинирање на основни принципи на управно-судската постапка како што се начело на законистост, ефикасност, усна расправа, изјаснување на странките, задолжителност на судски одлуки и сл.

Исто така, дефинирање на поимот управна работа и управен акт, управно дејствие треба да биде извршено во согласност со дефинирањата предвидени во ЗОУП од 2015.

3. Проширување на предметот на одлучување, подразбира дека сега во управниот спор треба да се одлучува и за законитост на други управни дејствија. Ова е консеквентно на помот на управните работи кои претставуваат сите акти и дејствија преку кои се изразуваат или извршуваат надлежностите на јавните органи, а со кои се решава или влијае на правата, обврските или правните интереси на физичките лица, правните лица или другите странки во постапката, како и секоја друга

работа која што е одредена како управна со посебен закон.¹⁶ Оваа новина треба да биде дел од позитивната енумерација содржана во член 2 од ЗУС.

4. Дефинирање на поимот на орган согласно новините во ЗОУП. Имено, членот 6 од ЗУС каде е дефинирано што е орган, треба да се усогласи со терминот на органи надлежни да постапуваат согласно ЗОУП, а тоа се **јавни органи се** министерствата, органите на државната управа, организациите утврдени со закон, другите државни органи, правните и физичките лица на кои со закон им е доверено да вршат јавни овластувања, како и органите на општината, на градот Скопје и општините во градот Скопје (единиците на локалната самоуправа) кога вршејќи ги своите законски надлежности постапуваат, решаваат (носат поединечни управни акти) и преземаат други управни дејствија во управни работи.

5. Со Законот за управни спорови треба да се овозможи во управно-судската постапка да одлучува и судија поединец и тоа во оние управни спорови кога судот со решение одлучува да ја отфрли тужбата или да ја запре управно-судската постапка.

6. Усната расправа да стане задолжителна, доколку тоа го побара странката во постапката. Имено, одредбата од сегашниот член 30 која гласи дека судот по правило решава на нејавна седница, треба да се замени и да гласи дека судот по правило решава на јавна расправа, а истата е задолжителна доколку тоа го побара странката. Но, посебно да се посвети внимание дали при утврдување на фактичка состојба од страна на судот ќе има упатувачка одредба за примена на одредби од ЗОУП.

7. Неопходно е да се предвидат и конкретни механизми кои му стојат на располагање на судијата за спречување на неизвршување на судската одлука, на пример парична санкција или покренување на прекршочна одговорност за органот и дисциплинска за службеното лице кое нема да постапи по упатствијата дадени во пресудата или воопшто нема да ја изврш пресудата.

8. Детално уредување на постапката по жалба пред Вишиот управен суд, а не да се применуваат одредби од Законот за парнична постапка. Особено да се усогласат Законот за државно правобранителство и Законот за управни спорови за да може и локалната самоуправа да го оствари правото на жалба. *Новиот (идниот) Закон за управни спорови треба да предвиди дали треба да остане Вишиот управен суд. Доколку не се укине потребно е да се определи постапка за работа, а не упатувачка одредба за примена на Законот за парнична постапка. Доколку се укине постоењето на Вишиот управен суд потребно е да се определи друг второстепен орган кој ќе одлучува по жалбите на Управниот суд. Како пример, таа надлежност би можела да се додели или предвиди за*

¹⁶ Член 4 – поимник од Законот за општата управна постапка, Службен весник на РМ, бр. 124 од 23.07.2015 година

Врховниот суд на Република Македонија или пак да се формира посебен совет составен од пет членови во Рамките на Управниот суд.

Во однос на второстепената постапка потребно е да се предвиди и нова одредба во која ќе се утврди кој има активна легитимација за покренување на жалба до второстепениот орган, со што ќе се надмине сегашното небулозно решение кое предвидува можност и тужениот орган да може да поднесе жалба, а од друга страна единиците на локалната самоуправа се обесправени затоа што им е скратена можноста за поднесување на жалба.

При изработката на новиот Закон за управни спорови да се потенцира и развоти Европската конвенција за заштита на човековите права. Конкретно, да се обезбеди адекватна примена на членот 6 од Европската конвенција.

Да се предвиди соодветна и реална применливост на спорот на полна јурисдикција кој во оредени случаи како што се на пример молчењето на администрација или неизвршувањето или непостапувањето по судските пресуди е единствениот начин на обезбедување на фер судење и еднаква достапност до правдата.

Сепак, освен овие прашања постојат и други дискутабилни прашања во однос на идните новини во управното судство, како што се на пример недоставувањето на списи од страна на тужениот орган, неизвршувањето на судски одлуки, судењето во разумен рок, алтернативни начини на решавање на управни спорови и сл. Од истите зависи обезбедувањето на ефикасна и ефективна управно-судска заштита, а за кои во блиска иднина треба да се отвори дискусија во која теоретичарите или научната фела, практичарите т.е. управните судии и засегнатите странки ќе треба да ги посочат своите искуства и видувања, како и да предложат соодствени мерки за подобрување на управно-судската контрола. Во таа насока, од полза би биле и компаративните искуства и досегашната пракса од работењето на управните судови кои би можеле да се прифатат и во правната регулатива во Република Македонија и со тоа да се придонесе кон обезбедување на реална, ефективна и ефикасна управно судска заштита.

HARMONIZATION OF THE LAW ON ADMINISTRATIVE DISPUTES WITH THE LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND EUROPEAN STANDARDS, DILEMMAS AND PERSPECTIVES

***Abstract:** Independent and special administrative justice in the Republic of Macedonia in accordance with the criteria of European-continental system has existed for ten years. This means that the administrative court proceedings in the RM is regulated by special laws and that there is a special Administrative court which decides in administrative disputes. Previously, until 2006 when the Republic of Macedonia adopted a new law on administrative dispute, there is a mixed concept, when the competent court for administrative disputes was the Supreme Court of the Republic of Macedonia, as a court of general jurisdiction. The basic idea and goal of the administrative judiciary is the legality of the individual, final administrative acts by an independent judicial authority. Specifically for the protection of individuals and legal entities against arbitrary and illegal actions of state bodies of administration, when the public authorities in administrative procedure decide on their rights, obligations and interests. Consequently, the main goal of our research is to answer the question of whether and how the administrative judiciary performs its role as guardian of the legality of administrative acts and to identify obstacles and inconsistencies faced by the Administrative Court in performing this role. As important issues related with this aim, and which have a direct impact on the achievement of adequate judicial control is set, the relationship between the court and the administrative authority as a defendant party in administrative proceedings, as well as efficient and effective exercise of administrative-judicial protection for persons who wish to exercise some of their rights and appearing as a plaintiff in an administrative dispute.*

The answer to these questions in the course of research will primarily be obtained through analysis of empirical data from the previous work of the Administrative Court. In fact, the answer is important to be able to confirm our initial hypothesis, which is that the Administrative Court in its work faces many inconsistencies and obstacles in achieving its primary function, which affects the uniform application of legal norms, but also achieving effective and efficient administrative and judicial protection. Above all this regards the enforcement of judicial verdicts, delivering the documents by the public authority, the decision in a dispute of full jurisdiction, maintaining the oral hearing, a trial within a reasonable time and two-instance administrative judiciary. The author suggest of a special character of the independent and impartial administrative justice, which could be achieved through the implementation of adequate legal norms governing the choice and responsibility of judges. Special emphasis in the work of the authors placed on the need for changes in the Law on Administrative Disputes, which should go in the direction of harmonization of laws with the

new Law on Administrative Procedure of 2015 and the consistent application of Article 6 of the European Convention on Human Rights and Freedoms. Namely to open questions about the enlargement of the items would decide the Administrative Court, the incorporating oral hearings as a rule in the administrative proceedings and the detailed planning of the second instance administrative court protection.

Keywords: *administrative dispute, administrative acts, the principle of legality, full jurisdiction dispute, judicial independence.*

THE RIGHT OF WITHDRAWAL UNDER ARTICLE 9-15 OF DIRECTIVE 2011/83EU AS A MEANS OF CONSUMER PROTECTION IN THE EUROPEAN UNION

УДК: 366.5:341.24]:340.137 (4-672EY)
Original research paper

Abstract: *The provision of Art. 9 of Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights provides consumers with a ‘cooling-off’ period of 14 days to unilaterally withdraw their decision to conclude a distance-selling or a off-premises contract, without giving any reason, and without incurring any costs other than the supplementary costs, provided for in Article 13(2), as well as the direct cost of returning the goods. The right of withdrawal may be exercised by the consumer even if that contract has already been performed by the parties. This right and the associated cooling-off period are meant to protect the consumer from making rash decisions in cases where he enters into a specific type of contract with a trader within the meaning of Article 2 (2) of the Directive. The right of withdrawal protects the consumer by restricting the binding force of the contract (pacta sunt servanda) in its core. In doorstep sales or distance sales this need for special legal protection arises from the way in which the contract is initiated. It reflects the consumer’s inability to visually inspect the goods before buying, as well as the consumer’s inhibition threshold to buy goods. In such situations the right of withdrawal is a means of counteracting the structural imbalance between the parties to the contract. The right of withdrawal allows the consumer to escape contractual obligations without having to give any specific reasons and without having to pay a compensation for damages, as long as the requirements for both the right and the time limits for its exercise have been met.*

Keywords: *consumer protection; right of withdrawal; ‘cooling-off’ period; doorstep sale; off-premises contract; binding force of the contract*

1. On 25 October 2011 the European Parliament and the Council have adopted a new Directive 2011/83/EU on consumer rights¹⁷ that came into force

*mail???

¹⁷ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the

on 13 June 2014 (further referred to as ‘the Directive’)¹⁸. It replaces two previous EC-Directives on consumer protection from 1985 and 1997, namely the Doorstep Selling Directive 1985/577/EEC and the Distance Selling Directive 1997/7/EC¹⁹. The new Directive establishes unified supranational rules on consumer’s information to be provided for distance contracts, off-premises contracts and contracts other than distance and off-premises contracts. It also regulates in a harmonized manner the consumer’s right of withdrawal for distance and off-premises contracts and harmonises certain provisions dealing with the performance and some other aspects of business-to-consumer contracts²⁰. Member States are bound to ensure compliance of their national legislations with the Directive by introducing adequate and effective legal means (Art. 23, Art. 28 of the Directive).

The regulatory aspects of the new Directive concern contracts concluded between consumers and traders (merchants) only. The definition of “consumer” within the meaning of Art. 2 (1) of the Directive covers natural persons who are acting outside their trade, business, craft or profession²¹. However, in the case of dual purpose contracts²², where the contract is concluded for purposes partly within and partly outside the person’s trade and the trade purpose is so limited as not to be predominant in the overall context of the contract, that person should also be considered as a consumer. The Directive applies where a consumer concludes a contract with a trader only. The notion of

European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council (Text with EEA relevance), OJ L 304/64, 22.11.2011.

¹⁸ Cf. Art. 28 (1) of the Directive.

¹⁹ Cf. Hans Schulte-Nölke, Christoph M. Scheuren-Brandes, “Doorstep Selling Directive (85/577), in Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (Eds.) *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (Sellier. European law publishers 2008), 79 et seq.; Hans Schulte-Nölke, Andreas Börger, “Distance Selling Directive (97/7), in Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (Eds.) *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (Sellier. European law publishers 2008), 307 et seq.

²⁰ It is worth mentioning that the German legislator was the first amongst the Member States who has introduced one harmonized set of rules dealing with the way of exercising of the right of withdrawal (Widerrufsrecht) in all consumer contracts where this right is applicable (Art. 355 et seq. of German Civil Code, BGB; §§ 312g, 485, 495, 510 BGB and others). On the regulation of the consumer’s right of withdrawal under the current German legislation cf. Manfred Wolf, Jörg Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. (10th edn. Verlag C.H. Beck München 2012), 501 et seq.; Christian Alexander, *Verbraucherschutzrecht*. (C. H. Beck 2015), 53 et seq. The German experience served as an example for EU consumer law harmonization. Cf. Peter Rott, “Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, *German Law Journal* 7, no. 12 (2006): 1111, 1118-1120.

²¹ On the notion of ‘consumer’ within the meaning of EC consumer law cf. Martin Ebers, “The notion of “consumer”, in Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (Eds.) *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (Sellier. European law publishers 2008), 453 et seq.; Christian Alexander, *Verbraucherschutzrecht*. (C. H. Beck 2015), 32 ff.

²² Cf. Christian Alexander, *Verbraucherschutzrecht*. Op. cit., 39.

“trader” means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession in relation to contracts covered by the Directive (Art. 2 (2) of the Directive).

The legal ground for adopting the new Directive on consumer rights is based on Art. 169 (1) and point (a) of Art. 169 (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). They provide that the Union has to contribute to the attainment of a high level of consumer protection through the measures adopted pursuant to Art. 114 thereof. In accordance with Art. 26 (2) TFEU, the internal market is to comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods and services and freedom of establishment are ensured. According to Recital 4 of its Preamble the new Directive on consumer rights aims at achieving a real business-to-consumer internal market, striking the right balance between a high level of consumer protection and the competitiveness of enterprises, while ensuring respect for the principle of subsidiarity. It harmonizes national legislations on certain aspects of consumer distance selling and off-premises contracts with the aim of facilitating the consumers’ access to information and of raising the level of their legal protection when buying goods and services from a trader (merchant) under such specific situations of contract formation.

The first type of consumer contract where such specific situations of contract formation occur is the distance contract. Within the meaning of Art. 2 (7) of the Directive the notion of “distance contract” covers all cases where a contract is concluded between the trader and the consumer under an organised distance sales or service-provision scheme, with the exclusive use of one or more means of distance communication (such as mail order, Internet, telephone or fax) up to and including the time at which the contract is concluded²³. It comprises also situations where the consumer visits the business premises merely for the purpose of gathering information about the goods or services and subsequently negotiates and concludes the contract at a distance. By contrast, a contract which is negotiated at the business premises of the trader and finally concluded by means of distance communication should not be considered a distance contract. Neither should a contract initiated by means of distance communication, but finally concluded at the business premises of the trader be considered a distance contract. Similarly, the concept of distance contract should not include reservations made by a consumer through a means of distance communications to request the provision of a service from a professional, such as in the case of a consumer phoning to request an appointment with a hairdresser. The notion of an organised distance sales or

²³ On the definition of “distance contract” cf. Hans Schulte-Nölke, Andreas Börger, “Distance Selling Directive (97/7)”, in Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (Eds.) *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (Sellier. European law publishers 2008), 318 et seq.

service-provision scheme includes those schemes offered by a third party other than the trader but used by the trader, such as an online platform. It should not, however, cover cases where websites merely offer information on the trader, his goods and/or services and his contact details²⁴.

The second type of consumer contract where specific situations of contract formation occur is the off-premises contract. Under Art. 2 (8) of the Directive it is defined as a contract concluded with the simultaneous physical presence of the trader and the consumer, in a place which is not the business premises of the trader, for example at the consumer's home or workplace²⁵. In an off-premises context, the consumer may be under potential psychological pressure or may be confronted with an element of surprise, irrespective of whether or not the consumer has solicited the trader's visit. The definition of an off-premises contract covers also situations where the consumer is personally and individually addressed in an off-premises context but the contract is concluded immediately afterwards on the business premises of the trader or through a means of distance communication. Outside the scope of "an off-premises contract" remain those situations where the trader comes to the consumer's home first, strictly with a view to take measurements or to give an estimate without any commitment of the consumer and where the contract is concluded only at a later point in time on the business premises of the trader or via means of distance communication on the basis of the trader's estimate. In those cases, the contract is not to be considered as having been concluded immediately after the trader has addressed the consumer if the consumer has had time to reflect upon the estimate of the trader before concluding the contract. Purchases made during an excursion organized by the trader during which the products acquired are promoted and offered for sale should be considered as off-premises contracts.

2. Unlike other directives of the European Parliament and the Council that provide '*a minima*' level of harmonization, the new Directive 2011/83/EU aims at *full harmonization* of some key regulatory aspects in order to increase the legal certainty for both consumers and traders at considerable level. Concerning the consumer's right of withdrawal, the European Parliament and the Council have considered that the varying lengths of the withdrawal periods

²⁴ Cf. Recital 20 of the Preamble.

²⁵ According to the definition of Art. 2 (9) of the Directive the notion of business premises includes premises in whatever form (such as shops, stalls or lorries) which serve as a permanent or usual place of business for the trader. Market stalls and fair stands should be treated as business premises if they fulfill this condition. Retail premises where the trader carries out his activity on a seasonal basis, for instance during the tourist season at a ski or beach resort, should be considered as business premises as the trader carries out his activity in those premises on a usual basis. Spaces accessible to the public, such as streets, shopping malls, beaches, sports facilities and public transport, which the trader uses on an exceptional basis for his business activities as well as private homes or workplaces, should not be regarded as business premises. The business premises of a person acting in the name or on behalf of the trader as defined in the Directive should be considered as business premises within the meaning of Art. 2 (9) of the Directive.

both between Member States and for distance and off-premises contracts²⁶ cause legal uncertainty and compliance costs. In addition, differences in the ways in which the right of withdrawal is exercised in the Member States cause costs for traders selling cross-border²⁷. As a consequence, the cross-border potential of distance selling, which should be one of the main tangible results of the internal market, is not fully exploited. Compared with the significant growth of domestic distance sales over the last few years, the growth in cross-border distance sales has been limited. This discrepancy is particularly significant for Internet sales for which the potential for further growth is high. The cross-border potential of contracts negotiated away from business premises (direct selling) is constrained by the different national consumer protection rules imposed upon the industry. Compared with the growth of domestic direct selling over the last few years, in particular in the services sector, for instance utilities, the number of consumers using this channel for cross-border purchases has remained flat. Therefore, a full harmonisation of consumer information and the right of withdrawal in distance and off-premises contracts will contribute to a high level of consumer protection and a better functioning of the business-to-consumer internal market²⁸.

The core principle of level of harmonization introduced by the Directive provides that Member States may not maintain or introduce provisions diverging from those laid down in Directive 2011/83/EU, including more or less stringent provisions to ensure a different level of consumer protection, unless otherwise provided for in this Directive²⁹. The imperative (mandatory) nature of the Directive's provisions, incl. concerning the right of withdrawal, is laid down in its Art. 25. If the law applicable to the contract is the law of a Member State, consumers may not waive the rights conferred on them by the national measures transposing the Directive. Any contractual terms which directly or indirectly waive or restrict the rights resulting from the Directive shall not be binding on the consumer. This legislative approach of the European institutions allows both consumers and traders to rely on a single regulatory framework based on clearly

²⁶ Prior to the enacting of the new Directive the time limit for exercising the withdrawal right varies from 7 calendar days to 15 calendar days in the different Member States, with some possibility remaining to count that period in a number of working days. For example, the longest withdrawal period of 15 calendar days was provided by the Maltese and Slovenian law. In the United Kingdom, Belgium, Luxembourg, Slovakia and some other Member States the withdrawal period was 7 working days, in France, Spain, Ireland and other countries – 7 calendar days; in the Netherlands – 8 calendar days; in Hungary – 8 working days; in Poland – 10 calendar days, in Italy – 10 working days. In Sweden, Denmark, Finland, Latvia, Estonia, Portugal and Cyprus the withdrawal period was up to 14 calendar days and in Germany – 2 weeks, provided that the necessary information on the right of withdrawal was given to the consumer before or at the time the contract was concluded. Cf. R. Van Den Bergh, P. Rekaiti, “Cooling-off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States. A Comparative Law and Economics Approach”, *Journal of Consumer Policy* 23 (2000): 371-407.

²⁷ Cf. H. Eidenmüller et al., “Towards a Revision of the Consumer-Aquis”, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1807943>, (2011):8.

²⁸ Cf. Recital 5 of the Preamble.

²⁹ Cf. Art. 4 and Recital 7 of the Preamble.

defined legal concepts regulating certain aspects of business-to-consumer contracts across the European Union. The introduction of a harmonised withdrawal regime that the consumer may use should simplify the withdrawal process and bring legal certainty at EU level. The full harmonisation of consumer information and the right of withdrawal in distance and off-premises contracts is intended to contribute to a high level of consumer protection and to a better functioning of the business-to-consumer internal market. The effect of such a harmonization is to eliminate the barriers stemming from the fragmentation of those rules and to complete the internal market. While making use of the legislative technique of full harmonization both the European Parliament and the Council aim at eliminating of those barriers by establishing uniform rules at Union level and at enabling consumers to enjoy a high common level of protection across the Union³⁰.

However, the rules of the Directive do not affect national law in the area of contract law and they are without prejudice to national law regulating the conclusion or the validity of a contract (for instance in the case of lack of consent). Similarly, the new Directive does not affect national law in relation to the general contractual legal remedies, the rules on public economic order, for instance rules on excessive prices, and the rules on unethical legal transactions³¹. It does not affect national laws on legal representation as well, such as the rules relating to the person who is acting in the name of the trader or on his behalf (such as an agent or a trustee)³². The provisions relating to the right of withdrawal are without prejudice to the Member States' laws and regulations governing the termination or unenforceability of a contract or the possibility for the consumer to fulfil his contractual obligations before the date set in the contract³³.

3. The statutory right of withdrawal under Articles 9-15 of Directive 2011/83/EU is the most significant legal instrument of consumer protection in EU law and among national legislations of all Member States³⁴. The main function of both the right of withdrawal and the associated cooling-off period under Articles 9-15 of Directive 2011/83/EU is to protect the consumer against aggressive commercial practices³⁵ in the presence of specific situations of contract formation. Since the consumer is not able to see the goods before concluding the contract in case of distance sales, he should be provided with a right of withdrawal. For the same reason, the consumer should be allowed to test and inspect the goods he has bought to the extent necessary to establish the

³⁰ Cf. Recital 7 of the Preamble.

³¹ Cf. Recital 14 of the Preamble.

³² Cf. Recital 16 of the Preamble.

³³ Cf. Recital 42 of the Preamble.

³⁴ Cf. H. Eidenmüller, "Why Withdrawal Rights?", *European Review of Contract Law* 7, no. 1 (2011): 1.

³⁵ Cf. Marco Loos, "Rights of Withdrawal", in Geriant Howells and Reiner Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier. European law publishers 2009), 245.

nature, characteristics and the functioning of the goods. Concerning off-premises contracts, the consumer should have the right of withdrawal because of the potential surprise element and/or psychological pressure. When concluding doorstep sales and contracts negotiated away from business premises the consumer is in a structurally disadvantageous position at the time of conclusion of the contract. On the one hand the consumer is the weaker party to a contract because, in contrast to the trader, he is acting for purposes which are outside his trade, business, craft or profession. On the other hand, in doorstep sales or distance sales the need for consumer protection arises because of the specific circumstances concerning the conclusion of the contract. In situations of distance selling contracts the consumer is often not sufficiently informed of the goods or services he purchases, since it is not possible for him to visually inspect the goods prior to the conclusion of the contract in such cases. Therefore the consumer needs a special legal protection to ensure that his consent was freely given and well considered³⁶. In a similar manner, there is a danger that the consumer would be not able to come to a substantially free decision when he concludes a contract after having been surprised by a trader at the doorstep. In many cases buying the offered goods may be the only possible solution for the under-pressure consumer to get rid of the trader who insists on selling the goods. In such specific situations it makes sense to entitle the consumer to withdraw within a time limit specified as ‘cooling-off period’ from the contract. Withdrawal from the contract terminates the corresponding obligation of performing the contract.

The rules of Articles 9-15 of Directive concern the scope of application, exercise and legal effects of the right of withdrawal, including some related matters such as time limits of exercising this right and requirements for the trader to inform the consumer on the basis of this right. Art. 9 of the Directive provides the consumer with a ‘cooling-off’ period of 14 days to unilaterally withdraw his decision to conclude a distance selling or off-premises contract without giving any reason, and without incurring any liability for non-performance as well as any costs other than the supplementary costs, provided for in Art. 13 (2), as well as the direct cost of returning the goods. Any contractual penalties, damages or fees related to the exercise of the right of withdrawal are absolutely invalid. As a rule, the right of withdrawal is itself not affected by the performance of the contract. It may be exercised by the consumer even if performance, either in full or in part, has already been carried out.

The 14 days- ‘cooling-off’ period³⁷ applies to all distance and off-premises contracts³⁸. In cases of service contracts, the withdrawal period expires

³⁶ Cf. Hans Micklitz, Jules Stuyck & Evelyne Terryn, *Cases, Materials and Text on Consumer Law* (Portland: Hart Publishing, 2010): 241.

³⁷ Cf. Recital 41 of the Preamble. In order to ensure legal certainty, the provisions of Council Regulation (EEC, Euratom) No 1182/71 of 3 June 1971 determining the rules applicable to periods, dates and time limits (OJ L 124, 8.06.1971, p. 1) should apply to the calculation of the

after 14 days from the conclusion of the contract. In the case of sales contracts, the withdrawal period expires after 14 days from the day on which the consumer or a third party other than the carrier and indicated by the consumer, acquires physical possession of the goods. In addition the consumer may exercise the right to withdraw before acquiring physical possession of the goods. Where multiple goods are ordered by the consumer in one order but are delivered separately, the withdrawal period expires after 14 days from the day on which the consumer acquires physical possession of the last good. Where goods are delivered in multiple lots or pieces, the withdrawal period expires after 14 days from the day on which the consumer acquires the physical possession of the last lot or piece³⁹.

If the trader has not informed the consumer on his right of withdrawal adequately as required by point (h) of Art. 6 (1) of the Directive prior to the conclusion of a distance or off-premises contract, the length of the withdrawal period will be extended. In the Case C-481/99 *Georg Heininger et Helga Heininger v. Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG* [2001] ECR I-09945 the Court of Justice of the EU has confirmed that the withdrawal period does not start to run until the consumer has been properly informed by the trader of his right of withdrawal and therefore the consumers in this case were able to withdraw from their contract with Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG almost 8 years after conclusion of the contract. However, in order to ensure legal certainty as regards the length of the withdrawal period, Art. 10 of the Directive introduces a 12-month limitation period. According to it, if the trader has not provided the consumer with the proper information on his right of withdrawal, the withdrawal period shall expire 12 months from the end of the initial withdrawal period, as determined by Art. 9(2). In case the trader has

periods contained in the Directive. Therefore, all periods contained in this Directive should be understood to be expressed in calendar days. Where a period expressed in days is to be calculated from the moment at which an event occurs or an action takes place, the day during which that event occurs or that action takes place should not be considered as falling within the period in question.

³⁸ The Directive lays down certain exceptions from the right of withdrawal, both for distance and off-premises contracts. A right of withdrawal is considered to be inappropriate for example given the nature of particular goods or services. That is the case for example with wine supplied a long time after the conclusion of a contract of a speculative nature where the value is dependent on fluctuations in the market ('vin en primeur'). The right of withdrawal does not apply to goods made to the consumer's specifications or which are clearly personalised such as tailor-made curtains, nor to the supply of fuel, for example, which is a good, by nature inseparably mixed with other items after delivery. This is the case of goods made to the consumer's specifications. Within the meaning of Art. 2 (4) of the Directive 'goods made to the consumer's specifications' means non-prefabricated goods made on the basis of an individual choice of or decision by the consumer. The granting of a right of withdrawal to the consumer is also inappropriate in the case of certain services where the conclusion of the contract implies the setting aside of capacity which, if a right of withdrawal were exercised, the trader may find difficult to fill. This would for example be the case where reservations are made at hotels or concerning holiday cottages or cultural or sporting events.

³⁹ Cf. Recital 40 of the Preamble.

provided the consumer with the necessary information on his right of withdrawal within 12 months from the day referred to in Art. 9(2), the withdrawal period shall expire 14 days after the day upon which the consumer receives that information.

The rule of Art. 9 (3) of the Directive does not prohibit contracting parties from performing their contractual obligations during the withdrawal period. Nevertheless, in the case of off-premises contracts, Member States may maintain existing national legislation prohibiting the trader from collecting the payment from the consumer during the given period after the conclusion of the contract⁴⁰.

The right of withdrawal should be exercised by the consumer before the expiry of the withdrawal period. According to Art. 11 of the Directive the consumer has to inform the trader of his decision to withdraw from the contract. For this purpose, the consumer may either use the model withdrawal form as set out in Annex I (B) or make any other unequivocal statement setting out his decision to withdraw from the contract. Considering that the differences in the ways in which the right of withdrawal is exercised in the Member States have caused costs for traders selling cross-border, the Directive introduces a harmonized model withdrawal form that the consumer may use. This model form is intended to simplify the withdrawal process and to bring legal certainty. For these reasons, Member States should refrain from adding any presentational requirements to the Union-wide model form relating for example to the font size⁴¹. However, the consumer should remain free to withdraw in his own words, provided that his statement setting out his decision to withdraw from the contract to the trader is unequivocal. A letter, a telephone call or returning the goods with a clear statement could meet this requirement, but the burden of proof of having withdrawn within the time limits fixed in the Directive should be on the consumer. For this reason, it is in the interest of the consumer to make use of a durable medium when communicating his withdrawal to the trader⁴². Within the meaning of Art. 2 (10) of the Directive the notion of ‘durable medium’ is defined as any instrument which enables the consumer or the trader to store information addressed personally to him in a way accessible for future reference for a period of time adequate for the purposes of the information and which allows the unchanged reproduction of the information stored. The burden of proof of proper exercising the right of withdrawal shall be borne by the consumer in accordance with Art. 11 of the Directive.

The proper exercise of the right of withdrawal terminates the obligations of the parties to perform the distance or off-premises contract with a retroactive effect. In cases where an offer has been made by the consumer the proper

⁴⁰ In the Case C-412/06 *Annelore Hamilton v. Volksbank Filder eG* [2008] ECR I-02383 the Court of Justice of the EU held that the consumer may no longer withdraw from the contract after its full performance.

⁴¹ Cf. Art. 11 (1) of the Directive.

⁴² Cf. Recital 47 of the Preamble.

exercise of the right of withdrawal terminates the obligations of the parties to conclude the distance or off-premises contract (Art. 12 of the Directive).

In consequence of exercising the right of withdrawal the trader has to reimburse all payments received from the consumer, including those covering the expenses borne by the trader to deliver goods to the consumer (Art. 13 of the Directive). The reimbursement should not be made by vouchers unless the consumer has used vouchers for the initial transaction or has expressly accepted them. If the consumer expressly has chosen a certain type of delivery (for instance 24-hour express delivery), although the trader had offered a common and generally acceptable type of delivery which would have incurred lower delivery costs, the consumer should bear the difference in costs between these two types of delivery. The trader may also be liable to pay interest on the payment made by the consumer.

Accordingly, the consumer has to return what he has received from the trader. The trader always bears the risk that goods are destroyed or damaged during transport, but the consumer is liable for the loss of goods or their damage during the time he has them in his possession (Art. 14 (2) of the Directive). If the consumer exercises his right of withdrawal after having used the goods to an extent more than necessary to establish the nature, characteristics and the functioning of the goods, he does not lose the right to withdraw but is liable for any diminished value of the goods. In order to establish the nature, characteristics and functioning of the goods, the consumer should only handle and inspect them in the same manner as he would be allowed to do in a shop. The consumer should handle and inspect the goods with due care during the withdrawal period. The obligations of the consumer in the event of withdrawal should not discourage the consumer from exercising his right of withdrawal⁴³.

In the event that the consumer withdraws from the contract, he is obliged to send back the goods not later than 14 days after having informed the trader about his decision to withdraw from the contract, unless the trader has offered to collect the goods himself (Art. 14 of the Directive). The consumer shall only bear the direct cost of returning the goods unless the trader has agreed to bear them or the trader failed to inform the consumer that the consumer has to bear them. In the case of off-premises contracts where the goods have been delivered to the consumer's home at the time of the conclusion of the contract, the trader shall at his own expense collect the goods if, by their nature, those goods cannot normally be returned by post.

In situations where the trader or the consumer does not fulfil the obligations relating to the exercise of the right of withdrawal, penalties provided for by national legislation in accordance with the Directive should apply as well as general contract law provisions.

As a result of the proper exercise of the right of withdrawal from distance or an off-premises contract in accordance with Art. 9-14 of this

⁴³ Cf. Recital 44 of the Preamble.

Directive, any ancillary contracts shall be automatically terminated, without any costs for the consumer, except as provided for in Art. 13(2) and in Art. 14 of the Directive (Art. 15 of the Directive⁴⁴). In case where a credit contract may have been concluded to finance the price for goods or services subject to delivery, this rule applies without prejudice to Art. 15 of Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23.04.2008 on credit agreements for consumers⁴⁵. The concept of “ancillary contract” covers any contract by which the consumer acquires goods or services related to a distance contract or an off-premises contract and where those goods are supplied or those services are provided by the trader or by a third party on the basis of an arrangement between that third party and the trader (Art. 2 (15) of the Directive). This specific provision extends the effects of withdrawal from the ‘main’ consumer contract to linked contracts because they form a single economic unit⁴⁶. Consumer’s withdrawal from the ‘main’ consumer contract automatically entails withdrawal from the ancillary contract.

4. Although the main field of application of the right of withdrawal *de lege lata* consists of some specific consumer contracts, such as distance and off-premises contracts, as well as timeshare contracts⁴⁷, traces of its prototype may already be found in a proposal for a statutory ‘*Reurecht*’ in German Civil code intended to be granted for buyers in installment sales. This proposal was introduced by the German lawyer *Philipp Heck* during the proceedings of the

⁴⁴ Compare with Art. 6 (4) of the repealed Distance Selling Directive 97/7/EC. In contrast, the repealed Doorstep Selling Directive 85/577/EC did not contain such explicit provisions on ancillary contracts.

⁴⁵ OJ L 133, 22.5.2008, p. 66.

⁴⁶ Based on the definition of ‘linked contracts’ according to § 358 par. 3 of the German Civil Code, Peter Rott, “Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, German Law Journal 7, no. 12 (2006): 1131, emphasizes that two requirements must be fulfilled for the existence of linked contracts in case of financed purchase of goods or services. First, the credit must serve exclusively or partially to finance the ‘main’ contract. Second, both contracts (consumer purchase contract and credit contract) must form an economic unit. Under § 358 par. 3 s. 2 of the German Civil Code an economic unit shall be presumed where the trader (supplier of goods or service provider) himself finances the credit for the consumer or, if it is financed by a third party, if the creditor uses the services of the supplier or service provider in connection with the preparation, or conclusion, of the credit agreement.

⁴⁷ Cf. Art. 6-11 of the Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts (Text with EEA relevance), OJ L 33/10, 3. 02. 2009. Hans Schulte-Nölke, Andreas Börger, Sandra Fischer, “Timeshare Directive (94/47)”, in Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (Eds.) *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (Sellier. European law publishers 2008), 262 et seq.; Екатерина Матеева, Специалната правна защита на потребителя по договора за придобиване на частично право на ползване на недвижим имот за определен период от време (т.нар. „тайм-шеринг“), в: Търговско право, 2009, № 2, 41-63; № 3, 67-85.

21st German Lawyers day of 1891⁴⁸. In the second half of last century the right of withdrawal in favor of buyers has first been laid down in German *Auslandsinvestment-Gesetz* 1969 concerning the sale of foreign investment shares, following by the Netherlands' Door to Door Sales Act (*Colportagewet* 1973), concerning the regulation of doorstep selling contracts.

At EC level the right of withdrawal has been granted to consumers for the first time by the Doorstep Selling Directive 1985/577/EEC, followed by the Directive on Direct Life Assurance 90/619/EEC, the Timeshare Directive 94/47/EC (replaced by a new Timeshare Directive 2008/122/EC), the Distance Selling Directive 1997/7/EC, the Distance Marketing of Financial Services Directive 2002/65/EC, as well as the Consumer Credit Directive 2008/48/EC⁴⁹. All these instruments of secondary EC legislation, along with the latest Directive 2011/83/EU on consumer rights, reflect the approach of creating a largely harmonized regime for various rights of withdrawal that only apply to specific types of consumer contracts. The right of withdrawal introduced by EC consumer law has far-reaching implications on relevant national provisions and their interpretation in all Member States. In Bulgaria the right of withdrawal is implemented in various Acts of the Parliament, among which Art. 50-57, 161e, 161k and others of the Consumer Protection Act; Art. 12-15 of the Distance Marketing of Financial Services Act; Art. 29-31 of the Consumer Credit Act; Art. 82 (3) and 89 of the Tourism Act and others.

Regarding the recent development of European private law it is worth mentioning that Chapter 5 of Book II of the Draft Common Frame of Reference (DCFR) 2009 contains provisions on the right of withdrawal that are drafted as rules of the *general* contract law, applicable to all parties to a contract, including those acting in their mercantile legal capacity (i.e., as traders)⁵⁰. The modern concept of the right of withdrawal considers this right as a means of legal protection of a party from being too hastily bound by a contract in situations where that party is in a structurally disadvantageous and weaker position at the time of conclusion of the contract⁵¹. Considering the purpose of the withdrawal

⁴⁸ Cf. Philipp Heck, *Verhandlungen des Einundzwanzigsten Deutschen Juristentags*, 2. Band, (1891), 180-182 referred to by Claus-Wilhelm Canaris, "Wandlungen des Schuldvertragsrecht – Tendenzen zu seiner "Materialisierung", in *Archiv für die civilistische Praxis*, 200 Bd. (2000), 344; Marco Loos, "Rights of Withdrawal", in Geriant Howells and Reiner Schulze (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (Sellier European law publishers 2009), 239.

⁴⁹ Cf. Hans Schulte-Nölke, "Right of Withdrawal", in Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers (Eds.), *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its Transposition in the Member States* (Sellier. European law publishers 2008), 471 et seq.

⁵⁰ For further reading cf. Marco Loos, "The Case for a Uniformed and Efficient Right of Withdrawal from Consumer Contracts in European Contract Law", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (2007): 5-36.

⁵¹ Cf. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke (Eds.), (Sellier European law publishers 2009), 375.

right which aims at the protection of the entitled party, the above mentioned Model rules enable the parties to the contract to stipulate deviations from the rules of Chapter 5, as long as this would be in favour of the entitled party only. Because of the imperative nature of the rules on withdrawal rights, the parties may not, to the detriment of the entitled party, exclude the application of the rules of Chapter 5 of Book II of the DCFR or derogate from or vary their effects (Art. II.-5:101 (2) DCFR).

5. European scholarship⁵² and jurisprudence consider the right of withdrawal as a right of the consumer to unilaterally terminate a legal relationship arising from a contract with a trader, without giving any reason for doing so and without bearing any liability for non-performance of the obligations arising from that contract. The right can only be exercised within a limited *resolutive* period (regularly 14 days), after which the right expires *ipso iure*. The cooling-off period is intended to provide the consumer with some additional time for reaction, considering his lack of experience in such specific situations of contract formation. The protection of the consumer is achieved by restricting the binding force of the contract in his favor⁵³; that is why the substantive legitimacy of the right of withdrawal is doubted by some lawyers⁵⁴. The principle '*Pacta sunt servanda*', commonly regarded as a fundamental principle of general contract law, requires parties to remain bound to the contract and to perform their obligations. However, in cases of a distance selling or off-premises contract where the consumer might not be able to determine freely his consent when being bound by contractual obligations, the right of withdrawal makes it possible for him to escape his contractual obligations without having to give any reasons and to bear any liability for non-performance⁵⁵. In the view of German scientist on the field of private law *Claus-Wilhelm Canaris*⁵⁶ the right of withdrawal must be seen as an example that the formal and the material notions of freedom of contract ('formale und

⁵²Cf. Günther Reiner, *Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*, Archiv für die civilistische Praxis, 203. Bd., H. 1 (2003), 4.

⁵³ Marco Loos, "Rights of Withdrawal". Op. cit., 241.

⁵⁴ For criticism cf. Leonie Vierck, "Defragmentierung der Widerrufsrechte im Europäischen Vertragsrecht. Versuch einer kohärenten dogmatischen Analyse", *European Law/Europarecht* (2007): 65. The author, supported by Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson, *EC Consumer Law* (Ashgate, Aldershot, Brookfield USA, Singapur, Sydney, 1997), 167, qualifies the right of withdrawal as a "legal radicalism".

⁵⁵ Cf. Marco Loos, "The Case for a Uniformed and Efficient Right of Withdrawal from Consumer Contracts in European Contract Law". Op. cit., 5-36, argues that the right of withdrawal limits the autonomy of the trader (seller or service provider) on the basis of the solidarity that is expected from him with his 'weak' customer.

⁵⁶ On the antagonism between the formal and the material notions of freedom of contract cf. Claus-Wilhelm Canaris, "Wandlungen des Schuldvertragsrecht – Tendenzen zu seiner "Materialisierung", in *Archiv für die civilistische Praxis*, 200 Bd. (2000), 344; Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts II, Besonderer Teil, 2. Halbband, Deutsches und Europäisches Wirtschaftsrecht – Handbuch für Studium und Praxis*, München 2000, 345.

materiale Vertragsfreiheit'⁵⁷) need not always coincide, as this already follows from more classical legal instruments, such as to invalidate the contract on the ground of mistake, deception and fraud. In this sense the right of withdrawal is not really at odds with the principle '*Pacta sunt servanda*' because in doorstep- and off-premises sales the '*pactum*', on which the binding nature of the contract is based, may not be actually founded on freely determined consent by the consumer.

It is worth mentioning that the right of withdrawal must be clearly distinguished from other unilateral rights in general contract law provided to relieve a party from the binding effect of a contract⁵⁸. Where the trader has failed to fulfill his obligations to deliver the goods in accordance with the Directive, the consumer may, in accordance with the applicable national law, have recourse to other remedies, such as granting the trader an additional period of time for delivery, enforcing the performance of the contract, withholding payment, and seeking damages⁵⁹. The primary aim of the right of withdrawal is to allow the consumer within a cooling-off period time to obtain information, to consider in a fairly quiet and coolheaded condition all relative circumstances and to escape his contractual obligation when he realizes that actually he did not want to conclude that contract. The consumer may therefore make use of the right of withdrawal without having to refer to breach of contract or to non-performance of the trader's obligations, as it would be required for a termination of bilateral contracts on the grounds of non-performance of debtor's obligations. On the other hand, the legal ground for conferring the right of withdrawal to the consumer is not linked to mistake, fraud or other type of defects in expression of the will, enabling the party concerned to bring an action for the annulment of the voidable contract with a retroactive effect. Unlike the case of a voidable contract the right of withdrawal makes it possible for the consumer to unilaterally bring the contractual obligation to an end without having to prove that his agreement with the trader has been reached upon the basis of a defect in the expression of will. Withdrawal simply enables the consumer to unilaterally go back on his decision to conclude the contract, as long as the legal requirements for both the right and the time limits for its exercise have been met⁶⁰. From the viewpoint of legislative politics the main justification of the right of withdrawal relies on the specific circumstances of contract formation where there is a danger that the consumer would be not able to come to a substantially free decision in the process of conclusion of the contract.

In cases where all requirements for the exercise of the right of withdrawal have been met, but the consumer contract is voidable because of the

⁵⁷ Critical remarks about the legitimacy of the formal and the material notions of freedom of contract makes Günter Reiner, "Der Verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen", in *Archiv für die civilistische Praxis*, 203. Bd., H. 1 (2003), 14-15.

⁵⁸ Cf. Christian Alexander, *Verbraucherschutzrecht*. (C. H. Beck 2015), 55-56.

⁵⁹ Cf. Recital 53 of the Preamble.

⁶⁰ Cf. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Op. cit., 375.

trader's fraudulent behavior at the time of conclusion of the contract, or where the contractual relationship can be unilaterally terminated for non-performance, the consumer should not be confined to remedies based on these other grounds (i.e. to annulment or termination of the contract), but should rather be entitled to exercise the right of withdrawal and benefit from the more favorable protective effects of withdrawal⁶¹. Of course, it is a matter of the consumer's sole discretion which of the overlapping remedies would be more appropriate in each specific situation.

6. Last but not least, the question of the legal nature of the right of withdrawal and its influence on the validity of the contract appears to be worth mentioning⁶². In 1996 the German Federal Court of Justice⁶³ based on the interpretation of the doorstep selling law, held that contracts concluded at the doorstep were not fully valid until the right of withdrawal had expired. Until that moment, the validity of the contract would be pending ('schwebend unwirksam'). This concept of postponed validity led some authors to the conclusion that a consumer who bought goods at the doorstep was only entitled to performance once the contract was fully valid, and so was the trader with a view to payment. Accordingly, some German academics argued that the consumer should be allowed to refrain from his right to withdrawal in order to be able to claim immediate performance of the contract⁶⁴.

In my opinion this point of view raises serious doubts as to its compliance with the legal requirements and consequences of exercise of the right of withdrawal under the Directive. The interpretation of Art. 12-14 of the Directive clearly shows that the right of withdrawal is itself not affected by the performance of the contract⁶⁵. Both parties can claim performance immediately after the conclusion of the contract, unless otherwise agreed. This means that consumer contracts that are subject to a right of withdrawal are fully binding and valid *ab initio* (i.e. from the beginning), but they could be terminated unilaterally by the consumer with a retroactive effect by exercising his right to withdrawal in the due time limit. The existence of the right of withdrawal does not render the contract pending invalid ('schwebend unwirksam') or pending valid. The proper exercise of the right to withdrawal by the consumer constitutes separate relevant facts of the case which terminates *ex tunc* all contractual rights and obligations of the parties and raises a new relationship between the consumer and the trader that aims primarily at the return of the goods, services and payments received (Art. 13-14 of the Directive).

⁶¹ Ibidem.

⁶² On the legal nature of the right of withdrawal cf. Christian Alexander, *Verbraucherschutzrecht*. Op. cit., 54-55; Burkhard Boemke, "Das Widerrufsrecht im allgemeinen Verbraucherschutzrecht und seine Ausübung in der Zwangsvollstreckung", *Archiv für die civilistische Praxis*, 197. Bd., H. 1-2 (1997), 167 et seq.; Peter Rott, "Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", *German Law Journal* 7, no. 12 (2006): 1114.

⁶³ Cf. Bundesgerichtshof, *Neue Juristische Wochenschrift* (1996) 57.

⁶⁴ Cf. Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, "Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie", *Betriebs-Berater* (1999), 2093.

⁶⁵ Cf. Peter Rott, "Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?". Op. cit., 1121.

Проф. д-р Никола Тупанчески*

Проф. д-р Александра Деаноска – Трендафилова**

ЗА НЕКОНЗИСТЕНТНОСТА НА ИНКРИМИНАЦИИТЕ ЗА ЕКОНОМСКИТЕ КАЗНЕНИ ДЕЛА⁶⁶

УДК: 343.359 (497.7)

Original research paper

***Апстракт:** Економскиот криминал е еден од најсериозните облици во феноменологијата на криминалот во Република Македонија и тој има јасни карактеристики на организиран криминал, со мултидисциплинарна димензија. Имено, неговата теоретска елаборација, како и практичното постапување во функција на казненоправна репресија, нужно претпоставува анализа на пазарот и познавање на низа стопански и финансиски параметри. Во врска со економските казнени дела, поточно во делот на нивното инкриминирање, една од тежкотиите во процесирањето на ваквите предмети е отсуството на прецизни дефиниции на централните поими на едно економско казнено дело, како и изедначувањето на поимите „службено лице“ и „одговорно лице“. Друго проблематично подрачје е систематиката на економските инкриминации кои ги отсликува дисперзија во повеќе глави од КЗМ; дополнително бројката на економски инкриминации во вонкривичните прописи е доста висока, а најголемиот дел од нив се некомплементарни со одредбите од КЗ. Честите измени и дополнувања на КЗМ кои не ја одминаа и оваа сфера, за жал не ја следат доследно еволуцијата и воопшто случувањата во економските односи во нашата држава; критика заслужуваат низа постојни инкриминации кои најчесто не се ни применуваат, а КЗ последниве години беше „збогатен“ и со низа чудни решенија за нелогични и непознати дела во компаративното право. Оттука, системот на економски инкриминации треба да биде предмет на сериозна ревизија, како впрочем и целиот Кривичен законик.*

***Клучни зборови:** економски криминал, пазар, казнено дело, инкриминации*

*Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“

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

⁶⁶ Одредени делови и тези од овој труд се претходно објавени во стручното списание „Правник“.

1. Поим и основни карактеристики на економскиот криминалитет

Развитокот на економското казнено право ја дели судбината на потрагата по нови одговори на економскиот криминал како „неконвенционален“ криминал или „нова форма“ на криминалот, чиешто разликување од „конвенционалниот“ има повеќе криминално-политичко, отколку гносеолошко-методолошко значење! Криминалот е константна, но и динамична појава. Колку брзо се менуваат неговите појавни форми и нивните карактеристики, а едновременно и аголот на нивното опсервирање, може да ни послужи класификацијата на *Middendorff*, кој во еден труд од пред малку повеќе од две декади како „нов криминал“ ги издвојува: економскиот криминал, сообраќајните деликти, грабнувањата и тероризмот⁶⁷. Денес, репертоарот на појавите што се подведуваат под тој поим е повеќекратно зголемен: тероризам, корупција, перење пари, еколошки криминал, компјутерски криминал итн. „Новите форми“ на криминалот се сметаат за најбележит симптом на сеопштата цивилизациска криза и на развиените западни општества кои го достигнале „крајот на историјата“⁶⁸, прераснувајќи во основна загрозба на квалитетот на човековиот живот. „Неконвенционалниот“ криминал е основен проблем на современата држава, затоа што е најчесто „втопен“ во комплексни економски и политички активности. Неговото неправо го определуваат елементи кои се на границата со легалните активности или како такви, се директно поврзани со обемот и карактерот на државната регулатива на определени области! Таквата посебност на неконвенционалниот криминал го детерминира едногласното убедување дека треба да се развие посебна стратегија и мерки за неговото спречување: тоа е криминал кој бара неконвенционален одговор (в. поопширно *Камбовски*, 2, 59).

Сфаќањето за содржината на поимот на економски криминал како „нова форма“ еволуира - од постарото диференцирање на поимот на „криминал на белите јаку“ (*White Collar Crime*), до современите теории за „криминал под заштита на законот“. Првиот поим го исфрли американската криминологија (поточно американскиот криминолог *Edwin Sutherland* во 1939 година⁶⁹, како антипод на криминалот „на сините јаку“ што го означува општиот криминал на посиромашните слоеви население, тој е синоним за криминалот на богатите, привилегирани социјални слоеви, во кои влегуваат економската, финансиската и политичката олигархија. За повеќето криминолози, оваа форма на антисоцијално однесување е типичен случај на несовпаѓање на

⁶⁷ В. *Middendorff*, 12

⁶⁸ *Фукујама*, 5,

⁶⁹ В. *Sutherland*, 38

правната и социолошко-криминолошката дефиниција на криминалот за која криминално е и однесувањето што ги загрозува индивидуалните и општествените вредности, иако не е забрането со закон⁷⁰. Имено, за криминалитетот на сините мантили е својствена употребата на физичка сила, додека пак, „криминалците со белите јаки“ по природа се стручни и бележат висок степен на професионалност (така, на пример способност за манипулација во сметководство или финасиски извештаи итн).

Првобитната дефиниција на „**криминалот на белите јаки**“ како „казнени дела сторени од лица од респект и со повисок социјален статус во вршењето на нивната професија“ (Sutherland), денес доживува значајна ревизија: со користењето на новите технологии и масовните комуникации сè повеќе припадници и на пониските слоеви добиваат можност да се вклучат во овој облик на криминал.⁷¹ Се работи за извршување на казнени дела со измама, користење на компјутери или на друг ненасилен начин заради стекнување на некоја материјална корист или друга лична погодност. Криминалците „во бели јаки“ по правило не се сметаат за криминалци, туку за деловни луѓе кои ги користат дадените прилики и „се снаоѓаат“ за да се одржат на пазарот, користејќи ги слабостите на општеството заради остварување на што поголем профит и општествено влијание.⁷²

Сумарно земено, *криминалитетот на белите јаки* го сочинуваат следните карактеристики:

- Ненасилно вршење кривични дела во стопанскиот живот;
- Вршење на делата од страна на лица кои уживаат висок социјален статус, углед и моќ во општеството (лица кои и припаѓаат на општествена елита);
- Како извршители се јавуваат лица кои го искористуваат своето влијание (својата висока општествено-економска положба, високата положба во општествена хиерархија) за нарушување на правните прописи;
- Делата ги вршат во рамите на својата професионална дејност (нарушување на законите со кои се уредува нивната професионална активност);
- Целта на нивното дејствување се состои во стекнување еноормна материјална корист;
- Предизвикува сериозни дезорганизации во стопанскиот систем;
- Ги нарушува социјалните односи;
- Исклучителна прилагодливост кон економскиот систем, начинот на неговото организирање и функционирање,и

⁷⁰Tappan, 8

⁷¹Reid, 249.

⁷²Mannheim, 469

- Висок степен на сигурност дека ќе ја избегнат правдата (избегнување на кривичната одговорност и кривичните санкции – темна бројка и неоткриен криминалитет).

Имено, полицијата ретко ги гони овие криминалци поради тоа што се смета дека овде не се работи за криминалитет туку за корисни „малверзации“. Против нив не се поведува кривична постапка, не само поради недостигот на докази (истите тешко се откриваат, меѓу другото и поради нивната поврзаност со власта) и фактичкиот имунитет што овие лица го уживаат како угледни деловни луѓе, туку и поради ставот дека тие поведенија не можат да се подведат ниту под една од постојните инкриминации. Предностите на овие луѓе да вршат криминална активност, а при тоа да останат неказнети се согледува во фактот што тие се способни да се прилагодуваат на сите услови на секоја средина, со високи професионални способности поткрепени со можности во дадената социјална средина да се реализираат. Тие за својата работа примаат признанија од општеството, титули, почесни награди што придонесуваат за подигнување на нивниот углед, а при тоа сепак се движат на границата на дозволеното, моралното и латентната опасност да станат престапници и да бидат казнети. Оттука, јавноста не ги смета за криминалци, напротив за способни, деловни луѓе што знаат и умеат да се „снајдат“.

Економскиот криминал има јасни белези на преобладавајќо *организиран криминал*, чиешто опсервирање претпоставува *комплексна анализа на пазарот*, односно на различните пазари, без притоа да се прави разлика помеѓу „црн пазар“ (на пороци), „сива економија“ или „легална економија“!⁷³ Нивното разликување е релативно: што е „црн“ а што пак „легален“ пазар - тоа зависи од правниот режим, кој не секогаш е резултат на економски, туку мошне често и на морални, правни и други социјални детерминанти!

Во држава во која се ослабени претпоставките на добро владеење (*good governance*) и постулатите на правната држава, доаѓа до лесна симбиоза помеѓу легалниот и илегалниот пазар, поточно се губи објективниот, суштинскиот, економски критериум на „легалност – нелегалност“! Ако во однос на еден просторно лимитиран ентитет, како што е државата, уште и може да се создадат некои објективни вредносни критериуми за таквата поделба, во глобалната економија, каква што сè повеќе станува денешната, објективните економски критериуми се на пат да се изгубат во лавиринтите на огромните разлики во националните правни системи!

За определување на поимот економски криминал, дефиниран како вкупност од однесувања на поединци и правни лица со кои се повредуваат законските прописи кои ги уредуваат условите за стопанисување, се

⁷³Beare, 3

релевантни поимот на економскиот систем и неговите елементи (сопственички односи, односи на пазарот, работни односи, корпоративно управување итн).⁷⁴

Генерално земено, економскиот криминалитет го обележуваат три важни карактеристики: а) *штетата од големи размери* и тоа како непосредната која се однесува на конкретно физичко или правно лице, така и посредната која е насочена против севкупниот економски систем на земјата; б) *посебниот статус на сторителот* на казненото дело, како носител на стопанска дејност која го разликува од класичниот криминалец и в) *modus operandi* (многу комплицираните начини на извршување, користење на современи технологии, злоупотребата на доверба итн. кои значително го отежнуваат неговото детектирање и сузбивање).

Битна карактеристика на економскиот криминалитет е неговата *прилагодливост* кон економскиот систем, начинот на неговото организирање и функционирање. Со својата прилагодливост кон системот, тоа е криминалитет што се вградува во економскиот систем главно со две цели: интегрирајќи се во стопанските и државните институции се маскира, се крие во нив, го избегнува прогонот и второ, тој е криминалитет кој вградувајќи се во системот, настојува да влијае врз организирањето и функционирањето на системот, на начин, во насоки и со инструменти кои ќе му овозможат што е можно повисоки добивки од криминалните активности. Прилагодливоста на овој криминалитет има за последица тој да биде многу динамична појава, која во зависност од динамичноста на развојот и функционирањето на економскиот систем, ги менува феноменолошките облици низ кои се манифестира, ги менува стопанските области во кои се лоцира, едновременно покажувајќи способност да се лоцира таму каде што за најкусо време може да се стекне најголема добивка. Ова, воедно значи дека облиците низ кои се јавува, по правило, се сложени за воочување, а потоа и за откривање од страна на органите на прогонот, како и за докажување.

Една од карактеристиките на економскиот криминалитет е и неговата *прикриеност*. За разлика од класичниот криминалитет, каде што непосредно тие не се видливи, кај економскиот криминалитет тој се врши во тајност, самото криминално делување трае подолго, а непосредните последици не се согледуваат брзо, жртвата на криминалното дело понекогаш и воопшто нема да дознае за последиците од стореното криминално дело (така, затајувањето на данок).

Фактот што кај економскиот криминалитет до евентуално сознание дека е сторено кривично дело се доаѓа пред сè преку индиции кои често не непосредно, туку оддалеку упатуваат на постоењето на делото, во голема мера го отежнува неговото откривање, а оттука и самиот чин на

⁷⁴в. Билтен бр. 3 Борба против организираниот криминал во Р. Македонија, март 2006-март 2007, стр. 78.

доказување. Токму оваа карактеристика на економскиот криминалитет ја условува и високата „темна бројка“. Што се однесува пак, до начинот на извршување на економските кривични дела, во случајов, по правило, не се работи за чисти противправни кривични дела, туку трансакциите се наоѓаат некаде на патот помеѓу легалното и нелегалното. Тој факт го отежнува препознавањето на казненото дело, а од органите на прогонот бара висока стручност и професионалност, односно нивна специјализација за делување во одделни стопански гранки: секоја стопанска гранка има свој криминалитет, посебни фактори што ја одредуваат и темната бројка.

На темната бројка влијаат и динамичноста и честото менување и начинот и местото на сторување на казненото дело, професионализмот на извршителите, успешното користење на современите технички средства и лошите и непотполни бази на информации на државните и другите органи, несистематското следење на движењето на стоките, парите, капиталот и сл. Економскиот криминалитет, по правило, вклучува повеќе претпријатија, институции на делување во вршењето на криминалната дејност, па оттука не вчудоневидува и учеството на повеќе лица како извршители, помагачи, соучесници. Овие факти можат да ја олеснат, но истовремено и да ја отежнат работата во откривањето и докажувањето на криминалниот акт. Посебното значење на економскиот криминалитет е очигледно и од аспект на сторителите на овие дела. Тоа се најчесто одговорни и овластени работници на одредени државни органи и служби, лица што се наоѓаат на одговорни функции во сферата на економското работење (сопственици на приватни претпријатија, директори, сопственици на приватни менувачници и штедилници), натаму, продавачи во трговски фирми, сметководители, благајници и други работници во сметководството, како и инспектори и царински работници.⁷⁵ Впрочем, за овие лица се вели дека најчесто постапуваат според изреката - *Дозволено е она што не е изречно забрането!*

Новите облици на криминалитет, кои се продукт на можностите за давање висок профит, како што се трговијата со дроги, трговијата со луѓе, трговијата со оружје, компјутерскиот криминалитет, перењето пари, корупцијата, финансиските трансакции со акции на берзите и пазарот на хартии од вредност, се јавува во двојна улога: концептот за државен капитализам кој се развива под контрола на државните институции и концептот на заштита, создавање услови за интегритет на криминалците што се вградени во државата. Криминалитетот на „белите јаки“ на тој начин може да се одгатне како криминалитет на владеачката класа, на оние што имаат власт, сила и моќ преку големите богатства.

⁷⁵Така, и според Middendorff, сторителот на овие дела е добро интегриран, не се наоѓа надвор од општеството, туку во него, а често ужива и висока социјална положба. Во деловниот живот тој само понекогаш се однесува нечесно, понекогаш ги преминува границите на нечесноста, а бројните задолженија ги врши нормално и чесно.

Оттука, при изучувањето на современиот економски криминалитет во прв ред, треба да се земат во вид оние детерминанти што современото општество го одредуваат како општество на досега невиден научен, технички и технолошки напредок, информатичко општество кое доведе до огромен општ напредок. Напредокот во техниката и технологијата доведе до брз развој на средствата за производството во сите стопански гранки, а особено во развојот на сообраќајот, новите производи и комуникации, вклучувајќи ги тука и начините на движење на капиталот и средствата, па сè до унапредување на финансискиот промет и движењето на капиталот. Новите средства и новата организација на државата на економскиот криминалитет му дадоа еден нов квалификатив, или поинаку речено, речиси во полна мера ја избришаа границата помеѓу легалното и илегалното, неморалното во деловните односи и на тој начин, создадоа едно ново подрачје на изучување на етиологијата на економскиот криминалитет. Криминалитетот стана составен дел на политиката, а не помалку и политиката стана подложна на криминализација.

Општите криминогени фактори со влијание на настанувањето на економскиот криминалитет, произлегуваат од општите општествени, политички, економски, правни, социјални, социо - културни фактори што добиваат значење на детерминанти на структурирањето на општеството, но и на неговото функционирање. Тоа се оние општи дадености кои кај нас настанаа како последица на процесите на транзиција и за кои зборувавме понапред. Посебните криминогени фактори, исто така, се јавуваат како детерминанти на економскиот криминалитет, сепак, на едно пониско ниво, но не и помала јачина на влијание врз настанувањето на криминалитетот. Како посебни фактори се јавуваат одделните видови власти и институциите преку кои тие ја вршат својата власт или ја простираат својата моќ, нивното поединечно организирање и функционирање, особено оние министерства и органи што имаат широки овластувања да вршат надзор и регулирање, мешање во економските процеси и дејности, во функционирањето на економскиот живот. Посебните фактори непосредно или посредно ја одредуваат структурираноста, слоевитоста на општеството, ја одредуваат положбата и начинот на функционирање на одделните економски гранки како успешни или неуспешни, но и го одредуваат феноменолошкиот израз на криминалитетот во тие гранки. На тој начин, тие ја одредуваат и економската и социјалната положба на луѓето вработени во нив.

Поединечните фактори се врзани за *личноста на сторителот* на казненото дело, за нејзините физички и соматски својства и способности, за психичките карактеристики и интелектуалните способности, за својствата, способностите и карактеристиките што ја одредуваат нејзината положба и статус во општеството, веќе зборувавме, нејзиниот развој и услови да се остварува како творечка или деструктивна личност. Тоа се оние фактори што личноста на сторителот на економски кривични дела ја

чинат посебна, снаодлива и способна да ја искористи положбата за да ги оствари своите користољубиви и хедонистички страсти.

Тргувајќи од фактот дека економскиот криминалитет е една од најсложените појави, бројни автори укажуваат на широката лепеза *негативни последици* кои можат да се согледаат од економски, политички, социјални, правни и етички аспекти. Имено, доаѓа до состојба на нарушување на правилното одвивање на стопанските односи и функционирањето на стопанските процеси, како и на реализацијата на стопанските активности. Бројните малверзации и криминални дејности, особено оние од најтежок вид кои се однесуваат на деловните односи со странство, остваруваат негативно влијание врз платниот биланс и стоковните текови, ја смалуваат можноста за пласман на домашните производи, го засилуваат одлевањето на акумулацијата од земјата со основање на „црни фондови“ и на приватни фирми со државни средства, ги поттикнуваат факторите на инфлацијата со неконтролирано задолжување на стопанството во странство, го нарушуваат угледот на земјата и на трговските друштва со кршењето на нормите на деловниот морал.

Социјалните последици во прв ред се видливи низ околностите кои предизвикуваат отуѓување на трудот, било каков облик на експлоатација, прелевање на вишокот на труд во корист на субјектот што не го создал или сообразно со општествените норми, по некој друг основ, не му припаѓа. Негативните последици врз правниот поредок и правниот систем се манифестираат во нивното неприменување, непочитување на правните норми, нарушувањето на нивниот авторитет и нивната неефикасност.

Несомнено е дека економскиот криминалитет како атак врз општиот развој на општеството остварува големо негативно влијание и врз општата морална свест на граѓаните. Инаку, постојните показатели тешко би можеле да ја утврдат висината или тежината на овие последици во паричен или некој друг вид. Ова оттаму што, статистичките показатели за материјалната штета се нецелосни, од причина што ја опфаќаат само директната и судски утврдената штета, а не помалку се и непрецизни, бидејќи сведочат за умножување на износот на штетата во случај на соучесништво.⁷⁶

2. Неконзистентноста на економските инкриминации во КЗ на РМ

Бесконечното и инстантно менување и дополнување на КЗ на РМ се чини дека најсериозно го погоди каталогот на економски инкриминации. Имено, од една страна, законодавецот обидувајќи се да ја

⁷⁶в. Сулејманов, З,Криминологија, 2003 год, стр. 528.

следи економската динамка на македонското транзициско општество, без некоја (најмалку сеопфатна анализа), статуираше повеќе одредби чија цел требаше да биде адекватен одговор на новонастанатите состојби во повеќе сфери од општественото живеење. Но, од друга страна, со афирмацијата на начелото „*usus est unus legem corrector*“, уште на почетокот се покажа фелеричноста на понудената регулатива. Најголемиот дел од описот на законските битија на делата беа конфузни, недоречени, казнената политика неизбалансирана. Систематиката на инкриминациите не секогаш ги почитуваше базичните номотехнички постулати.

Особено е индикативен фактот дека имаше нови инкриминации кои без ниту еднаш да бидат применти во пракса беа менувани, моделирани, и дополнувани. Тоа говори за несериозниот, апроксимативниот и штетниот пристап во обидот да се биде на линијата на стандарот што е неопходен за сузбивање на софистицираните форми на економскиот криминалитет, воопшто.

За потребите на овој труд само сублимирано ќе се обидеме да ги регистрираме големиот број на „дефекти“ кои во моментот го обременуваат КЗ на РМ, го прават неприменлив и му даваат „ларпурлатистички карактер“ (*L'art pour l'art*)- да се менува нешто за тоа што сите менуваат а не за тоа дека има потреба!

Одредбата од чл.122 од КЗ на РМ, чија задача е автентично да толкува одредени поими од КЗ кои законодавецот проценил дека не се доволно јасни, и натаму е сериозно архаично детерминирана; всушност онтологијата на централните категории (поими) кои се интегрален сегмент од законскиот опис на било која економска инкриминација е продукција на еден економско-политички систем којшто веќе околу три децении е минато. Имено, ст.6, од чл. 122 ја дефинира синтагмата „правно лице“. Во оваа пригода нема посебно да се осврнеме на конфузниот карактер на одредбата чија улога треба да биде појаснувачка, туку уште еднаш, како и во многу прилики досега, ќе констатираме дека законодавецот тргнал таксативно да набројува што се може да се подведе под овој термин за на крајот со општа клаузула (*argumentum a similibus*) да поентира дека под „...правно лице се подразбираат и други со закон одредени организации регистрирани како правни лица и други заедници и организации на кои им е признато својството на правно лице“.

Некои компаративни искуства, говорат дека нивните казнени законици, во делот каде се објаснува значењето на некои термини, не содржат посебна дефиниција за поимот „правно лице“, како на пример, Германија (чл.11 од КЗ), Хрватска (чл.87 од КЗ). *Argumentum a contrariis* дефинираат поимите: „службено лице“, „детска порнографија“, „воено лице“, „службена тајна“, „жртва“ итн. Со други зборови, се дообјаснуваат само поимите кои иманентно припаѓаат на оваа материја. Аргумент кој оди во прилог на македонското решение е дека од 2004 г., во КЗ на РМ е статуирана казнената одговорност на правни лица и токму во тој контекст

оди експликацијата дека оваа дефиниција ја поедноставува примената на одредбите кои ја уредуваат оваа материја. Се разбира, во тој контекст не смеат да се забораваат и некои детерминанти предвидени во Законот за трговските друштва.

Во продолжение збор-два за „реформаторскиот дух“ на некои порелевантни економски инкриминации од КЗ на РМ.

Се чини дека приматот треба да и се препушти на одредбата од чл.275-г, **Злоупотреба при склучување на договор меѓу заинтересиранистрани**, која гласи: (1) Одговорно лице во правно лице, кое свесно ќе склучи договор како заинтересирана страна спротивно на законските прописи за склучување на таков договор и со тоа ќе предизвика значителна имотна штета за правното лице или за трети лица, или значителна имотна корист за правното лице или за трети лица, ќе се казни со парична казна и затвор од шест месеци до три години. (2) Ако со делото од ставот (1) сторителот прибавил за себе или за друг поголема имотна корист или за правното лице предизвикал имотна штета од големи размери, ќе се казни со парична казна и казна затвор од една до пет години. (3) За делото од ставот (1) правното лице кое остварило имотна корист, ќе се казни со парична казна.

Оваа е една од инкриминациите кај коишто уште пред да бидат проверени во практиката беше детектиран „дефект“. Се покажа како главен проблем за нејзината (не) примена е попрецизното дефинирање на поимот „заинтересирана страна“ и во таа насока, законодавецот се впушти во минуциозна експликација на споменатиот поим. Така, чл.122, доби 40-ти став, кој гласи: „Под заинтересирана страна во смисла на овој закон се подразбира лице кое има интерес во извршување на зделката од страна на друштвото доколку тоа лице, негов застапник, сопружник, родители, деца, браќа/сестри од двајцата родители или само од едниот родител, родители посвоители, посвоени деца и или некое лице поврзано со нив:

- е страна во таквата зделка, нејзин корисник, застапник или посредник во таквата зделка или

- поединечно или заедно поседуваат 20% или повеќе проценти од акциите во правното лице кое е страна во зделката, нејзин корисник, застапник или посредник во таквата зделка или

- е член на органот на управување, односно на надзор на правното лице кое е страна во зделката, нејзин корисник или застапник во таква зделка, или е раководно лице на тоа правно лице.

Значи, со основното дело (ст.1) е инкриминирано само склучувањето договори спротивно на тие правила од страна на одговорно лице во правното лице. Сериозни критики на ваквиот пристап беа упатени уште на почетокот на статуирањето на оваа инкриминација. Посебно жестока беше реакцијата на приватниот сектор кој ваквиот потег го оцени како најдиректна интервенција на државата во претприемачкиот дух, слободата на договарањето итн. Објективно, неразбирлива е толку

нагласената грижа на државата за штетите кои евентуално може да ги претрпи некое правно лице!

Доколку се додаде дека и оваа инкриминација е „уникус“ во компаративното казнено право тогаш, слободно може да се каже, дека Република Македонија со сопствените оригинални законски решенија зазема водечко место во континенталниот тип на право. Статистиката говори дека досега нема ни едно обвинение по овој основ!

Следниот апсурд (или уникатно решение) од КЗ на РМ, кое заслужува внимание е одредбата од чл.284-а, **Вршење јавен превоз без поседување лиценца**. Имено, тој што врши јавен превоз без поседување лиценца, ќе се казни со парична казна. Одредбава содржи формален деликт на апстрактно загрозување кој има бланкетно законско битие и упатува на прописите за безбедност на сообраќајот на патиштата. Постоенето на делото би требало да биде врзано исклучиво за непоседување лиценца од лице при вршење на јавен превоз, без оглед за каков превоз се работи (такси-возач, возач на автобус, капетан на брод итн.). И покрај сè, законскиот опис на посочената инкриминација може единствено да го задоволи само стандардот да биде прекршок и ништо повеќе. Ова е еклатантен пример како не треба КЗ на РМ, кој во принцип е *ultimatio*, да биде оповарен со „правна бижутерија“.

Каталогот на економски инкриминации во КЗ на РМ е збогатен и со една инкриминација чијшто објект на заштита би требало да биде законитоста и сигурноста на ревизорските извештаи, кои пак, имаат посебно значење за ефикасноста и сигурноста на економското и финансиското работење на правните лица. Тоа е чл.275-б, **Незаконито постапување на овластен ревизор**. Неправото на ова дело се состои во повреда на правилата и стандардите за работењето на овластените ревизори, кои имаат статус на лица кои вршат работи од јавен интерес определен со Законот за ревизија.⁷⁷ Се работи за кривични дело *delicta propria*, каде што конститутивен елемент на законското битие на делото е својството на субјектот: „овластен ревизор“ кој според ЗР,чл.3 ст.11 е, физичко лице кое има добиено лиценца за овластен ревизор издадена од Советот за унапредување и надзор на ревизијата на Република Македонија и е регистрирано во Регистарот на овластени ревизори согласно овој закон.

Како основно дело (ст.1) се инкриминирани дејствија на составување и потпишување на неточен или некомплетен финансиски извештај, или извештај што предизвикува *заблуда или е во спротивност со меѓународните стандарди* за финансиско известување и меѓународните стандарди за ревизија на **издавач на хартии од вредност**. Последица на дејствието е доведување во заблуда определено лице (инвеститор) и предизвикување штета или остварување имотна корист преку *влијание на*

⁷⁷Сл. весник на РМ“ бр.158/10,135/11, 188/13, 43/14 и 138/14

обемот на тргување или цената на хартијата од вредност. Предвидена е казна затвор до пет години и парична казна (кумулятивно). Ако делото од ставот (1) на овој член е сторено од застапникот на друштвото за ревизија кој го потпишал извештајот на извршена ревизија, а знаел и бил должен или можел да знае дека не е точен, не е комплетен, предизвикува заблуда или е во спротивност со меѓународните стандарди за ревизија, сторителот ќе се казни со затвор до три години и со парична казна. Предвидени се два потешки облика на делата од ст.1 и 2: ако делото е сторено *спрема повеќе лица*, сторителот ќе се казни со парична казна и затвор од една до пет години и ако со делото од ставовите (1) и (2) на овој член сторителот прибавил за себе или за друг *поголема имотна корист или за друг предизвикал поголема имотна штета*, или се оштетени поголем број лица, ќе се казни со *затвор од една до десет години*. Одговорност е предвидена и за правното лице (ст.5). Судот на сторителот ќе му изрече забрана за вршење на професија, дејност или должност под условите определени со членот 38-б од овој законик (ст.6).

Всушност, оваа релативно нова инкриминација би требало да биде надградба на каталогот на инкриминации од КЗ на РМ кој ја регламентира сферата на пазарот на капитал во РМ и тоа чл. 275 од КЗ на РМ, Измама при работење со хартии од вредност и удели, чл.275-а, Повреда на правата од хартии од вредност, чл.271-а, Посебни случаи на фалсификување на пари, хартии од вредност или знаци од вредност, чл.269, Фалсификување на хартии од вредност. Не смее да се заборави и чл.122, ст. 14 кадешто е дадена дефиниција за поимот „хартии од вредност“.

Мора сериозно да се забележи дека при статуирањето на оваа одредба во КЗ (но, и на другите што ја уредуваат оваа проблематика) законодавецот не докрај водел сметка за вонкривичните прописи. Се мисли на меѓународната и домашната релевантна регулатива која се однесува на оваа материја, како на пример, ЕУ, IOSCO, Законот за хартии од вредност, Закон за инвестициски фондови, Закон за преземање на акционерски друштва, Закон за трговски друштва, даночна регулатива, улогата на Комисијата за хартии од вредност како регулатор на пазарот на хартии од вредност итн.

Се разбира, дека посебна забелешка треба да се упати за конзистентноста на споменатите инкриминации. Впечаток е, дека не претставуваат заокружена логично - правна целина (едно исто противправно поведение во две одредби на различен начин се казнува и уште многу други недостатоци од номотехнички но и од онтолошки карактер).

Кога станува збор за пазарот на хартии од вредност, во овој контекст посебно треба да се спомне дека некои законодавства како одделна инкриминација ја познаваат „злоупотребата на повластени информации (чл.259 КЗХ)“. Ова дело во повеќе ставови ја уредува материјата попозната како „инсајдерска трговија“. Кај нас во РМ, тоа е

регулирано во чл.275, ст.2 и 3, Измама при работење со хартии од вредност и удели. Казната е три односно пет години затвор и парична казна, односно е од една до десет години затвор доколку прибавената имотна корист или предизвиканата штета е поголема или е предизвикано нарушување или растројство на пазарот на хартии од вредност.

Исто така, со оглед на некои состојби во РМ, особено во последно време, можеби добро ќе биде да се размисли и за воведување на уште една форма на измама – субвенциска. Субвенциската измама би се разликувала од измамата како имотен деликт и измамата во стопанството (воопшто) по тоа што штетата нема да биде конститутивен елемент на законското битие на делото (и ќе нема потреба да се докажува); ова дело би било деликт на апстрактно загрозување. Всушност со оваа инкриминација нема да се заштитува само буџетот на РМ туку ќе се заштитува и самиот институт на субвенции како инструмент кој влијае врз националната економијата. Тука би влегла и злоупотребата на субвенции од ЕУ.

Како дел од „реформаторскиот пакет“ на македонскиот законодавец не смее да се заборава и одредбата од чл.274-а, *Издавање на задолжница без покритие*. Имено, тој што ќе издаде задолжница за која во моментот на достасување на задолжницата нема покритие, ќе се казни со *парична казна или со казна затвор до три години*. Објектот на заштита на оваа инкриминација би требало да бидат сигурноста на платниот промет и на финансиската дисциплина во должничко-доверителските односи. Задолжницата е потврдена приватна исправа, составена на нотар, со која должникот дава согласност побарувањето на доверителот назначено во неа присилно да се наплати од сите негови средства кај носителите на правниот промет (Закон за задолжница, чл.2⁷⁸). Делото е извршено ако во времето на наплатата задолжницата нема покритие. За да биде целосен мозаикот за уредувањето на ова прашање, ќе мора да се опфати делот од Законот за задолжница (IX, казнени одредби), чл. 17 каде што стои дека „(1) Одговорното лице на должникот кое ќе издаде задолжница за која во моментот на достасување на задолжницата нема покритие ќе се казни со парична казна или со казна затвор до три години. (2) Должникот за делото од ставот (1) на овој член ќе се казни со парична казна.

И ова е уште една ингеренција на казненото право преземена од друга правна гранка! Критички опсервации многу, но, како главно прашање, во однос на оваа одредба, се поставува дискриминаторскиот однос на различните субјекти во платниот промет. Дали оваа одредба важи и за најголемиот стопанственик во државата – самата држава, кога се јавува во својство на должник, персонифицирана преку, јавното претпријатие МРТВ, Агенцијата за цивилно воздухопловство, јавното претпријатие „Македонски шуми“, „Македонија пат“ итн.! Верификација на апсурдноста на посоченава одредба е веб-страницата на УЈП која редовно

⁷⁸Сл. Весник на РМ, бр.59/12

ја објавува листата на должници во државата! Како ли би изгледал КПД „Идризово“ доколку оваа одредба ригидно би се почитувала?

Незаконито постапување на овластен проценувач, чл.275-г (треба да биде „д“) е исто така одредба која е дел од необичниот легислативен, економски хабитус на КЗ на РМ. Оваа одредба ги инкриминира повредите на законските прописи и стандардите на работење на овластените проценители, кои имаат статус на лица кои вршат работи од јавен интерес. Според Законот за трговските друштва (чл.3), „овластен проценител“ е лицето кое врши процена како овластен проценител и се води во регистрот на овластени проценители, воспоставен врз основа на закон. Овластените проценители постапуваат во низа случаи на утврдување на вредноста на имот, удели, акции, побарувања и сл., поврзани со стечај на правните лица, трансформација, продажба на компании итн. Своите процени, кои се сметаат за официјални и веродостојни, тие ги даваат врз основа на законските прописи, сметководствената методологија и меѓународните стандарди за процена. Последицата на делото е настапување на имотна штета за друг или стекнување за себе или друг имотна корист. Казната е затвор до пет години и парична казна. За квалифицираните облици (поголема имотна корист) казната е до десет години затвор.

3.Заклучок

На крајот, без до крај да ја завршиме низата на економски инкриминации од КЗ на РМ кои треба да му го дадат епитетот дека е современ, реформаторски и дека претставува адекватен одговор на новите суптилни форми на економски криминалитет, може да заклучиме:

а) честите измени и дополнувања на КЗ на РМ (повеќе од триесетина на број, од 1996 г. па наваму), без некоја претходна, најмалку темелна анализа, доведоа до Законик кој што не може да се нарече конзистентен, полн со реликти од минатиот систем (посебно изразени во економската сфера), прилично конфузни описи на законските битија на делата и многу контрадикторности;

б) нема прецизни дефиниции на централните поими кои се дел од речиси секое економско казнено дело; еден од најголемите недостатоци е законското изедначување на поимите „службено лице“ и „одговорно лице“;

в) невозможна мисија е прецизното одредување на бројот на економски инкриминации предвидени во вонкривичните прописи; најголемиот дел од нив се некомплементарни и не се во согласност со базичните решенија во КЗ;

г) корпусот економски инкриминации е дисперзиран во повеќе глави од КЗ на РМ и неговата систематика не може да има лаудативен карактер;

д) динамиката во економските односи во македонското општество неконсеквентно е проследена во измените и дополнувањата на КЗ;

ѓ) забележително е отсуството на интердисциплинарен пристап при донесувањето на некои сензитивни решенија во сузбивањето на економскиот криминалитет;

е) постојните инкриминации кои во основа значат некоја сегментара форма на злоупотреба во економската сфера најчесто не се применуваат (како на пример, инкриминациите од ЗЈН, досега ниту еднаш во практика не се применети – нема ниту една правосилна пресуда по тој основ);

г) КЗ на РМ избилува со „оригинални решенија“, непознати во компаративното право;

д) ригидната примена на некои од нив би значела доведување до апсурдност на идеите на „големите македонски мислители“ и

е) оптималното решение би било донесување нов КЗ по претходно добронаправени анализи, почитување на компаративните искуства како и меѓународните стандарди адаптирани на македонски услови. *Argumentum a fortiori* кога станува збор за економските инкриминации кои во принцип имаат хиперсензитивен карактер!

Останува генералниот впечаток дека, иако новите економските инкриминации од КЗ на РМ, чиј дух требаше да биде реформаторски и беа замислени како соодветна оптимална општествена реакција во превенцијата и сузбивањето на економскиот криминалитет, не ги дадоа очекуваните резултати а нивната конзистентност беше сведена на најниско можно ниво.

NASCITURUS И ПРАВО НА ЖИВОТ У РИМСКОМ И МОДЕРНОМ ПРАВУ

УДК: 342.721 (37)
Original research paper

Абстракт: Члан 2 Европске конвенције о људским правима штити људски живот од човековог рођења, па све до његове смрти. Међутим, изненађује чињеница да контролни органи Конвенције до данас нису решили проблем да ли се нормама члана 2 поменуте Европске конвенције о људским правима, штити и живот фетуса, тек зачети живот. Римско право, као искључиво робовласничко право за дивно чудо, од свог најранијег периода имало је норме које су регулисале питање зачетог, а не рођеног детета. Заштита која је нормама римског права била установљена је била искључиво у интересу очувања имовине. Римска максима која гласи: *Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* (Још нерођено дете сматра се делом мајчине утробе) послужила је као основ једног од многих савремених приступа заштите пренаталног живота. Друга правила која су Римљани стварали а везана су за зачето дете (*nasciturus*) заправо су служила пре свега за обезбеђење статуса породице и заштиту имвинских односа. Дакле, ова заштита се разликовала од заштите зачетог детета у модерним правима, али је све једно постојала. Абортус је у старом Риму био распрострањен а сигурно је да се и он може и мора посматрати у контексту права на живот.

Кључне речи: право на живот, модерно право, римско право, *nasciturus* (зачето дете).

Члан 2 Европске конвенције о људским правима штити људски живот од човековог рођења, па све до његове смрти. Међутим, изненађује чињеница да контролни органи Конвенције до данас нису решили проблем да ли се нормама члана 2 поменуте Европске конвенције о људским правима, штити и живот фетуса, тек зачети живот.⁷⁹

Римско право пак, иако искључиво робовласничко право за дивно чудо, од свог најранијег периода имало је норме које су регулисале питање зачетог, а нерођеног детета. Заштита која је нормама римског права била установљена је била искључиво у интересу очувања имовине. Римска максима која гласи: *Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel*

*Редовни професор Правног факултет Универзитета у Крагујевцу,

⁷⁹ ECHR, *Pretty*, пресуда од 29.02.2002, RJD, 2002-III, бр. 40

viscerum (Још нерођено дете сматра се делом мајчине утробе)⁸⁰ послужила је као основ једног од многих савремених приступа заштите пренаталног живота. Друга правила која су Римљани стварали а везана су за зачето дете (*nasciturus*) заправо су служила пре свега за обезбеђење статуса породице и заштиту имвинских односа. *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* (Зачето дете сматра се као већ рођено, ако су у питању његови интереси).⁸¹ Дакле, ова заштита се разликовала од заштите зачетог детета у модерним правима, али је све једно постојала. Абортус је у старом Риму био распрострањен, иако законом забрањен и у посткласичном периоду оштро кажњаван. Нарочито тежак облик је постојао у ситуацијама када би жена попила напиток *poeculum abortionis* који је изазивао побачај. Тада је изрицана казна присилног рада у рудницима, па чак и смртна казна уколико би жена због употребе напитка, односно побачаја умрла.⁸² Свакако да се и абортус може и мора посматрати у контексту права на живот.

Питање права зачетог а нерођеног детета је на различите начине решавано у античком свету, баш као и већина других односа. Наравно, да су решења била условљена и подређена важећим обичајима и моралу. Ма колико та решења била различита ипак је по некад долазило и до већег или мањег утицаја једног правног система на други или чак и до преузимања одређених института. То је разумљиво, када се зна да је постојала доста добра комуникација међу античким државама, као и развијена робна размена. Када је реч о заштити живота зачетог, а нерођеног детета можда би се могло рећи да је основ заштите, заправо очување породичне имовине. За римско право је то био императив, нарочито у најранијем периоду развоја римске државе. Римљани као изузетно прагматичан народ нису пропустили прилику да заштите живот нерођеног детета, будућег аследника породичне имовине, а све у циљу очувања породичног огњишта, породичних богова и традиције.

Још у збирци тзв. Краљевских закона (*Leges regiae*), по Помпилијеовом закону (*Numa Pompilije*) забрањено је да се сахрани трудна жена пре него што јој се извади плод. По истој одредби: „Ко учини супротно, сматра се да је одузео зачетку могућност оживљавања.“⁸³ Дакле, требало је са сигурношћу и посебном пажњом утврдити да ли је плод угинуо или може да живи. Царски рез као начин порођаја у том периоду није био познат.⁸⁴ Царског реза није било ни у каснијем периоду, тако да се сматрају погрешним нагађања да је Јулије Цезар рођен царским резом. Оваква одредба у најранијем периоду развоја римске државе свакако чуди

⁸⁰ D. 25,4,1,1 Ulpianus

⁸¹ D. 1,5,7 Sec. Paulus, При чему се мисли на заштиту његових имовинских права

⁸² Ромац, А., *Рјечник Римског права*, Информатор, Загреб, 1975, 13

⁸³ Станковић, Е., *Извори Римског права*, Правни факултет крагујевац, крагујевац, 2009, 16

⁸⁴ Јованови, М., *Коментар старог римског ius civile, књига прва leges regiae*, правни факултет Ниш, 2002, 154

при чему је скоро сигурно да су верска схватања одређивала овакав захват на умрлој трудници.⁸⁵ Шта се догађало у каснијем периоду када су морална, обичајна и верска правила изгубила на значају није једноставно рећи и објаснити. Ипак треба рећи да је оваква одредба у неку руку и контрадикторна или блаже речено несагласна са једном другом старом одредбом сачуваном у текстовима Дионисија: „Ромул је присилио грађане да сву мушку децу одгајају и прворођену кћер, али не ниједан премлад плод (зачетак) нити старији ако је сакат или монструм одмах по рођењу (тј. дете рођено сакато или као монструм); за ове родитеље није забрањено да их изложе, само ако (да) их претходно покажу најближим суседима, да би посведочили.⁸⁶

Најстарија римска кодификација Закон XII таблица из петог века пре Христа садржи одредбе којима се штите наследна права нерођеног детета. *Tabula IV* (4) „Ако се дозна да је жена родила у једанаестом месецу после мужевљеве смрти, сматра се као да је зачала после смрти мужа, јер су децемвири⁸⁷ прописали да се човек може родити у десетом месецу, а не у једанаестом.“⁸⁸ Оваква одредба је разумљива ако се посматра у контексту времена и прилика у којима је настала. То је период борбе између патриција и плебејаца, борбе око земље, борбе да се преживи и очува имовина. У том контексту и не чуди много одредба Закона XII таблица којом се крађа плодова кажњава смртном казном, тежом него за убиство *Tabula VIII* (24).⁸⁹ Очување породичног култа и имовине су императиви раног периода римске државе, као и очување друштвених сталежа, што је све условило стварање одредби које су штитиле наследна права још нерођене деце.

Тенденција заштите наследних права нерођеног детета настављена је и у периоду владавине класичног римског права. Из тог периода је и већ поменута Улпијанова максима да се „Нерођено дете сматра делом мајчине утробе.“⁹⁰ До које мере је чуван зачетак говори и чињеница да приликом прегледа није било дозвољено додирнути абдомен без мајчиног пристанка.⁹¹ На основу изнетог логично се намеће закључак да су Римљани настојали да заштите пренатални живот. Ипак сви наведени прописи, као ни Улпијанов став изражен кроз наведену максиму, која је саставни део Дигеста (*Digesta*) не дају нам за право да сматрамо да је жена

⁸⁵ *Ibidem*

⁸⁶ Јовановић, М., *нав. дело*, 107

⁸⁷ *Decemviri legibus scribundis* – десеторица који треба да напишу законе, реч је о комисији која је била састављена од патриција и плебејаца која је требало да сачини законе. У састављану закона учествовала је и делегација која је отишла у Грчку и у грчке колоније на југу Италије да проучи Солоневе и друге грчке законе.

⁸⁸ Станковић, Е., *нав. дело*, 21

⁸⁹ Станковић, Е., *нав. дело*, 28

⁹⁰ D. 25,4,1,1

⁹¹ Ромац, А., *Извори римског права*, Информатор, загреб, 1973, 55, текст је из Вечитог едикта градског претора, XXI О деци и зачетку

имала право да располаже пренаталним животом у данашњем смислу.⁹² Оно што не треба никако заборавити и пренебрегнути је чињеница да су жене у Риму имале ограничену пословну способност. Самим тим и грађански статус деце је био подређен тој чињеници. Али је такође врло значајно било и да ли су деца брачна или ванбрачна. Уколико су деца из законитих бракова она следе правни положај оца, а уколико су: „просто зачет; следи мајчин.“⁹³ Прагматични Римљани не препуштају ништа случају па тако решавајући ситуацију стварају правило да уколико *pater familias* буде усвојен, поред целокупне његове имовине која прелази у својину усвојоца, он добија власт и над „...они који су били у утроби када је адрогран (усвојен).“⁹⁴ Дакле усвојилац добија власт и над пренаталним животима уколико их је било.

Заштита нерођеног детета била је позната Римљанима још у најранијем периоду. Већ је било речи о одредби Краљевских закона *Leges regiae*, по Помпилијевом закону (*Numa Pompilije*) забрањено је да се сахрани трудна жена пре него што јој се извади плод. Таква радња била је квалификована као кривично дело што је прихваћено и у каснијим периодима развоја римског права. Оваква констатација заснована је на чињеници да је правило нашло место и у Дигестама (*Digesta*).⁹⁵

С друге стране Римљани имају и низ правила којима одређују како и када настаје физичка особа. Да би физичка особа настала потребно је да биће буде одвојено од мајчине утробе, да се живо роди. Међутим, није било сагласности између *сабинијанаца* и *прокулеанаца*⁹⁶ шта то тачно значи и када заправо физичка особа настаје. У надметању двају различитих ставова ипак је преовладало мишљење *сабинијанаца* да је био довољан било какав знак живота, а не само глас како су тврдили *прокулеанци*, затим је било потребно да је дете довољно ношено, односно да је било бар шест месеци у мајчиној утроби, јер се у противно сматрало да је реч о побачају.⁹⁷ Да би се новорођенче сматрало субјектом права поред тога што је живо рођено постављао се још један услов, да има људски облик, да није монструм. Како је још Закон XII таблица прописао *Tabula IV (1)* „...одмах треба убити наказно дете.“⁹⁸ Иако се зачетак (*nasciturus*) није сматрао особом, водило се рачуна у праву. Заправо, *nasciturus* су била резервисана одређена права ако се роди. Римљани су

⁹² Живојиновић, Д., *Правни положај нерођеног детета*, Правни факултет Крагујевац, Крагујевац, 2009, 2

⁹³ D. 1,5,19

⁹⁴ D. 1,7,15

⁹⁵ D. 11,8,2

⁹⁶ Крајем републике постојале су у Риму две правне школе: прокулеанци и сабинијанци. Зна се који правник је којој правној школи припадао и постоје тридесетак сачуваних разлика у мишљењима и конкретним правничким решењима припадника ових двају праваца.

⁹⁷ Ромац, А., *нав. дело*, 201

⁹⁸ Станковић, Е., *нав. дело*, 21

створили и примењивали правило које је нашло пут и до модерних права. *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* (Зачето дете сматра се као већ рођено, ако су у питању његови интереси).⁹⁹ Иако се *nasciturus* није сматрао субјектом права, нека права су за њега била заштићена у случају да се роди. Та су се права односила нарочито на наслеђивање па је зачетом детету постављан посебан старатељ *curator ventris* (старатељ „трбуха“) који је требало да обезбеди да уколико се дете живо роди постане наследник. Понекад је требало одредити статус *nasciturusa* и пре но што се роди. У тим ситуацијама одлучујући је био статус његових родитеља, тј. оца или мајке у часу зачећа. У класичном праву зачетак, рођено дете имало је слободу уколико је мајка била слободна особа у било које време између зачећа и рођења детета.¹⁰⁰ Слична ситуација је и када је у питању зачеће постхумно рођене деце уколико је остављен тестамент. Тада је веома битно да да ли је дете зачето пре или након састављања тестаментa.¹⁰¹ Тако је тестамент који је искључивао из наслеђа дете које је рођено након минимума био ништав, чак и у ситуацијама када се дете не одржи у животу.¹⁰²

Прекид трудноће је свакако појава коју је неопходно размотрити у контексту права на живот и норми које су Римљани још у најранијем периоду свог развоја створили а које се односе на ту област. О нормама које се на посредан начин односе и на прекид трудноће могуће је говорити још од самог оснивања града Рима 754. године пре Христа. Сачињавање тих норми приписује се првом римском краљу Ромулу (*Romul*). Један од разлога развода брака, тачније да муж отера жену јесте „...због тровања или подметања порода...“¹⁰³ Дакле, од најранијег периода римске историје водило се рачуна о породу и заштити деце. Оно што је рекло би се специфичност римског права тог доба јесте и одређена веза између тровања и абортуса јер је за оба дела прописана иста казна. Иако постоје одређене сумње у аутентичност цитираног текста с обзиром да друштвено-економски услови тог доба нису погодвали разводу брака,¹⁰⁴ не треба занемарити велики утицај религије на право, па самим тим ни могућност увођења овакве норме. Тим пре што већ цитирана ауторка даље у свом делу оправдано наводи став да су Римљани под утицајем религије децу сматрали даром богова.¹⁰⁵ Побачај од латинске речи *abortire* – побацили за Римљане је представљао кривично дело које је имало одређену санкцију.

Нарочито је оштро кажњавано у посткласичном праву што је разумљиво када се зна да је то период у коме хришћанство и његови

⁹⁹ D. 1,5,7 Sec. Paulus, При чему се мисли на заштиту његових имовинских права

¹⁰⁰ Berger, A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1991, 402

¹⁰¹ *Ibidem*

¹⁰² СЈ. 6,29,3,1

¹⁰³ Јовановић, М., *нав. дело*, 59

¹⁰⁴ Јовановић, М., *нав. дело*, 96-100

¹⁰⁵ Јовановић, М., *нав. дело*, 97

принципи веома утичу на право. Посебно тежак облик имало је дело када је намерно изазвано употребом напитка (*poculum abortionis*). У тим случајевима казна је била присилни рад у рудницима (*damnatio in metallum*), а понекад и смтрна казна уколико би жена због попијеног напитка, тј изазваног побачаја умрла.¹⁰⁶

Из овог кратког прегледа правних норми које су Римљани створили у најранијем периоду своје историје може се с правом закључити да све оне на одређени начин штите, па у каснијем периоду и подстичу рађање деце. И ма колике разлике у погледу мотива и начина заштите пренаталног живота и *nasciturusa* постојале у погледу римског и модерног права, остаје чињеница да је заштита постојала. Заштита коју су Римљани установили са превасходним циљем очувања имовинских интереса, логична је у контексту времена настанка и друштвено-економских услова функционисања друштва. Не може се очекивати од заједнице која једва опстаје на темељима затворене кућне привреде у којој је очување породичне традиције и богова императив да заштити живот сам по себи. Логично је да се зачетак штити у интересу будућег наследника, потенцијалног *pater familiasa* или лица које ће своју имовину наставити да улаже и користи у оквирима породице у којој је рођен.

Европска конвенција о људским правима својим чланом 2 гарантује право на живот, који је заштићен законом и односи се на заштиту живота од рођења до смрти одређене особе. Ова гаранција права на живот не сме бити укинута чак ни у случају ванредних околности по члану 15 Европске конвенције о људским правима.¹⁰⁷ По норми из члана 2 Европске конвенције о људским правима држава је дужна да води рачуна о праву на живот, као и да забрани намерно убијање људи.

Оно што је специфичност права на живот у односу на друга права из Конвенције о људским правима је чињеница да је право на живот једино право о чијем настајању човек не одлучује сам, јер он не одлучује ни о свом рођењу. Ова чињеница неминовно повлачи за собом и одређене проблеме у вези са одговорношћу државе по Конвенцији за Еутаназију и сл.

Занимљиво је да контролни органи Конвенције ни до данашњег дана нису успели да реше проблем да ли се нормама члана 2 Европске конвенције о људским правима штити и тек зачети живот, односно фетус.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Berger, A., *нав. дело*, 339, 760; Ромац, А., *нав. дело*, 13

¹⁰⁷ Јакшић, А., *Европска конвенција о људским правима, Коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 87

¹⁰⁸ ECHR, *Pretty*, пресуда од 29.02.2002, RJD, 2002-III, бр. 40. Овим проблемом се Суд до сада није бавио. Одлуке бивше Комисије су донете још седамдесетих година.

У једној представи која се тичала норвешког права о прекиду трудноће подносилац представке је захтевао од Комисије да се изјасни да ли је право на живот апсолутно право, те да ли се штити фетус и од ког стадијума његовог развоја. Ова представка је одбачена јер Комисија није могла да оцењује примену норвешког права *in abstracto*.¹⁰⁹

Како је било још представки у овом смислу у њима је право на живот ушло у конкуренцију са правом на поштовање приватног живота из члана 8 Европске конвенције о људским правима. По једној од тих представки отац детета је негативно реаговао на жељу мајке да прекине трудноћу. По другој пак представи оспорено је немачко законодавство које није допуштало прекид трудноће, што је подносилац представке окарактерисао као супротно праву на поштовање приватног живота. Комисија је оба ова случаја оставила отвореним, није их решила. Ипак је поводом последње представке истакла да је прекид трудноће питање поштовања на приватни живот мајке.¹¹⁰

Анализирајући пресуде могло би се закључити да члан 2 Европске конвенције о људским правима не предвиђа, тј. не односи се на заштиту *nasciturusa*. Широко тумачење члана 2 под које би се подвела и заштита *nasciturusa* било би противно догматици норме (живот), али и концепцији читаве Конвенције која штити и друга права која су корелативна са правом на живот (право на поштовање приватног живота из члана 8 Европске конвенције о људским правима).¹¹¹ Уколико би се прихватио став да члан 2 Европске конвенције о људским правима штити и *nasciturus*, сваки прекид трудноће који није неопходан да би се спасао и живот мајке, морао би да се посматра као повреда члана 2 Европске конвенције о људским правима. То онда не би било оправдано имајући у виду циљ, дејство и место норме у Конвенцији.

Овако неодређени ставови о правној заштити *nasciturusa* само потврђују већ константовану сложеност питања и проблема који се у вези с тим јављају. Остаје нада да ће се без обзира на различите погледе и мотиве заштите у античким, пре свега римском праву и модерном праву дилеме везане за овај проблем решити.

Emilija Stankovic

Full time Professor, Faculty of Law, University in Kraguevac

¹⁰⁹ Јакшић, А., *нав. дело*, 88

¹¹⁰ Commission, *Brugemann and Scheuten*, Decision of 19. 5. 1976, Application no. 6959/75, YB 19, str. 382

¹¹¹ Јакшић, А., *нав. дело*, 88

NASCITRUS and the right to life in Roman modern law

Abstract: Article 2 of the European Convention on Human Rights protects human life from a person's birth until his death. However, it is surprising that Convention supervising bodies have not yet solved the problem whether the provisions of Article 2 of the European Convention on Human Rights also protect the life of fetus, the starting point of human life. Roman law, although exclusively based on slavery ownership, surprisingly enough, very early established norms that regulated the issue of the conceived, unborn child. This protection was included into Roman law regulations just for the purpose of protecting property. Roman *maxima Partus enim antequam edatur, mulieris portio set vel viscerum* (an unborn child is considered to be the part of mother's womb) served as the basis of many contemporary regulations protecting prenatal life. Other Roman regulations related to an unborn child (*nasciturus*) were actually established in order to ensure the stability of family and protection of property. Thus, it can be concluded that the purpose of this protection was different In Roman times from its purposes in modern legislations, but the fact remains that such a protection existed even in the ancient times. Abortion was not rare in Roman times either, and even then, as nowadays, it was viewed in the context of the right to life.

Key words: right to life, modern right, Roman law, *nasciturus* (an unborn child).

ВРШЕЊЕТО НА РОДИТЕЛСКОТО ПРАВО ПО РАЗВОДОТ НА БРАК ВО МАКЕДОНСКОТО И СПОРЕДБЕНОТО ПРАВО

УДК: 347.627.2:347.635 (497.7)

Original research paper

***Апстракт:** Во трудот се анализира проблемот поврзан со вршењето на родителското право по разводот на брак во европските земји и во Република Македонија. Авторот дава приказ на истражувањата за последиците од разводот на бракот врз децата, како и за последиците од поделеното родителство по разводот на бракот врз благосостојбата на децата. Во трудот се дава и приказ на современите тенденции во вршењето на родителското право по разводот на бракот во европските земји, како и во Република Македонија. Авторот укажува на слабостите во законските решенија кои се однесуваат за вршењето на разводот на бракот во Законот за семејството и дава конкретни предлози за измени и дополнувања на македонското законодавство, со што подобро би се заштитиле правата и интересите на децата по разводот на бракот. Во трудот се дава и предлог за воведување на поделеното родителство и во македонското законодавство, како што е тоа случај во голем број европски законодавства.*

***Клучни зборови:** Развод на брак, последици од разводот, поделено родителство, родителство по развод на брак*

1. Вовед

Во последниве неколку децении драматичниот пораст на бројот на разведените бракови во сите европски земји¹¹² беше еден од најзначајните фактори за промени во брачните и во семејните односи и за длабоки реформи на сите семејно-правни системи. Правните системи се прилагодуваа на огромниот пораст на бројот на разведени бракови преку

¹¹² Во земјите на Европската Унија во 1960 година биле разведени 170.000 бракови, во 1993 имало 636.000 разводи, а во 2006 година бројот на разведени бракови се зголемил на 1.040.000. Види кај Љиљана СпиновиќТрпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, Блесок, 2013, Скопје, стр. 54.

либерализација на разводот на брак, тенденција што започна паралелно со порастот на бројот на разводите во шеесеттите и седумдесеттите години на дваесеттиот век.¹¹³ Според Patrick Parkinson бракот порано можел да се разведе само поради вина, а денес во најголемиот број Западни земји бракот може да се разведе и по барање само на едниот брачен партнер, и тоа без оглед што другиот не се согласува со разводот на бракот.¹¹⁴

Големиот број на разводи го наметна неизбежно и прашањето за вршењето на родителското право по разводот на бракот. Во европските земји долго време доминираше концепцијата според која децата по разводот на бракот беа доверувани на чување и воспитување на мајката, освен доколку таа не беше способна да го врши родителското право.¹¹⁵ Овој модел на вршење на родителското право по разводот на брак доминирал во сите земји, без оглед дали се работело за земји на континенталното или англосаксонското право.¹¹⁶ Овој концепт на развод се темелел на прифаќањето на моделот на развод како правен лек,¹¹⁷ според кој требало да се обезбеди на неуспешниот брак “достоинствен погреб”, а на брачните партнери да им се овозможи шанса за нов почеток и за остварување на нова, поуспешна врска.¹¹⁸ Овој модел на развод се базирал на концепцијата за „clean break” според која по разводот на бракот престанувале врските помеѓу поранешните партнери, на едниот од нив му биле доверувани децата и тој ги носел најзначајните одлуки за нив, а другиот имал само право да одржува лични контакти со децата и обврска да плаќа издршка. Ваквиот систем за вршење на родителското право по

¹¹³ Во минатото разводот на брак бил долго време забранет, под влијание на црквата. Потоа, под влијание на протестантската реформација и особено на Француската револуција се воведува можноста бракот да се разведе, но најчесто за тоа се бараше вина на едниот или на двајцата партнери. Но либерализацијата на разводот на бракот беше неопходна поради се поголемиот број на разводи. Во оваа смисла Mary Ann Glendon наведува дека, за разлика од претходниот период, кога бракот можел да се разведе само во исклучителни случаи, денес тоа е можно со заедничка согласност на брачните партнери или по барање само на едниот брачен партнер. Види повеќе кај Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1989, стр. 226.

¹¹⁴ Види повеќе за прифаќањето на едностранiot развод на бракот кај Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, *Legal Studies Research Paper*, No. 06/31, October 2006, The University of Sydney, Sydney Law School, стр. 3.

¹¹⁵ За причините за доверување на децата на мајката види кај Linda D. Elrod, Milfred D. Dale, *Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance*, 42 (3) *Family Law Quarterly*, (2008), 391.

¹¹⁶ Види Parkinson, *op. cit.*, стр. 38.

¹¹⁷ Според овој модел, кој почнува да доминира во европските земји во средината на 20 век, судијата веќе не морал да утврдува кој од брачните партнери е виновен за разводот на брак, туку требало само да констатира еден објективен факт – а тоа е дека односите во брачната заедница се трајно нарушени и заедничкиот живот е невозможен. Види François Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatives et internationales*, (Economica, Paris, 1998), стр. 79.

¹¹⁸ Види Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper* No. 06/31, (2006), стр.3.

разводот на бракот бил прифатен во Швајцарија, Германија, Италија, Франција и другите европски земји се до 1970 тите години на XX век.¹¹⁹ Тогаш почнуваат реформите на моделот на вршењето на родителското право по разводот на брак, кои се случуваат најпрво во САД¹²⁰ и во Скандинавските земји, а потоа и во останатите земји од Европа. Овие реформи се базираат на прифаќањето на концептот на заедничко вршење на родителското право, а во последно време се почесто и на концептот за поделено родителство.¹²¹ Според тоа, современите законодавства го напуштаат моделот според кој детето по разводот се доверува на едниот родител (тоа е најчесто мајката) и ја прифаќаат концепцијата дека најдобриот интерес на детето по разводот на брак подразбира дека на детето треба да му се овозможи постојана и интензивна комуникација и со двајцата родители. Реформите на моделот на вршењето на родителското право по разводот на бракот се базираат на социолошките истражувања за влијанието на разводот на бракот врз децата, а посебно на истражувањата за позитивното влијание на поделеното родителство по разводот на бракот за психосоцијалниот развој на децата чии родители се разведени.

2. Влијанието на разводот на бракот врз децата

Голем број истражувања во изминативе неколку децении покажаа дека разводот на брак има негативни последици врз децата. Во таа смисла, Амато наведува дека „Децата од разведени семејства, како група, имаат понизок скор за различен број индикатори за нивната благосостојба, од децата чии родители се во брак“.¹²² Според овој автор, основни причини за негативното влијание на разводот на брак врз децата се нарушување на односите помеѓу родителите и децата, недостаток од емотивна поддршка, постојани конфликти помеѓу родителите, економски тешкотии и други негативни последици, како што е менувањето на домот во кој детето

¹¹⁹ Види Boulanger, *op. cit.*, стр.85-103.

¹²⁰ Во САД претпоставката дека за детето е најдобро да биде доверено на мајката по разводот на бракот била напуштена во речиси сите сојузни држави помеѓу 1960 и 1990 година. Види Mary Ann Mason, Ann Quirk, Are Mothers Losing Custody? Read My Lips: Trends in Judicial Decision-Making in Custody Disputes-1920, 1960, 1990 and 1995, 31 (2) *Family Law Quarterly*, 2007, стр. 216.

¹²¹ Според DiFonzo “Поголемото општествено и правно прифаќање на заедничкото вршење на родителското право по разводот на бракот кон крајот на XX век се случи кога и родителите почнаа порамноправно да ги вршат родителските одговорности. Во рамките на една генерација законодавците, судовите и теоретичарите го прифатија становиштето дека заедничкото вршење на родителското право е начин со кој децата продолжуваат да одржуваат силни врски и со двајцата родители“. Види Herbie DiFonzo, Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody, *Hofstra Law Review*, 43 (4), 2015, стр. 1005.

¹²² Види Paul. R. Amato, The Consequences of Divorce for Adults and Children, *Journal of Marriage and the Family* 62 (November 2000), стр.1282.

живеело.¹²³ Причините поради кои разводот влијае негативно врз децата кои ги наведува Amato се потврдени и од голем број други истражувачи. Со зголемување на бројот на разводи во сите западни земји, направени се голем број социолошки истражувања за да се утврди како разводот на брак влијае врз децата. Во овие истражувања како основни причини за негативно влијание на разводот врз децата се наведуваат конфликтите помеѓу родителите,¹²⁴ промените во структурата на семејството, отсуството на таткото, економските проблеми и промените во семејните процеси, како што се конфликтите и искажувањето на емоции.¹²⁵

Социолошките истражувања за влијанието на разводот врз децата покажуваат дека разводот е поврзан со агресивно и анксиозно и депресивно однесување кај децата уште кога се на возраст од три години. Една од основните причини за ваквите негативни последици од разводот врз малите деца е стресот со кој е соочена мајката во текот на разводот, поради што таа не е способна да ја извршува правилно родителската функција.¹²⁶ Покрај ова, разводот на брак негативно влијае и врз резултатите што ги постигнуваат децата во училиште,¹²⁷ а се забележува и негативно влијание на разводот врз интерперсоналните способности на децата.¹²⁸ Некои истражувања покажуваат дека децата од разведени родители имаат повеќе проблеми во социјалните врски од останатите деца. Покрај сите овие негативни последици од разводот врз децата, истражувањата покажуваат дека децата чии родители се развеле и самите почесто се разведуваат кога ќе склучат брак,¹²⁹ а некои истражувања покажуваат дека не само разводот на родителите, туку и разводот на дедовците и бабите има негативно влијание врз внуците.¹³⁰

¹²³ Види Amato, *Ibid.*, стр. 1282.

¹²⁴ Fransson истакнува дека „Факторите како што се конфликт помеѓу родителите или намалени економски ресурси придонесуваат за понискиот степен на благосостојба за децата чии родители живеат одвоено“. Види Emma Fransson et al., Psychological complaints among children in joint physical custody and other family types: Considering parental factors, *Scandinavian Journal of Public Health* 44 (2016), стр. 177.

¹²⁵ Види Robert Bauserman, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, 16 (1) *Journal of Family Psychology* 16 (1) (2002), стр. 91.

¹²⁶ Види Cynthia Osborne, Sara McLanahan, Partnership Instability and Child Well-Being, *Journal of Marriage and Family* 69 (November 2007), стр. 1079.

¹²⁷ Според Potter, “Разводот ја намалува психолошката благосостојба кај децата и тоа ги објаснува послабите резултати што ги постигнуваат овие деца во училиште“. Види Daniel Porter, Psychosocial Well-Being and the Relationship Between Divorce and Children Academic Achievement, *Journal of Marriage and Family* 72, (August 2010), стр. 944.

¹²⁸ Децата на родителите кои се разведуваат постигнувале послаби резултати на тестовите по математика од останатите деца. Види Hyun Sik Kim, Consequences of Parental Divorce for Child Development, *American Sociological Review* 76 (3) (2011), стр. 506.

¹²⁹ Види Paul R. Amato, The Transmission of Marital Instability Across Generations: Relationship Skills or Commitment to Marriage?, *Journal of Marriage and Family* 63 (November 2001), стр. 1048.

¹³⁰ Види Paul R. Amato, The Long Reach of Divorce: Divorce and Child Well-Being across Three Generations, *Journal of Marriage and Family* 67 (1) (2005), стр. 202.

3. Влијанието на поделеното родителство врз благосостојбата на децата

Бројните истражувања кои покажуваат дека разводот има негативни последици врз децата, особено поради прекинот на контактите на децата со таткото по разводот на бракот, доведоа до потреба да се бараат алтернативи на моделот според кој децата по разводот се доверуваат на старателство на мајката и до прифаќање на нов модел на вршење на родителските права по разводот на бракот, а тоа е поделеното родителство.¹³¹ Притоа треба да се прави разлика помеѓу концептот на заедничко вршење на родителските права по разводот на бракот и поделеното родителство. Заедничкото вршење на родителските права подразбира и таткото и мајката по разводот на бракот заеднички да решаваат за најважните прашања во животот на детето, како што се на пример неговото образование и медицински интервенции. Поделеното родителство подразбира не само заедничко вршење на родителските одговорности во правна смисла, туку и нешто повеќе-дека детето треба да поминува подеднакво време, или приближно подеднакво време по разводот на бракот и со едниот и со другиот родител. Тоа значи дека детето по разводот нема да има само еден дом, и повремено да се среќава со родителот со кој не живее, туку дека ќе има два дома. Некои автори наведуваат дека кај joint physical custody детето треба да поминува од 25% до 33% од времето кај едниот родител,¹³² додека други сметаат дека детето треба да поминува најмалку 35% од времето кај едниот родител, а типично поблиску до 50% од времето.¹³³ Со прифаќањето на моделот според кој и по разводот на бракот детето треба да поминува значаен дел од времето и во домот на мајката и во домот на таткото законодавците се обидуваат да ги надминат недостатоците на стариот модел на вршење на родителското право, кој постоеше во сите западни земји во последниве 100 години и според кој децата по разводот на брак најчесто се доверуваат на мајката. Во центарот на оваа реформа беше желбата да се оствари најдобриот интерес на детето.¹³⁴

¹³¹ Во овој контекст Вјамасон and Армассон истакнуваат дека “Се поголемиот број истражувања за негативните ефекти од разводот на брак и монородителските семејства за благосостојбата на децата влијаеја врз перцепцијата на јавноста и ги охрабрија родителите и законодавците да бараат алтернативи за традиционалните монородителски семејства во кои живее мајката со своите деца“. Види Вјамасон and Армассон *op. cit.*, стр. 871.

¹³² Види Christy M. Buchanan, Parissa L. Jahromi, A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements, *Wake Forest Law Review* 43 (2008), стр. 419-439.

¹³³ Linda Nielsen, Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children? *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* 28, (2015), стр. 80.

¹³⁴ Според Turunen најдобриот интерес на детето бил основен мотив за реформите на законодавството во Шведска и за воведување на поделено родителство. Види Jani Turunen, Shared Physical Custody and Children’s Experience of Stress, *Families and Societies Working Paper Series* 24, (2015), стр. 3.

Во последниве години, по воведувањето на можноста за поделено родителство во поголем број законодавства во Европа и во САД, спроведени се бројни истражувања кои имаа за цел да утврдат дали овој модел позитивно влијае на благосостојбата на децата по разводот на бракот. Во една студија спроведена во 36 Западни земји за степенот на задоволството на децата кои живеат во семејства со различна структура, утврдено е дека децата кои живеат во поделено родителство и поминуваат подеднакво или приближно подеднакво време и со таткото и со мајката по разводот на бракот имаат степен на задоволство слично на она кое го имаат децата што живеат со двајцата родители, а поголемо од она на децата кои живеат само со еден родител или со родител и очув или маќеа.¹³⁵ Освен степенот на животното задоволство, и комуникацијата на децата кои живеат во поделено родителство (joint physical custody) со родителите е подобра или еднаква на онаа што ја имаат децата со родителите кои не се разведени, а подобра е од комуникацијата што ја имаат децата со родителите по разводот на брак кога живеат со едниот родител.¹³⁶

Според Fransson децата кои живеат во два дома по разводот на бракот немаат поголеми психолошки проблеми отколку децата кои живеат со двајцата родители, за разлика од децата кои живеат само со еден родител и кои имаат поголеми психолошки проблеми.¹³⁷ Освен тоа, оние деца кои живеат и со двајцата родители по разводот на брак имаат помалку здравствени проблеми и проблеми во однесувањето од децата кои живеат само со едниот родител.¹³⁸ Една од најстарите студии за влијанието на joint physical custody за благосостојбата на децата е Stanford Custody Project, во рамките на која биле собрани податоци за 1100 семејства каде партнерите се развеле, и во кои имало 1386 деца. На крајот на четиригодишниот период, колку што траело истражувањето, 51 адолесцент кои живееле во joint physical custody имале подобри оценки, биле помалку депресивни и имале подобро однесување од 355 адолесценти кои живееле само со еден родител, во најголем број случаи со мајката.

¹³⁵ Види Thoroddur Bjarnason et al., Life Satisfaction Among Children in Different Family Structures: A Comparative Study of 36 Western Societies, *Children & Society* 26, (2012), стр. 52.

¹³⁶ Види Bjarnason and Amarsson, *op. cit.*, стр. 885.

¹³⁷ Види Emma Fransson et al., Psychological complaints among children in joint physical custody and other family types: Considering parental factors, *Scandinavian Journal of Public Health* 44 (2016), стр. 177.

¹³⁸ Види Asa Carlsund et al., Risk behaviour in Swedish adolescents: is shared physical custody after divorce a risk or a protective factor? *European Journal of Public Health* 23(1) (2012), стр. 3.

4. Поделеното родителство по разводот на бракот во европските законодавства

Современите европски законодавства, тргнувајќи од ставот дека за детето е најдобро и двајцата негови родители да се грижат за негово чување и воспитување, во последните години прифаќаат концепција според која се одвојува родителската грижа од статусот на родителите. Според тоа, се предвидува дека родителите заеднички и спогодбено го вршат родителското право, независно дали се родителите во брак, дали живеат во вонбрачна заедница или се разведени. Во таа смисла, голем број европски законодавства предвидуваат дека родителите заеднички го вршат родителското право и по разводот на брак. Таква е состојбата во Франција, Италија, Велика Британија, Германија, Швајцарија, Холандија, Чешка, во Скандинавските држави и во други европски законодавства. Освен заедничкото вршење на родителското право по разводот на бракот, што е прифатено во речиси сите европски законодавства, во последните години се поголем број држави во Европа предвидуваат и поделено родителство по разводот на бракот, доколку за тоа се исполнети определени услови, кои најчесто се поврзуваат со согласноста на родителите, како и одобрение од страна на судот, кој мора да се увери дека поделеното родителство во конкретниот случај е во најдобар интерес на детето.

Француското законодавство предвидува заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот како основен принцип.¹³⁹ Со Законот од 2002 година се предвидува дека детето може да живее алтернативно кај едниот, а потоа кај другиот родител по разводот на бракот, односно да има две живеалишта.¹⁴⁰ Двајцата родители можат да постигнат спогодба детето да живее определено време кај едниот, а потоа кај другиот родител по разводот на бракот. Оваа спогодба ќе произведе правно дејство доколку биде одобрена од страна на судот, кој треба да утврди дали оваа спогодба одговара на интересите на детето. Доколку родителите не постигнале ваква спогодба, одлука за определувањето на живеалиштето на детето кај двајцата родители може да донесе судот.

Во Германија, со законската реформа од 1998 година беше предвидено дека родителите и по разводот на бракот заеднички го вршат родителското право и заеднички решаваат за сите прашања што се од интерес за децата.¹⁴¹ Сепак, доколку родителите се разведат или ја прекинат заедницата на живот, секој од нив може да бара од судот самостојно да ја врши родителската грижа во однос на детето. Ова барање судот може да го прифати доколку оцени дека престанокот на заедничката

¹³⁹ (Art. 373-2 French Civil Code).

¹⁴⁰ (Art. 373-2-9 French Civil Code).

¹⁴¹ (Art. 1687 German Civil Code).

родителска грижа е во интерес на детето, но под услов со тоа да се согласи и другиот родител, како и детето кое има навршено 14 години.

Во Италија по разводот на брак судот може да донесе одлука родителите да продолжат да го вршат заеднички родителското право, доколку и двајцата родители се согласуваат со тоа. Ова е можно и покрај тоа што детето ќе биде доверено на едниот родител, поради тоа што родителите веќе не живеат заедно. Во овој случај, родителите заеднички и спогодбено ги носат сите одлуки за детето. Сепак за да може судот да донесе одлука за заедничко вршење на родителското право и по разводот на брак, потребно е родителите да задржат добри меѓусебни односи и по разводот на брак, да се способни за вршење на родителското право и да живеат блиску еден до друг. Алтернативното вршење на родителското право може да се определи по разводот на брак, така што детето одреден период ќе минува со едниот родител, кој во тој период ќе има право ексклузивно да ги врши родителските обврски, а одреден период ќе живее со другиот родител.

Во Велика Британија по разводот на брак и натаму се применува принципот на заедничко вршење на родителската одговорност на двајцата родители во однос на детето.¹⁴² Генерално, судовите во Велика Британија можат да донесуваат четири вида на одлуки во однос на детето: одлука за определување на живеалиште на детето, одлука за контакт со детето, одлука за забрана за преземање на одредени мерки во однос на детето и одлука за определени прашања поврзани со детето. Од овие одлуки, најзначајна е одлуката за живеалиштето на детето, што во основа значи дека судот, по разводот на бракот, определува кај кој родител детето ќе живее. Меѓутоа, ваквата одлука не значи дека на другиот родител со кого детето не живее му престанува родителската одговорност. Напротив, тој ја задржува родителската одговорност што ја имал во однос на детето и пред бракот да биде разведен. Во секојдневниот живот, тоа значи дека родителот со кого детето не живее има право да ги носи сите значајни одлуки за детето, а одлуките поврзани со секојдневните потреби на детето и нивното задоволување ги носи родителот со кого детето живее. Поделеното родителство е предвидено и регулирано во Children's Act, каде што се предвидува дека „Кога одлуката за живеалиштето на детето е донесена во корист на две или повеќе лица, кои не живеат заедно, во одлуката се определува и периодот кој детето ќе го поминува во секое домаќинство“.¹⁴³

Освен во земјите од Западна Европа, заедничкото вршење на родителското право се прифаќа и во земјите од Источна и Централна Европа, а во овие држави се воведува и поделеното родителство по разводот на бракот, и тоа најчесто доколку за тоа се договорат родителите,

¹⁴² Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood* (Cambridge University Press, Cambridge, 2011), стр. 50.

¹⁴³ Section 11 (4) Children's Act.

а судот оцени дека е тоа во најдобар интерес на детето. Таква е состојбата во Хрватска, каде со новиот закон¹⁴⁴ се воведува и заедничко родителство по разводот на бракот, а принципот на заедничкото родителство од страна на родителите кои не живеат заедно е предвиден и во Законот за семејството на Република Србија. И во Словенија се предвидува дека родителите можат да посигнат заеднички договор околу вршење на родителството по разводот на бракот. Со договорот родителите можат да одлучат и двајцата да ја продолжат грижата за децата и образованието или сите деца да се доверат на едниот од нив или некои од децата на едниот родител, а другите деца на другиот. Во Словенија се предвидува дека договорот помеѓу родителите за вршење на родителските одговорности по разводот на бракот треба да биде одобрен од страна на судот, при што судот својата одлука ја базира врз најдобриот интерес на децата. Според словенечкиот закон, при носењето на одлуката од страна на судот за вршењето на родителското право по разводот на бракот значајна улога има и мислењето на Центарот за социјална работа.¹⁴⁵

5. Вршење на родителското право по разводот на бракот во Република Македонија

Република Македонија, за разлика од најголемиот број европски земји, вклучувајќи ги тука и земјите од централна и југоисточна Европа, нема направено реформа на вршењето на родителските одговорности по разводот на бракот во последните 25 години, од донесувањето на Законот за семејството на Република Македонија во 1992 година. Бројот на разведени бракови во Македонија во периодот 1990-2000 година е најнизок во Европа,¹⁴⁶ но во последните години и во Македонија бројот на разводи постојано се зголемува.¹⁴⁷

Според Законот за семејството родителското право им припаѓа подеднакво и на двајцата родители, и тие го вршат заеднички и спогодбено.¹⁴⁸ Иако законот го промовира начелото на еднаквоста на

¹⁴⁴ Family Law Act of the Republic of Croatia, (Official Gazette of RH, 103/2015)

¹⁴⁵ Види *Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih* (Uradni list RS, št. 69/04), cl.105

¹⁴⁶ Според Matthijs Kalmijn помеѓу одделни региони во Европа во периодот од 1990 до 2000 година имало големи разлики во стапката на разводи, што го означува бројот на разведени бракови на 1000 жители. Во Западна Европа стапката на разводи во овој период изнесувала 2,24, во Северна Европа 2,36, во Централна и Источна Европа 2,93, а најниска стапка имало во Југоисточна Европа-0,84. Стапката на разводи во Македонија во овој период изнесувала само 0,38, и таа била најниска во Европа. Види повеќе кај Matthijs Kalmijn, *Explaining cross-national differences in marriage, cohabitation, and divorce in Europe, 1990-2000, Population Studies*, 61 (3) (2007), стр. 249.

¹⁴⁷ Во Македонија во 1995 година имало 710 разводи, а во 2015 година 2045 разводи. Види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право* (Skopje, Stobi Trejd, 2015), стр. 50.

¹⁴⁸ Член 45 став 1 и член 76 став 1 од Законот за семејството.

родителството, сепак по разводот на бракот се прави исклучок од ова начело, така што судот децата му ги доделува само на едниот родител.¹⁴⁹ Законот за семејство на Република Македонија, за разлика од најголемиот број други законодавства во Европа, не предвидува изречна одредба за заедничко вршење на родителството по разводот на бракот, туку го задржува стариот концепт според кој децата се доверуваат на едниот родител, а другиот има право да одржува лични контакти со нив и обврска да плаќа издршка. Овој застарен концепт на вршење на родителските одговорности по разводот на бракот не одговара на најдобриот интерес на детето, кое има потреба да има интензивни контакти и со двајцата родители по разводот и тие и двајцата да учествуваат активно во процесот на неговото образование, поради што се неопходни реформи во регулирањето на вршењето на родителските одговорности по разводот на бракот.

Законот за семејството предвидува три видови на развод: развод со заедничка согласност на брачните партнери,¹⁵⁰ развод поради нарушени односи и невозможен заеднички живот¹⁵¹ и развод поради фактички престанок на брачната заедница подолго од една година.¹⁵² Законот за семејството предвидува обврска родителите да постигнат спогодба за вршење на родителското право по разводот на брак, но само кај првиот вид на развод-разводот на брак со заедничка согласност,¹⁵³ додека кај другите два вида на развод таква обврска не постои. Ова без сомнение е лошо законско решение, поради тоа што согласноста на родителите за вршење на родителското право е најдобриот модел за успешно вршење на родителските обврски по разводот на бракот. Токму поради ова, во сите европски законодавства се поттикнуваат родителите сами да постигнат спогодба за вршење на родителското право по разводот на бракот.

Во Република Македонија, доколку родителите не можат да се спогодат, Центарот за социјална работа, а не судот, решава за одржувањето на личните односи на детето со родителот со кој детето не

¹⁴⁹ Во член 80 од Законот за семејство се предвидува дека “Со пресудата со која се разведува бракот судот ќе одлучи за чувањето, воспитанието и издржувањето на заедничките деца. Ако родителите не се спогодиле за ова или ако нивната спогодба не одговара на интересите на децата, судот, откако ќе прибави мислење од Центарот за социјална работа и ќе ги испита сите околности, ќе одлучи дали децата ќе останат на чување и воспитание кај еден родител или некој ќе останат кај мајката, а некој кај таткото или сите ќе бидат доверени на некое трето лице или установа. Родителот на кого не му се доверени децата има право да одржува лични односи и непосредни контакти со нив, ако судот не определи поинаку со оглед на интересите на децата.”

¹⁵⁰ Член 39 од Законот за семејството.

¹⁵¹ Член 40 од Законот за семејството.

¹⁵² Член 39 од Законот за семејството.

¹⁵³ Во член 39 став 2 од Законот за семејството се предвидува дека “Ако брачните другари имаат заеднички малолетни деца или полнолетни деца над кои им е продолжено родителското право, потребно е да поднесат спогодба за начинот на вршењето на родителските права и должности и за издржувањето и воспитанието на децата.”

живее.¹⁵⁴ Во македонското законодавство не постои законски пропис кој детално го регулира прашањето за видот и обемот на личните контакти помеѓу едниот родител и детето, доколку родителите не живеат заедно. Поради тоа, одлуката за контактите на детето со родителот со кој детето не живее е дискреционо право на Центарот за социјална работа, што во практиката предизвикува чести конфликтни состојби, кои негативно се одразуваат врз децата.¹⁵⁵ Определување на многу кратко време за контакт на детето со родителот со кој детето не живее по разводот на бракот од страна на Центрите за социјална работа доведува до дискриминирање на родителите (најчесто татковците) при реализација на нивното право за контактирање со своите деца, за што Македонија го изгуби спорот во случајот *Mitovi v. Macedonia* пред Европскиот суд за човекови права.¹⁵⁶

Покрај ова, Центарот за социјална работа има големи ингеренции при вршењето на надзор над родителското право и решавањето на споровите помеѓу родителите при вршењето на родителското право. Така на пример, во случај на несогласување на родителите во вршењето на родителското право решава Центарот за социјална работа,¹⁵⁷ а не судот, како што е тоа случај во најголем број европски земји. Центарот за социјална работа, во одредени случаи кога родителот ќе го запостави детето, може да донесе решение за одземање на детето од едниот и да го довери на чување и воспитание на другиот родител.¹⁵⁸ Ова е во директна спротивност со одредбата од член 9 став 1 од Конвенцијата на ООН за правата на детето, која Македонија ја има ратификувано, во која се предвидува дека мора да постои судска контрола кога се носи одлука за одвојување на детето од едниот родител. Центарот за социјална работа има и бројни други надлежности поврзани со вршењето на родителското право кои треба да бидат во надлежност на судот. Така на пример, во Законот за семејството се предвидува дека Центарот за социјална работа може „сам или по предлог на родителите, односно на старателот, на лицето на кого детето му е доверено на чување и воспитание или на предлог на јавниот обвинител, да смести дете во соодветна установа ако дошло до

¹⁵⁴ Според член 79 став 1 од Законот за семејството “Во случаите кога родителите на детето не живеат заедно тогаш тие се спогодуват за начинот на одржување на личните односи и непосредните контакти со детето. Доколку родителите на детето во рок од најмногу два месеца не се согласат со начинот на одржување на личните односи и непосредни контакти со детето, Центарот за социјална работа донесува решение за тоа.”

¹⁵⁵ Види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *op. cit.*, стр. 94.

¹⁵⁶ See Case of *Mitovi v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, (Application no. 53565/13), (22 March 2017).

¹⁵⁷ Член 76 став 2 од Законот за семејството.

¹⁵⁸ Во член 87 став 1 од Законот за семејството се предвидува дека „Центарот за социјална работа со решение може да го одземе детето од едниот и да го довери на чување и воспитание на другиот родител, на некое друго лице или на соодветна установа, кога родителите, односно родителот кај кого детето живее го запостави детето во поглед на чувањето и воспитанието или кога постои сериозна опасност за неговиот правилен развој и одгледување“.

пореметување на неговото поведение“.¹⁵⁹ Оваа одредба јасно покажува дека во македонското законодавство имаме едно крајно неприфатливо решение-вонсудски орган, како што е Центарот за социјална работа може да донесе одлука за одземање на детето од родителите и за негово сместување во државна установа, доколку дошло до пореметување на неговото поведение.

Изработката на Граѓанскиот закон на Македонија, во рамките на кој ќе бидат уредени и семејноправните односи е добра можност да се изврши реформа на регулирањето на вршењето на родителските одговорности по разводот на бракот. Со реформата би се отстраниле недостатоците за кои претходно говоревме и семејно законодавство на Македонија би се усогласило со основните тенденции на регулирање на вршењето на родителските одговорности по разводот на бракот кои се присутни во другите европски земји и кои обезбедуваат остварување на најдобриот интерес на детето во случај на развод на брак на неговите родители.

Значајна реформа во Граѓанскиот закон треба да биде воведувањето на заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот како основен принцип. Како што видовме, во Законот за семејството се предвидува дека судот во случај на развод може да донесе одлука децата да бидат доверени на чување и воспитување на мајката или на таткото, или некои деца на мајката, а некои на таткото,¹⁶⁰ така што принципот на заедничко вршење на родителските одговорности не е експлицитно прифатен во сегашното македонско законодавство. Промени се потребни поради сегашната практика родителот кај кој децата се доверуваат на чување и воспитување по разводот на бракот да ги носи сите значајни одлуки за нив, а другиот родител да има право само да одржува лични односи со децата и обврска да плаќа издршка. Ова негативно се одразува на неговата подготвеност да се ангажира во одржувањето на лични односи со детето, и на неговата грижа за благосостојбата, образованието и воспитувањето на детето, поради што е практично искушен од можноста да решава за прашањата што се од битно значење за иднината на детето. Заедничкото вршење на родителските одговорности и по разводот на бракот е од интерес и на таткото, и на мајката и на децата.¹⁶¹ Притоа, судот

¹⁵⁹ Член 88 од Законот за семејството.

¹⁶⁰ Член 80 од Законот за семејството.

¹⁶¹ Според Marjorie Lindner Gunnoe и Sanford L. Braver користи од заедничкото вршење на родителското право и по разводот на брак за таткото се состои во помало чувство емотивна загуба, депресија, бес и дисконтиунитет во вршењето на родителската улога. Користа за мајката се состои во поголемата подготвеност на таткото да плаќа издршка за детето, поголема помош во грижата за детето и повеќе време за професионален развој. Користа за детето од заедничкото вршење на родителското право по разводот на брак е во остварувањето на подобри врски со двајцата родители, подобра кооперација помеѓу родителите во вршењето на родителските обврски и подобро прилагодување на детето по разводот на брак. Види повеќе кај Marjorie Lindner Gunnoe and Sanford L. Braver, *The Effects of Joint Legal Custody on Mothers, Fathers, and Children Controlling for Factors That Predispose*

во секој случај треба да определува јзаедничко вршење на родителското право по разводот на бракот, освен во случај кога е потребно да се определи само едниот родител да има старателство врз децата заради заштита на правата и интересите на децата.¹⁶²

Во Граѓанскиот закон треба да се предвиди дека родителите имаат обврска да подготват заеднички и спогодбено „родителски план“ за сите аспекти на вршење на родителските одговорности, како што се прашањата каде детето ќе живее, кој од родителите колку ќе придонесува за издржување на детето, како ќе се одржуваат личните контакти на родителот со кој детето не живее и детето и други прашања кои се значајни за вршење на родителските одговорности по разводот на бракот. Притоа, овој родителски план треба да биде задолжителен за сите видови на развод, а не само за разводот со заедничка согласност, како што е тоа предвидено во Законот за семејството. Доколку родителите не можат да се согласат за родителскиот план, треба да се предвиди медијација, во рамките на која на родителите би им била обезбедена помош за надминување на разликите и на постигнување на договор за родителскиот план. Само доколку медијацијата не успее, судот би имал надлежност да донесе одлука за сите битни прашања поврзани со вршењето на родителските одговорности по разводот на бракот, вклучувајќи го и прашањето кај кој родител детето ќе живее. Во Граѓанскиот закон треба да се предвиди можност во родителскиот план родителите да можат да се договорат и за поделено родителство по разводот на бракот, како и за соодносот на времето што детето ќе го поминува со секој родител по разводот на бракот (тоа може да биде 50%:50% или 60%:40% од времето или друг сооднос кој родителите ќе го договорат). Притоа, сметаме дека не е добро да се предвиди можноста судот да може да определи поделено родителство по разводот на бракот спротивно на волјата на едниот или и на двајцата родители, затоа што доброто функционирање на овој модел (кој, како што видовме од резултатите од голем број истражувања, одговара на интересите на децата) подразбира согласност и добра соработка од страна на двајцата родители.

Dejan Mickovik, PhD

Full-time professor, Faculty of Law

Iustinianus Primus University Sc. Cyril and Methodius

a Sole Maternal versus Joint Legal Award, *Law and Human Behavior, Special Issues on Children, Families, and the Law*, 25 (1)(2001), стр. 26.

¹⁶² Ваквото решение, според кое само едниот родител би го имал старателството врз децата по разводот на бракот би се носело кога едниот родител е сторител на семејно насилство, кога злоупотребува дрога или го наведува детето да извршува кривични дела и во други ситуации кога судот ќе смета дека најдобриот интерес на детето бара само едниот родител да го добие старателството врз детето.

Summary

The paper analyzes the problem related to the exercise of the parental rights after divorce in the European countries and in the Republic of Macedonia. The author gives an overview of the researches on the consequences of the divorce on the children, as well as the consequences of the divided parenthood after the divorce on the well-being of the children. The paper presents an overview of the contemporary tendencies in the exercise of the parental rights after the divorce in the European countries, as well as in the Republic of Macedonia. The author points out the weaknesses in the legal solutions related to the divorce in the Family Law Act and gives concrete proposals for amendments of the Macedonian legislation, which would better protect the rights and interests of the children after the divorce. The paper also presents a proposal for the introduction of joint physical custody after divorce in the Macedonian legislation, as is the case in a number of European legislation.

Dragica Zivojinović, PhD*
Tamara Đurđić, LL.M.**

FIDEICOMMISSARY SUBSTITUTION AS MANIFESTATION OF TESTAMENTARY FREEDOM

УДК: 343.67(497.11)
Original research paper

Abstract: The first part of the paper deals with the institute of fideicommissary substitution which is analyzed comprehensively through its historical development with overview on its social function and legal effects in a specific period of its evolution. Authors analyze possible and in Serbian law permitted modalities of heir substitution, as well as in other European legal systems, in order to define the domain of the legal framework of testamentary freedom. Some questions that arise relating to this issue, such as a legal position of fiduciar as a prior heir and fideicommissar as a subsequent heir, are specifically concerned. Having in mind current reform of Serbian civil law, one part of presentation is devoted to the regulation of fideicommissary substitution proposed in the Draft of Civil Code of the Republic of Serbia. Accordingly, the specific intention is drawn to the question which modalities of appointing a heir are permitted in our legal system, and which of them may be considered as fideicommissary substitution? In that sense, a critical overview on this issue is given in this paper, with some useful remarks on further reform in this field of Serbian inheritance law.

Key words: *succession of heirs, fideicommissary substitution, appointing heir under condition or term; previous and subsequent heir.*

Introduction

The freedom of testation is manifestation of will autonomy and represents a constitutionally guaranteed right that arises from the property rights, as well as the right of inheritance. As an important instrument of legal traffic in the case of death, freedom of testation suffers a number of limitations, as those of property law nature (since this freedom is kind of property disposition), as well as formal legal restrictions regarding the manner of manifestation, content, scope of effectiveness.

Permissible and possible modalities of the appointment of heirs are one of the important indicators of the freedom degree that one legal system

guarantees to the individual. The ways of appointing a successor through history have been changing, depending on the social and economic circumstances, along with the legal significance of this institute that also went through important changes, as well.

As a modal of appointment of a heir, fideicommissary substitution is in Serbian law forbidden, while the appointment of a heir under a condition or term is allowed. However, frequent problems in practice is to make the difference between these two institutes. Namely, it often happens that certain modalities of the conditional appointment of heirs are qualified as complex, fideicommissary replacement of the heirs, that they are actually not. This is, for example, the case where the testator appoints one person to be a heir, while constituting the right of usufructus in favor of a third person. There is also a reversed situation - through various modalities of the conditional appointment of the heir, the prohibition of fideicommissary substitution is intended to be played (for example, by combining ordinary substitution and setting a heir under the condition).¹⁶³

Hence, in order to clearly define the legal limits of this domain of testamentary freedom, it is necessary to set a clear boundaries between the permissible and prohibited modalities of the appointment of heirs, which is the aim of this research. For this purpose, the institution of fideicommissary substitution is analyzed through the historical aspect of the various forms in which it appeared, as a manifestation of the economic and social conditions of the respective time. Also, the intention of authors is to point out the diversity of different legal solutions, through their comparative analysis, as well as their common features through which the legal purpose of these institutes have been reflected. In the end, beside positive legal solutions of the Serbian legislator regarding fideicommissary succession, the specific solution of the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code has been also analyzed, which proposes the introduction of a specific kind of fideicommissary substitution into Serbian law.

1. Term, Types and Significance of Fideicommissary Substitution

Essentially, substitution represents secondary, conditional appointment of a heir. Namely, a testator determines a person to be a heir by declaration of his last will, and if the first appointed heir will not or can not inherit, he determines his substitute. In Roman law, four substitution forms were present:

*Full time Professor, Faculty of Law, University in Kragujevac, ??? mail

**Assistant, Faculty of Law, University in Kragujevac, ???? mail

¹⁶³ Presuda Saveznog vrhovnog suda Rev. 1290/62, od 14.12.1962.godina, Zbirka sudskih odluka, knj. VII, sv. 2, br.290; see S. Marković, Nasledno pravo, Beograd, 1981, p. 282.

(1) vulgar (ordinary, regular) substitution; (2) pupillary (3) quasi-pupillary (exemplary), (4) fideicommissary (indirect).¹⁶⁴

Ordinary substitution (*substitutio vulgaris*) represents the substitution in its true sense, since it implies the replacement of heirs: the first-appointed heir (institute) is replaced by a substitute, who inherits only if the institute does not inherit.¹⁶⁵ Conditionality of the inheriting process, as far as regular substitution is concerned, is reflected in the fact that a substitute is appointed as a heir, but under the suspensive condition – if inheritance does not belong to the institute.¹⁶⁶ Hence, the substitute is the eventual successor who acquires the inheritance right if a substitution reason arises (unworthiness, inability to inherit, disinheritance, denial of inheritance, the death of a institute). It is necessary for a substitute to fulfill all other assumptions prescribed for acquiring the inheritance.¹⁶⁷

Ordinary substitution implies the relationship of exclusion, i.e. if the institute becomes a heir, the substitute does not inherit, and conversely.¹⁶⁸ The main objective of the legal institute is to distribute testator's inheritance after his death in accordance with his last will and not according to the intestate rules.¹⁶⁹

As far as pupillary substitution is concerned, it exists when the head of the family determines the heir to his minor child, in the case that this child dies before gaining a testamentary capacity (which is attained at the age of 14).¹⁷⁰ Quazipupillary substitution exists when the testator determines a heir to his child or a descendant, who is incapable for reasoning (under the condition that he acquires this ability until his death).¹⁷¹

One of the forms of substitution as a form of successive inheritance is a fideicommissary substitution which, in its genesis, had two legally meanings: as a successive inheriting where each subsequent successor inherits the previous one, and the testator, as the founder of substitution, determines the order of gaining inheritance (fideicommissary substitution in the narrow sense); inheritance succession of two or more successors appointed by testator, whereby both of them appear as a direct successor of the testator (fideicommissary substitution in the broad sense).¹⁷²

¹⁶⁴*Ibidem.*

¹⁶⁵ Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasleđivanju sa sudskom praksom, Zagreb, 1964, p. 366, 236.

¹⁶⁶ Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasleđivanju... p. 236; A. Silajdžić, *Nasledno pravo*, Sarajevo, 1964, p.191.

¹⁶⁷ O. Antić, Z. Balinovac, Komentar Zakona o nasleđivanju, 1996, Beograd, p. 372.

¹⁶⁸ O. Antić, Z. Balinovac, Komentar Zakona....p. 373; Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasleđivanju ...p.238.

¹⁶⁹ Д. Живојиновић, *Ништавост завештања* –докторска дисертација, Крагујевац, 2003, p. 141.

¹⁷⁰ S. Marković, *Nasledno pravo*, Beograd, 1981, p. 280.

¹⁷¹ *Ibidem.*

¹⁷²"Fideicommissary substitution basically represents the determination of two or more heirs who inherit successively the same property." Ч. Рајачић, *Теорија наслеђивања-као правне*

The original form of fideicommissary substitution implies determination of the heir to the heir, because in Roman law the rule *semel heres, semper heres* was literally followed, and the descendant could not have more heirs, in a sense of universal successors.¹⁷³ It originates from the universal fideicommiss in Roman law (*fideicommissum hereditatis*), which represents a kind of legacy, because the fideicommissar was not the real heir, but only the *quasi heres*.¹⁷⁴ In fact, he was obliged, in accordance with the will of the testator, to transfer to another person, determined by the testator, a part or all inherited property. The universal fideicommiss had a mandatory legal effect, because the fideicommissar had the right to the obligation legal claims against the heirs.

This institute was aimed to preserve family property through several generations within a family, which is particularly evident in the case of a family fideicommiss where substitution was restricted only to family members.¹⁷⁵ Since for the heirs are often appointed those who belong to the next generations, the impression is that the intention of proscribing this institute was to circumvent the intestate inheritance rules, since the property remained in the family's circle, as long as there were descendants.¹⁷⁶ In this way, the inheritance property was excluded from legal transactions in order to maintain the political and economic power of the ruling class, and in the legal theory it was known as a „rule of a dead hand“.

Along with development of property law relations, this rule was softened, and the institution of the fideicommissary substitution changed its social role. It was no longer seen in preserving family property, but adapting inheritance disposals to the changed circumstances, that might occur after the death of the testator.¹⁷⁷ Therefore, this institute became an important instrument of property disposition in the case of death, which gained wider significance in legal transactions. Thus, this institute implies the conditional appointment of a heir who was also attached to some other substitution cases, except from the death of the testator (*Nacherbschaft*). In that sense, the modern meaning of the fideicommissary substitution implies the inheritance succession of the same deceased by several heirs, due to the occurrence of the substitution case, rather than the determination of the heir to the heir, as it was its original meaning in Roman law.¹⁷⁸

установе, докторска дисертација, Загреб, 1958, стр. 117,118; fideicommissary substitution in a wider sense implies that after a substitution case occurs, one person will cease to be a heir, and another will enter in his place; in the narrower sense, the fideomic substitution is the appointing heir to the heir, see Д. Ђурђевић, Институције наследног права, Београд, 2016, р.160, 164;

¹⁷³ Ћ. Рајаčić, Теорија наслеђивања (као правне установе), Загреб, 1956, р. 118; Н. Lange, К. Kuchinke, *Erbrecht*, München, 2001, р. 570.

¹⁷⁴ А. Ђорђевић, *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд, 1903, р.45; Ћ. Рајаčić, *op. cit.*, р. 118.

¹⁷⁵ А. Ђорђевић, *op. cit.*, р. 48-51; Ћ. Рајаčić, *op. cit.*, р. 118;

¹⁷⁶ Специјални део Грађанског права - Наследно право, по предавањима Ж. М. Перића, Београд, 1923, р.43. .

¹⁷⁷ Ћ. Рајаčić, *op.cit.*, р. 121.

¹⁷⁸ See Raјаčić, *op.cit.*, р.119.

2. Fideicommissary Substitution in Serbian Law

In the Serbian Civil Code from 1844. the fideicommissary substitution was, generally, prohibited. It was only exceptionally allowed, in one stage, if the fiduciar would have died without a testament, or if the fiduciar, although he had testamentary capacity, would have died without the legacy and without descendants, as legal heirs (Article 464 of the Serbian Civil Code).¹⁷⁹ Fideicommissary substitution was completely abolished by the Vidovdan Constitution in 1927,¹⁸⁰ and this concept is followed by all subsequent legal texts, starting with the Federal Law on Inheritance from 1955. to the current legislation – Law on Inheritance of the Republic of Serbia from 1995.¹⁸¹ According to the valid regulations, appointing a heir to the heir, it is null.¹⁸² From this formulation it follows that in our law, successive inheritance is prohibited in the case of death of the first-appointed (previous) heir, that is, the fideicommissary substitution in the narrow sense.¹⁸³

If we start from the term of fideicommissary substitution in the broad sense as the succession of two or more persons who directly inherit the testator, then the appointment of the heir under the condition / deadline could be qualified as a type of fideicommissary substitution.¹⁸⁴ Namely, this is also about the succession of heirs, who, one after the another, acquire the inheritance, which is essentially a fideicommissary substitution as a manifestation of successive inheritance. The heir placed under the condition or deadline must fulfill all the assumptions as well as every other heir in general (he has to be capable and worthy for inheriting; did not gave up inheritance, etc.). Inheriting the property depends on the fulfillment of a certain condition or the expiration of a particular period. That condition represents a substitution case and corresponds with the fact of death by fideicommissary substitution.

This type of swiching heirs is marked in legal theory as "constructive fideicommissary substitution" since it is actually "constructed" automaticly by the law itself, and not by the will of the testator.¹⁸⁵ If we take into consideration a modern understanding of fideicommissary substitution as a successive inheritance of the same deceased, arises the conclusion that the appointment of a heir under the condition / deadline is precisely a fideicommissary substitution in its sense. Therefore, one-level fideicommissary substitution conditioned with some condition or a time-period as a substitution case is permitted in our law

¹⁷⁹ See A. Ђурђевић, *op. cit.*, p. 40 ; Специјални део Грађанског права, *op.cit.*, ...p.40.

¹⁸⁰ V. Evgenij, O fideikomisima, *Pravosuđe*, br. 5-6, p. 352

¹⁸¹ See art. 85. *Zakona o nasleđivanju FNRJ* („Sl. List FNRJ, br. 20/1955); art.80 (3) *Zakona o nasleđivanju RS* („Sl. List. br. 19/1965, 42/1965); art. 159. (1) *Zakona o nasleđivanju RS* („Sl. glasnik RS“, br.. 46/95, 101/2003-odluka USRS 6/2015)- *Serbian Law on Inheritance*.

¹⁸² Art. 195 (1) *Serbian Law on Inheritance*.

¹⁸³ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2011, р. 164

¹⁸⁴ Т. Ђурђић, *Fideikomisarana supstytucija i sloboda zaveštajnog raspolaganja*, *Pravni život*, br. 10/2012, p. 729.

¹⁸⁵ Ћ. Rajačić, *Teorija nasljeđivanja* ...p. 91.

(substitution in the narrow sense), since the prohibition refers to the determination of the heir to the heir (fidicomisar substitution in a broad sense).¹⁸⁶

A similar construction has been taken in to the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code.¹⁸⁷ Namely, according to the Draft, the provision by which the testator could determine the heir to his heir or to the legatee (a complex replacement of the heir-, „*zavetina*“) is forbidden. It is assumed that the purpose of this normative approach is to contribute to the more precise determination of the prohibition of fideicommissary substitution. However, such a legal formulation is not theoretically the most appropriate. Starting from the modern understanding of fideicommissary substitution as the successive inheritance of the same deceased, where the fideicommissar (the latter successor) is a successor of the testator as a legal predecessor and not a fiduciar (the first successor), the negative definition of this institute in proposed law is not in accordance with the essence of this institute.¹⁸⁸

It is interesting to note that the lawmakers has proposed the introduction of fideicommissary substitution in one degree, as well, with the clarification that the determination of the heir to the heir has to be interpreted as the legal relation between the legatee and the heir.¹⁸⁹ In the legal theory it is emphasized that, in the sense of property law, this is about usufructus legacy in favor of the previous heir, which binds the latter heir as the full heir.¹⁹⁰ The constitution of the usufructus legacy as a form of singular succession, which is time-limited until the moment of the death of the previous heir as a usufructuor, presupposes the existence of a universal successor as the owner of the thing who has to be burdened by this legacy.¹⁹¹ The latter successor, therefore, becomes the full, universal successor and owner of inherited property at the moment of the death of the deceased, but this right is limited by the right of the previous heir as a usufructuor. When the death of a fiduciar occurs, the latter heir acquires the property in its full extent, but no succession of the heir occurs. Since the succession of heirs is the essence of the fideicommissary substitution, this relationship can not be qualified as a fideicommissary shift of the heirs, although the legal relation of the legatee and the true heir seems like the relation between fiduciar and fideicommissar.¹⁹²

¹⁸⁶ Č. Rajačić, *op.cit.*, p. 123.

¹⁸⁷ Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт Грађанског законика Републике Србије*, четврта књига- Наслеђивање, Београд, 2011, p. 87, 93;

¹⁸⁸ Т. Ђурђић, *Законске границе слободe именованја наследника*, у: “20. година Закона о наслеђивању Републике Србије“, Ниш, 2016, p. 224.

¹⁸⁹ Art. 161 (1) (2). *Prednacrt Gradanskog zakonika RS*.

¹⁹⁰ N. Stojanović, *Prednacrt Gradanskog zakonika Republike Srbije i nasleđivanje, Zastita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*, LXII, Pravni fakultet u Nišu, p. 201.

¹⁹¹ Т. Ђурђић, *Законске границе* .p. 223.

¹⁹² *Ibidem*.

It could be assumed that the goal of such a normative approach is to provide, on the one hand, the economic safety of fiduciar during his life, while maintaining the ownership position of the fideicommissar, thereby guarantees his legal and economic security. Since the object of the law can be both, an asset and some right, the same legal aim can be achieved also in accordance with the current regulations by constituting the legacy of usufructus. Therefore, the purpose of this normative approach is questionable.¹⁹³

3. Fideicommissary Substitution in Comparative Law

Fideocommissary substitution, as a significant institute of Roman law, is present in modern legal systems, where, in accordance with the legal and social goal of this institute, it appears in various modalities. Each of them implies different types of the restriction of substitution itself (time limit, restriction of substitution to a certain number of generations, restriction in terms of persons that can be set as substitute, etc.).¹⁹⁴

In German law, the institution of fideicommissary substitution has a long legal tradition and appears in all forms (in the narrow, as well as in a broad sense). The German legislator has opted for a fairly liberal concept of regulating this institution, which means that no limitations are imposed on the circle of persons who may appear as fiduciar and fideicommissar. There is no limitations in terms of assets that can be disposed of, but only time-limitation has been prescribed. This means that fideicommissary substitution can be established for a period of 30 years from the death of the deceased, during which time the substitution case has to occur.¹⁹⁵

In Swiss law, fideicommissary substitution is also allowed, but it can be determined only in one degree.¹⁹⁶ The lack of such a solution is reflected in the fact that these assets may be isolated from legal traffic, since no time limit is imposed regarding the establishment of fideicommissary substitution. An interesting solution is provided by the Austrian legislator according to which the testator can appoint substitutes unlimited, but they could be determined only from the circle of his contemporaries (successors born at the time of the of making the last will).¹⁹⁷ In the event that this condition is not met, the substitution is limited on the period of two years for movable items, and one shift of the heirs for the immovable assets.¹⁹⁸

¹⁹³Kreč-Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom, Zagreb,1946,p. 273.

¹⁹⁴ H. Lange, K. Kuchinke, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck-München, 2001, p. 570.

¹⁹⁵ Art. 2109 (1) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – Umnwirksamwerden der Nacherbschaft, W.Burandt – D. Rojahn, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck München, 2011, p. 421;

¹⁹⁶ Art. 489(1) *Swiss Civil Code*, <http://www.admin.ch/ch/e/rs/210/index.html>, september, 2017.

¹⁹⁸ Art. 612. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch ; R. Welser, *Grudriss des bürgerlichen rechts*, Wien, 2007, p. 516;

In French law, fideicommissary substitution had been prohibited until 2007, but after the civil law reform, it was permitted as a content of lucrative legal business. The French legislator also prescribes the restriction on fideicommissary substitution to one replacement of heirs.¹⁹⁹ In Italian law, fideicommissary substitution has been forbidden, with certain exceptions.²⁰⁰ Thus, it is allowed for the testator to appoint for the fiduciar a legally incapable son, grandchildren or spouse, so that the property is transferred to them after the death of the fiduciar, as the first-appointed beneficiary.²⁰¹

4. Differences between Fideicommissary Substitution and Appointment of a Heir under the Condition or Deadline

a) About Similarities and Differences (generally)

When we comparatively analyze fideicommissary substitution in a broader sense and the appointment of a heir under the condition or deadline, it can be concluded that in both cases it is a matter of time-limited modalities of successive inheritance. Such a limitation of hereditary rights deviates from the basic characteristics of universal succession, since the heir whose inheritance is limited does not fully enter the legal position of the deceased, as a legal predecessor.

When it comes to legal relations that are built in both modalities of appointing heirs, there is overlapping between them in terms of content and the legal position of the subjects, as well. Differences appear with a regard to the nature of the substitution case itself, which implies that only one replacement of the heirs is possible, as far as appointment of heirs under a condition or deadline is concerned, while in the case of classic fideicommissary substitution a multiple substitution can be created. Thus, in the first modality it is possible to set only one successor under the condition or deadline, while in the case of a fideicommiss, it is possible to make conditional the acquisition of the succession rights of several successors.²⁰²

If we come from a social function towards which these institutes are aimed, it follows that their institutionalization has been made in purpose of achieving the same goal. Namely, both modalities of the appointment of heirs

¹⁹⁹ W. Burandt, D. Rojahn, *Erbrecht*, Verlag C. H. Beck München, 2011, p. 1296. и 1297.

²⁰⁰ Art. 692. *Italian Civil Codes*.

²⁰¹ Art. 692. *Italian Civil Codes*; M. Anderson and E. Arroyo i Amyuelas, *The Law of Succession: Testamentary Freedom-European Perspectives*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p.194; W. Burandt – D. Rojahn, *op. cit.*, p. 1317.

²⁰² See Rajačić, *op. cit.*, p.124.

are aimed to enable the adaptation of testamentary dispositions to the changed circumstances that might occur after the death of the testator.²⁰³

b) Legal Position of Previous and Subsequent Heir

The legal position of the heir appointed under the condition or deadline, as the previous and latter heir, is equal with the legal position of fiduciar and fideicommissar in the case of fideicommissary substitution. In their essence, both modes of appointing heir represent heirs replacement, whereby the previous heir is obliged to preserve the inherited property for the latter. Hence, the specificity arises from the legal position of the former and subsequent successors who shift in their legal positions by the appearance of the substitution case. At that moment, succession law of the previous heir is terminated, and is replaced by the latter heir who becomes the universal successor. If the substitution case is not met, the previous heir acquires the entire property as final successor, and the latter heir does not acquire the inheritance, at all.²⁰⁴

The specifics of the legal position of the former and the latter heir derives from the fact that the substitution case has two-way effect, depending on the position from which it is observed. From the position of the previous heir, it has renunciative effect, and from the position of the subsequent heir, suspensive.²⁰⁵ This is the case if the heir is placed under a suspensive condition / term, while the situation is reversed in the case of resolutive condition / term.²⁰⁶ The key point is that the substitution case has always the same effect, and by its appearance one of the heirs loses the inheritance, and the other acquires it.²⁰⁷

In the legal theory, the position of the former heir, as a temporary successor, is particularly controversial. Undoubtedly, at the moment of death of a testator, previous heir acquires inheritance directly. The question arises whether he fully enters into the legal position of the testator as a legal predecessor and becomes the universal successor, or there are certain specifics with regard to his inheritance position, taking into consideration the fact that his inheritance right is limited by substitution case?

²⁰³See Rajačić, *op.cit.*, p.121.

²⁰⁴The terms “previous and subsequent” heirs are taken from the fideicommissary substitution and signify only the temporal moment of succession, and not the nature of the legal relationship that arises at that occasion (Ч. Рајичић, *op. cit.*, стр. 92). In the case of suspensive conditions and deadlines, the testator determines the person who will have the position of the next heir, and under resolutive condition or deadline, the person who will have the position of the previous heir will be determined.

²⁰⁵ Č. Rajačić, *op.cit.*, p. 95.

²⁰⁶ Vidi T. Ђурђић, *Постављање наследника под условом или роком, „Усклађивање правног система Србије са стандардима ЕУ“*, Крагујевац, 2013, p. 333.

²⁰⁷ Č. Rajačić, *op.cit.*, str. 95.

One of the specifics regarding the legal position of previous heir in a sense of property rights is that he is limited in his right to dispose of inherited property, because it has to be preserved for the latter successor in whole. Hence, arises the dispute about the qualification of his legal position as a usufructuror or owner of a property?²⁰⁸

In Serbian positive law, the legislator has been proscribed that if a heir is appointed under a suspensive condition or deadline, "the inheritance belongs to the intestate heirs, unless a testator defined it differently."²⁰⁹ When the condition is fulfilled or the deadline expires, the latter successor acquires inheritance as its owner and becomes the universal successor *ex tunc*. If a heir is placed under a resolutive condition or a deadline, then he has the position of the usufructuror.²¹⁰ After a fulfillment of a condition or expiration of a certain time, the inheritance is acquired by intestate heirs of a deceased, unless he hasn't foreseen otherwise in testament.²¹¹

Such a legal construction of the conditional appointment of the heir brings doubt in the legal-dogmatic considerations of the heirs. Namely, it is not clear whether this is a case of successive inheritance, and whether the legal position of a heir placed under a condition or deadline can be qualified as the same as the legal position of the previous and subsequent heir (as it is the case by fideicommissary substitution), or such a model of heir appointment should be qualified as usufructus legacy constituted as a burden to the former heir, and for the benefit of the latter?²¹²

Taking into consideration this legal formulation of fideicommissary substitution, at first glance, it seems that in our law the legal position of the previous successor is equal with the legal position of the usufructuror. However, this point of view could not be fully accepted. Namely, the first appointed heir (fiduciar) has actual position of the usufructuror on the inherited property, but his powers are nevertheless broader, and no sign of equality can be placed between these legal positions.²¹³

If we accepted the view that the position of the previous heir is equal with the legal position of the usufructuror, one of the basic principles of inheritance right - acquiring the inheritance *ipso iure* according to which the inheritance is acquired at the moment of the deceased's death, would be violated. Since the right of usufructus is accessory right that accompanies the right of ownership as a main one, the question arises about who owns the property right in this waiting period, until the substitution case arises? It also follows that from the moment of the deceased's death until the occurrence of the

²⁰⁸ Namely, in certain legal systems, legal position of previous heir is precisely regulated in law, as it is the case in German law (Articles 2100-2146 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), while in other legal systems this is not the case (Austria, Switzerland).

²⁰⁹ Art. 125 & 128 Serbian Law on Inheritance.

²¹⁰ Art. 128 Serbian Law on Inheritance.

²¹¹ Art. 129 Serbian Law on Inheritance.

²¹² Vidi R Süß, Serbien, u: Erbrecht in Europa, Zerb Verlag, Bonn, 2015, p. 1204.

²¹³ Специјални део Грађанског права, *op.cit.*, p.47.

substitution case, inheritance would have no its owner, which is contrary to the principle of universal succession, as the basic one concerning inheritance succession.

Hence, it seems that a more acceptable is point of view according to which the legal position of the previous heir is not fully equal with the legal position of the usufruturor, because he has a broader authority. Namely, the previous heir retains the authority to dispose of inherited property to a limited extent (for the purpose of managing the inheritance or for the payment of the testator's debts), and in theory it is qualified as a limited owner of inherited property.²¹⁴ The property limitations are reflected in time and content.²¹⁵ They are temporarily because they last until substitution case occurs, and the constrains in terms of content mean that the previous heir is limited in exercising his ownership powers, primarily in terms of disposing of inherited property.²¹⁶

CONSLUSSION

Successive inheritance as a modality of universal succession is of particular importance for succession law, as an expression of the freedom of property disposal in the case of death. Freedom of testamentary disposition, as the most important manifestation of this freedom, should be seen, not only from the point of view of exercising subjective rights, but also in the context of current social relations and social significance.

It is indisputable that the different modalities of heir appointment have been created as a result of needs present in modern legal traffic, which is, first of all, a consequence of the property law character of inheritance. Therefore, conditioned ie. limited appointment of a successor reflects the need for long-term planning in distribution of the inheritance.

As fahr as fideicommissary substitution of the heirs due to the death of the fiduciar is concerned, our legislator is explicit and this modality of testamentary disposal does not allow, but proscribes it as null. However, the drafters of the Pre-Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia introduce certain changes in this respect and propose introduction of fideicommissary substitution in one degree, with the notion that appointing a heir to a heir are going to be interpreted as the relationship between the legatee and universal successor. Such a solution can not be positively assesst, for several reasons.

Namely, according to the current regulations, the same economic effect can be achieved by constituting the legacy of usufructus, and therefore arises

²¹⁴ Kreč-Pavić, *op. cit.*, p. 254-255.

²¹⁵ S. Ferrari, G. M. Likar – Peer, *Erbrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, Wien, 2007, p. 217.

²¹⁶ Д. Ђурђевић, *Правни положај претходног наследника*, Анали правног факултета у Београду, бр. 1/11, p.112.

question of the legal purposes of such a provision. At the same time, proposed solution deviates from the essence of fideicommissary substitution as the succession of two or more heirs who inherit the same deceased, and the issue of the legal nature of this institute has been further complicated. The conclusion arises that the legal construction of fideicommissary substitution proposed in the Pre-draft is inadequate and further blurred the boundary between fideicommissary substitution and other modalities of appointing a heir, that are possible in our law.²¹⁷

Taking into consideration the arguments for and against the introduction of fideicommissary substitution, it is indisputable that as its negative side a disclosure of such goods outside the legal circulation could be pointed out. They are usually transferred from generation to generation and often remains within a family, forming so called „goods of dead hands“ (rule against perpetuities). The establishment of fideicommissary substitution restricts the freedom of disposition of inherited goods and brings into question the realization of guaranteed property rights arising from such a legal position.

On the other hand, some positive effects are associated with fideicommissary substitution. Namely, it is possible for a testator to determine as a latter heir the child who was still not born at the moment of death of the deceased, which is specific for the system in which the next heir does not have to exist in the moment of death of the testator. This type of disposal make it possible for the inheritance to be left to the further generations of the descendants and contribute to the equality of their legal positions as heirs.²¹⁸

In this regard, in defining the normative concept of this institute, one should take into consideration, firstly, real social, economic and legal needs, basic features of different legal system of inheritance, as well as general social interests, particullary in terms of prevention of creating the goods of dead hands. On the micro plan, special attention should be paid to establishing a balance between the opposite interests of the heirs who are the actors of fideicommissary substitution, as well as to establishing a balance between the testator's freedom of disposition and the property rights of the heirs.

²¹⁷ Т. Ђурђић, Законске границер.+ 224.

²¹⁸ Д. Ђурђевић, *Фидеикомисарна супституција у европским правним порецима и у српском праву*, у: Правни капацитет Србије за европске интеграције, Београд, 2010, р. 124.

Д-р Александра Груевска Дракулевски*
Д-р Бобан Мисоски**
Д-р Дивна Илиќ Димоски**

(НЕ)ПОЧИТУВАЊЕТО НА МЕЃУНАРОДНИТЕ СТАНДАРДИ ЗА ПОСТАПУВАЊЕ СО ПРИТВОРЕНИТЕ ЛИЦА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 343.126.15 (497.7)
Original research paper

Апстракт: Во трудот авторите се осврнуват на карактеристиките на пенитенцијарниот систем во Република Македонија и положбата на притворениците *de jure* и *de facto*. Тие заклучуваат дека пенитенцијарниот систем во нашата земја има карактеристики на модерен систем. Тој е еден од пенитенцијарните системи кои целосно ги вклучува Стандардните минимални правила за постапување со затворениците (Нелсон Мендела Правила) и Европските затворски правила во Законот за извршување на санкциите. Во трудот е даден преглед на меѓународната и националната регулатива за извршувањето на мерката притвор, а исто така, дадена е и анализа на положбата на притворените лица во Република Македонија. Иако, податоците за извршувањето на мерката притвор во Република Македонија се доста оскудни, авторите на трудот даваат соодветне приказ на извршувањето на мерката притвор користејќи се со податоци од извештаите на Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување (КПП) и Националниот превентивен механизам (НПМ) при Народниот правобранител, како и Годишните извештаи на Управата за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено-поправните и воспитно-поправните установи во Република Македонија. Од анализата на извештаите генерален заклучок е дека независно од тоа што на притворените лица со закон и со меѓународни документи им се гарантираат права што не смеат да бидат повредени и им се одредуваат обврски чие исполнување не ја деградира нивната личност, сепак, во пракса постои дискрепанца помеѓу положбата на притворениците *de jure* и *de facto*.

Клучни зборови: пенитенцијарен систем, притвореници, положба на притворени лица, притвор.

1. Вовед

Република Македонија како земја кандидат за членство во Европската Унија (ЕУ) се соочува со бројни предизвици во ефикасното спроведување на сериозни реформи во правниот, политичкиот и економскиот систем. Во овој контекст, значаен сегмент е и пенитенцијарниот систем.

Пенитенцијарниот систем во Република Македонија го дефинира Законот за извршување на санкции²¹⁹(ЗИС) усвоен во 2006 година, а во согласност со намерата за усогласување на законодавството со она на земјите членки на Европската Унија, во 2010 година беше усвоен Законот за измени на Законот за извршување на санкции. Во 2013 година е донесена една измена, а во 2014 година се донесени уште две измени на ЗИС.

Со афирмацијата на концептот на човековите права и слободи како највисока и цивилизациска вредност во современото општество, донесени се бројни документи со кои се гарантираат правата на човекот вклучително и на лица кои се притворени од страна на суд или лишени од слобода по донесена пресуда и кои поради каква било причина се затворени некаде на друго место.²²⁰

²¹⁹Закон за извршување на санкциите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 2/2006; 57/2010; 170/2013 и 43/2014).

²²⁰ - Универзална декларација за човековите права, усвоена и објавена на 10ти Декември, 1948 година со Резолуција бр. 217 А (III) на Генералното Собрание на ООН („Universal Declaration of Human Rights“, G.A. res. 217A (III), U.N. Doc A/810 at 71 (1948).).

- **Меѓународен пакт за граѓански и политички права, усвоен и отворен за потпишување, ратификација и пристапување со Резолуција на Генералното Собрание на ООН број 2200А (XXI) од 16 декември 1966 година, а стапи во сила на 23 март 1976 година во согласност со член 49 (International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49).**

- **Конвенција против мачењето и другите свирепи, нехумани или понижувачки казни и постапки, усвоена и отворена за потпишување, ратификација и пристапување со Резолуција на Генералното Собрание на ООН број 39/46 од 10 декември 1984 година, а стапи во сила на 26 јуни 1987 година во согласност со член 27(1) (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984, entry into force 26 June 1987, in accordance with article 27 (1)).**

- **Кодекс за однесување на лицата одговорни за примена на Законот, усвоен од страна на Генералното Собрание на ООН со Резолуција број 34/169 од 17 декември 1979 година (Code of Conduct for Law Enforcement Officials, Adopted by General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979).**

Правата на лицата лишени од слобода, вклучително и на притворените лица, посебно се регулираат со следниве меѓународни документи: Стандардните минимални правила за постапување со затворениците(Нелсон Мендела Правила)(СМППЗ)²²¹ и со Европските затворски правила (ЕЗП).²²² Прашањата од пенитенцијарната област се третираат и со други инструменти на Советот на Европа, меѓу кои најзначајни се: конвенциите, потоа, препораките, прецедентното право на Европскиот суд за човекови права и стандардите на Европскиот комитет за спречување на тортура односно мачење, нечовечно и понижувачко постапување или казнување.

Стандардните минимални правила за постапување со затворениците (Нелсон Мендела Правила) спаѓаат во редот на првите и најстарите правила (мерки) што се однесуваат на постапувањето со лицата лишени од слобода. На идентичен начин тие се однесуваат и на лицата во притвор, против кои се води кривична постапка. Овие правила се широко прифатени поради нивната голема вредност и значење и заради нивното непосредно влијание врз развојот на казнената политика и пракса. Тие се прифатени од страна на голем број држави, најчесто се вградени и во националните законодавства, а се прифатени и во примената од страна на националните и меѓународните судови.²²³

Во настојувањето за прецизност и доследност во примената, тие ги одредуваат категориите на лица на кои се однесуваат.²²⁴ Така, Одделот С.се однесува на „Уапсени и притворени лица“. Во повеќе правила, во поединости се разработуваат условите под кои се спроведува притворот и начинот на постапување со притворените лица. Посебно се истакнува начелото на пресумпција на невиноста на притвореното лице, односно притвореното лице се смета за невино и со него треба да се постапува како со таков.²²⁵

Европските затворски правила се однесуваат на лица кои се притворени по налог на суд или лишени од слобода по донесена пресуда.

²²¹ Стандардни минимални правила за постапување со затворениците(Нелсон Мендела Правила).United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015 [on the report of the Third Committee (A/70/490)]. Accessed on 10.3.2017.

²²² Препорака Rec(2006)2 од страна на Комитетот на министри на државите членки на Советот на Европа во врска со Европските затворски правила, донесена од страна на Советот на Европа во 1950 година, (усвоени од Комитетот на министри на 11 јануари 2006 година на 952 средба на замениците министри). (Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies).

²²³ Арнаутовски, Љ. и Груевска-Дракулевски А. (2011) „Закон за извршување на санкциите: интегрален текст со предговор, кратки објаснувања и регистар на поимите со прилози“, Скопје: „Студиорум“—Центар за регионални истражувања и соработка.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ В. Правило бр.84.-93СМППЗ.

Европските затворски правила меѓудругото ги поставуваат основните принципи со кои се одредува правниот статус на осуденото лице за време на издржувањето на казната. Посебно се истакнува дека со сите лица лишени од слобода се постапува со почитување на нивните човекови права; лицата лишени од слобода ги задржуваат сите права кои не им се законито одземени со одлука со која се осудени или со која се задржуваат во притвор, а ограничувањата за лицата лишени од слобода треба да бидат минимум неопходни и сразмерни со легитимната цел поради која се наметнати. Затворските (и притворските) услови кои ги загрозуваат човековите права не можат да се оправдаат со недостаток на материјални средства, а животот во затвор (притвор) треба да биде што е можно посличен на позитивните аспекти на животот во заедницата.²²⁶

Европските затворски правила, по примерот на Стандардните минимални правила за постапување со затворениците (Нелсон Мендела Правила) на ООН, посебен дел посветуваат на „Притворени лица“, опфатени во седмиот дел од Правилата.

Во трудот понатаму е преку прегледот на меѓународната регулатива се врши критичка анализа на националната регулатива за извршувањето на мерката притвор, а исто така се анализира и положбата на притворените лица во Република Македонија. Имено, посебно се анализирани акутните проблемите со кои се соочува пенитенцијарниот систем во делот на извршувањето на мерката притвор, како и положбата на притворениците *de jure* и *de facto* и механизмите за заштита на правата на притворените лица.

²²⁶ Арнаудовски, Љ. и Груевска-Дракулевски А. (2011) „Закон за извршување на санкциите: интегрален текст со предговор, кратки објаснувања и регистар на поимите со прилози“, Скопје: „Студиорум“-Центар за регионални истражувања и соработка.

2. Извршувањето на мерката притвор согласно СМПЗ²²⁷ и ЕЗП²²⁸

Стандардни минимални правила за постапување со затворениците.²²⁹ Одделот С. од СМПЗ се однесува на „Уапсени и притворени лица“. Правилата ги дефинираат „притворениците“ како лица уапсени или затворени поради обвинение против нив, кои се задржани или во полиција или во притвор (затвор), но сèуште не им е судено и не се казнети.²³⁰ Посебно се истакнува начелото на пресумпција на невиност, како и фактот дека притворениците треба да уживаат посебен режим.²³¹

Во однос на сместувањето, се истакнува дека притворениците треба да бидат одделени од осудените затвореници, додека пак, младите притвореници треба да бидат одделени од возрасните и во принцип треба да бидат затворени во посебни установи.²³² Понатаму, притворените лица треба да се сместат во посебни соби за ноќевање, со исклучок на различни локални обичаи со оглед на климата.²³³

Што се однесува до исхраната, согласно ограничувањата заради одржување на редот во установата, притворените лица може, доколку сакаат, да си ја обезбедат храната однадвор на свој трошок, или преку администрацијата или преку нивното семејство и пријателите. Во спротивно, администрацијата треба да им обезбеди храна.²³⁴

На притвореното лице треба да му се дозволи да носи сопствена облека доколку таа е чиста и пристojна. Ако притвореното лице носи затворска униформа, таа мора да се разликува од униформата на осудените лица.²³⁵

На притвореното лице секогаш треба да му се понуди можност да работи, но не може да се бара од него да работи. Доколку одлучи да работи, треба да биде платен за тоа.²³⁶

²²⁷ Стандардни минимални правила за постапување со затвореници (усвоени на првиот конгрес на Обединетите нации за превенција на криминалитет и третман на сторители на казнени дела, одржан во Женева во 1955 година и одобрени од страна на економскиот и социјален совет со резолуциите 663 С (XXIV) од 31 јули 1957 година и 2076 (LXII) од 13 мај 1977 година.

²²⁸ Европски затворски правила (Препорака Rec(2006)2 на Комитетот на министри на државите членки) (усвоени од Комитетот на министри на 11 јануари 2006 година на 952 средба на замениците министри).

²²⁹ United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015 [on the report of the Third Committee (A/70/490)]. Accessed on 10.3.2017.

²³⁰ В. Правило 111. (1) СМПЗ.

²³¹ В. Правило 111. (2), (3) СМПЗ.

²³² В. Правило 112 СМПЗ.

²³³ В. Правило 113 СМПЗ.

²³⁴ В. Правило 114 СМПЗ.

²³⁵ В. Правило 115 СМПЗ.

²³⁶ В. Правило 116 СМПЗ.

Понатаму, на притвореното лице треба да му се дозволи на свој трошок или на трошок на трети лица да набавува книги, весници, потребен прибор за пишување и други средства за занимација кои се соодветни со интересите на судската администрација и безбедноста и редот на установата.²³⁷

Во поглед на контактите со надворешниот свет и здравствената заштита, на притвореното лице треба да му се дозволи да прима посети и да биде лекуван од страна на својот лекар или стоматолог доколку постои основана причина за тоа и доколку тој е во можност да ги плати направените трошоци.²³⁸

Секој притвореник има право веднаш да биде информиран за причините за неговото притворање и за сите обвиненија против него или неа. Доколку притвореникот нема бранител по свој избор, тој или таа има право да има бранител кој му е доделен од судски или друг орган во сите случаи кога интересите на правдата го бараат тоа и без надоместок од страна на притвореникот ако тој или таа немаат доволно средства за плаќање. Одбивањето на пристап до бранител е предмет на независно преиспитување без одлагање.²³⁹

Правата и модалитетите со кои се регулира пристапот на притвореникот во притвор до неговиот или нејзиниот бранител или давател на правна помош за целите на неговата или нејзината одбрана се регулираат со истите принципи како што е наведено во правило 61. На притвореникот, на барање, му се обезбедува материјал за пишување за изготвување на документи поврзани со неговата одбрана, вклучувајќи и доверливи упатства за неговиот правен советник или давател на правна помош.²⁴⁰

Европски затворски правила.²⁴¹ По примерот на Нелсон Мендела Правилатана ООН, ЕЗП посебен дел посветуваат на „Притворени лица“, опфатени во седмиот дел од Правилата.

Така, во смисла на одредбите од ЕЗП, притворени лица се затвореници на кои им е одреден притвор од страна на судската власт до судењето, осудата или изрекувањето на пресудата. Државата може да одреди, затворениците кои се осудени и на кои им е изречена казна, да се сметаат за притворени лица доколку сеуште не е постапено по нивните жалби.²⁴²

²³⁷ В. Правило 117 СМППЗ.

²³⁸ В. Правило 118 СМППЗ.

²³⁹ В. Правило 119 СМППЗ.

²⁴⁰ В. Правило 120 СМППЗ.

²⁴¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies).

²⁴² В. Правило 94 ЕЗП.

Во однос на постапувањето со притворените лица, во правилата се истакнува дека врз режимот кој се применува на притворените лица, не треба да има влијание можноста дека тие во иднина би можеле да бидат осудени за кривично дело. Правилата од овој дел предвидуваат дополнителни обезбедувања за притворените лица. Во постапувањето со притворените лица, властите треба да се раководат од правилата што важат за сите затвореници и да им дозволат на притворените лица да учествуваат во разни активности предвидени со овие правила.²⁴³

ЕЗП содржат и посебни правила за сместување на притворените лица. Имено, на притворените лица, во мера во која е можно, треба да им биде дадена можност за сместување во посебни ќелии, освен кога тие може да имаат корист од заедничко сместување со другите притворени лица или доколку судот не донесе одлука за посебните услови за сместување на одредено притворено лице.²⁴⁴

На притворените лица треба да им е дозволено да носат своја лична облека доколку е соодветна за носење во затвор. На притворените лица кои немаат соодветна лична облека, треба да им се обезбеди облека која нема да биде иста како униформите што ги носат затворениците.²⁴⁵

Притворените лица треба јасно да бидат запознаени со нивното право на правна помош. На притворените лица треба да им се обезбедат сите потребни услови да ја подготват нивната одбрана и да се состанат со нивните правни застапници.²⁴⁶

Одредбите што се однесуваат на контакт со надворешниот свет, предвидуваат дека, освен доколку постои посебна забрана за одреден временски период донесена од страна на судски орган, во одреден предмет, на притворените лица треба да им биде дозволено: а. да примаат посети и да комуницираат со семејството и со други лица на ист начин како и затворениците; б. да примаат дополнителни посети и да имаат дополнителен пристап до другите облици за комуникација; с. да имаат пристап до книги, весници и други медиуми.²⁴⁷

На притворените лица треба да им биде понудено да работат, но тоа не треба да се бара од нив. Доколку притворените лица одберат да

²⁴³ В. Правило 95 ЕЗП.

²⁴⁴ В. Правило 96 ЕЗП.

²⁴⁵ В. Правило 97 ЕЗП.

²⁴⁶ В. Правило 98 ЕЗП.

²⁴⁷ В. Правило 99 ЕЗП.

работат, сите одредби од правилото 26 од ЕЗП треба да се применуваат за нив, вклучително и оние што се однесуваат на надоместокот.²⁴⁸

Доколку притворено лице бара да му биде дозволено врз него да се примени режимот за затвореници, затворската управа треба да го одобри тоа барање во мера во која е тоа можно.²⁴⁹

3. Извршувањето на мерката притвор согласно извршното казнено право на Република Македонија

Прашањата за притворот, и тоа, основите за определување притвор, органот надлежен за определување притвор во претходна постапка, елементите на решението за притвор, изведувањето на лицето пред судија и определување бранител, доставувањето на решението за притвор и правото на жалба, краткотраен притвор, траење на притворот во истражната постапка, траење на притворот по одобрување на обвинителниот акт, укинување на притворот и притвор по објавување на пресудата, се уредени со членовите 164-174 од Законот за кривичната постапка и не се предмет на анализа во овој труд.

ЗКП во членовите 175-180 ја уредува постапката со притворениците. Куќниот ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите е пропишан со Правилникот за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите.²⁵⁰

3.1.Притворски одделенија во затворите во Република Македонија

Согласно домашната регулатива мерката притвор се извршува во притворските одделенија на затворите во Република Македонија. Лицата со изречена мерката притвор (притворените лица) мерката ја издржуваат во одделни простории на затворот (притворски одделенија).²⁵¹ Лицата кои се наоѓаат во притвор се одвојуваат од лицата кои ја издржуваат казната затвор.²⁵²

Согласно Решението за распоредување на осудените, казнетите и малолетните лица во казнено-поправните и воспитно-поправните

²⁴⁸ В. Правило 100 ЕЗП.

²⁴⁹ В. Правило 101 ЕЗП.

²⁵⁰ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 1.

²⁵¹ *Ibid.*, член 2.

²⁵² В. член 40 ЗИС.

установи²⁵³ мерката притвор се извршува во: Затвор Битола, Затвор Прилеп, Затвор Гевгелија, Затвор Охрид, Затвор Скопје, Затвор Куманово, Затвор Тетово и во Затвор Струмица.²⁵⁴

3.1.1. Положба на притворените лица *de jure*²⁵⁵

Положбата на притвореното лице за време на издржувањето на казната затвор може да се согледа преку *дефинираните права, должности и дисциплински одговорности*.

Современите пенитенцијарни системи, како и нашиот, на притворените лица со закон им гарантираат права што не смеат да бидат повредени и им одредуваат обврски чие исполнување не ја деградира нивната личност.

Постапка со притворениците. Sprema притворените лица се постапува согласно ратификуваните меѓународни конвенции, уставните и законски одредби кои го регулираат правниот статус на притворениците.²⁵⁶

Sprema притворените лица се постапува со почитување на личноста и достоинството. Sprema притвореното лице може да се применуваат само ограничувања што се потребни да се спречи бегството и договор што би можел да биде штетен за успешното водење на

²⁵³Решение за распоредување на осудените, казнетите и малолетните лица во казнено – поправните и воспитно – поправните установи („Службен весник на Република Македонија“ бр.84/2008).

²⁵⁴Така, во **Затвор Битола** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови Битола, Кичево и Ресен. Во **Затвор Прилеп** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови Крушево и Прилеп. Во **Затвор Гевгелија** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови Гевгелија, Кавадарци и Неготино. Во **Затвор Охрид** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови Дебар, Охрид и Струга. Во **Затвор Скопје** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови Велес и Скопје 1, како и лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на сите основни судови во Републиката за кривични дела за кои е пропишана казна затвор од најмалку 10 години или доживотен затвор. Во **Затвор Куманово** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови: Кратово, Крива Паланка и Куманово. Во **Затвор Тетово** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови Гостивар и Тетово. Во **Затвор Струмица** се упатуваат лица спрема кои е определен притвор од подрачјето на основните судови: Берово, Вница, Делчево, Кочани, Радовиш, Свети Николе, Струмица и.

²⁵⁵За ова, в. повеќе: Арнаудовски, Љ./ Груевска-Дракулевски, А. (2013) „Пенологија (прв и втор дел)“, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, „2 Август С Штип“, Скопје.

²⁵⁶В. Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 3; В. правило бр. 84-93 СМППЗ и в. правило бр. 94-101 ЕЗП; За малолетници во притвор в. правило бр.85.(2) СМППЗ и правило бр. 11.1-11.2 и 35.1-35.4 ЕЗП.

постапката.²⁵⁷ При извршување на мерката притвор се чува телесното и душевното здравје на притвореното лице, при тоа водејќи сметка да се одржи редот и дисциплината во затворот, а да не се повреди достоинството на притвореното лице.²⁵⁸

Прием на притворени лица. Притворено лице може да се прими односно задржи во затвор само врз основа на решение донесено од страна на надлежен суд со кое е одредена или продолжена мерката притвор.²⁵⁹

За приемот на притвореното лице се издава писмена потврда од страна на овластено службено лице, во која ќе се внесе датумот и часот на примањето.²⁶⁰

При приемот во досието се внесуваат податоците за притвореното лице.²⁶¹ При прием притворените лица се запознаваат со куќниот ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија во затворите.²⁶²

Личен претрес на притвореното лице. Личниот претрес на притвореното лице го врши службено лице од исти пол, а на претресот задолжително присуствуваат две службени лица од исти пол како и притвореното лице.²⁶³

Лекарски преглед на притвореното лице. При прием на притвореното лице се врши лекарски преглед од страна на затворски лекар. Во случај кога кај притвореното лице ќе се констатираат било какви повреди предизвикани со примена на физичка сила или средства за присилба или други знаци на физичко и психичко насилство, затворскиот лекар составува записник со детален опис на повредите и заклучок за начинот и средствата со кои се нанесени повредите. За констатираните повреди, затворскиот лекар веднаш го известува директорот на затворот кој веднаш по писмен пат го известува надлежниот јавен обвинител.²⁶⁴

Известување на семејството. Судот е должен во рок од 24 часа за притворувањето да го извести семејството на притвореното лице, освен ако лицето се противи на тоа..²⁶⁵

Дневни активности на притворените лица. Распоредот на дневните активности на притворените лица во работни, неработни или празнични денови се уредува со дневниот распоред на затворот.²⁶⁶

²⁵⁷ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 176.

²⁵⁸ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 4.

²⁵⁹ *Ibid.*, член 6.

²⁶⁰ *Ibid.*, член 7.

²⁶¹ *Ibid.*, член 8.

²⁶² *Ibid.*, член 16.

²⁶³ *Ibid.*, член 9.

²⁶⁴ *Ibid.*, член 10.

²⁶⁵ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 175.

²⁶⁶ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 40.

Предметите за лична употреба. Притвореното лице од предметите за лична употреба може да задржи: облека, долни алишта, сопствена постелнина, нужен прибор за лична хигиена (четкиче за заби, сапун, пешкир, шамивчиња, чорапи, чешел), очила, како и да набавува на сопствен трошок: храна, книги, весници и други работи што одговараат на неговите редовни потреби, доколку тоа не би било штетно за успешно водење на постапката. На притвореното лице му се одземаат ножеви, ножици, прибор за бричење, ремен, врвки од обувки, други опасни предмети кои би можеле да нанесат телесни повреди и да го загрозат сопствениот живот или животот на другите лица, скапоцени предмети и парични средства.²⁶⁷

Сместување на притворени лица. Притворените лица се сместуваат во посебни одделенија во затворот одвоено од осудените лица. Во зависност од расположливите капацитети за сместување, директорот на затворот или овластено службено лице ги распоредува притворените лица во притворското одделение на затворот. Во текот на траењето на мерката притвор од безбедносни причини, притвореното лице може да се преместува од просторија во просторија.²⁶⁸

Во иста просторија не можат да бидат затворени лица кои не се од ист пол. По правило, во иста просторија не можат да се сместуваат лица кои учествувале во извршување на исто кривично дело ниту лица кои се на издржување казна со лица во притвор. Ако е тоа можно, лицата кои сториле кривично дело во поврат нема да се сместуваат во иста просторија со други лица лишени од слобода врз кои би можеле штетно да влијаат. Притвореното лице има право да бара притворот да го издржува во индивидуална просторија.²⁶⁹

Облека и постелнина на притвореното лице. Притвореното лице може да носи сопствена облека под услов да е чиста и уредна, како и да користи своја постелнина.²⁷⁰ **Лична хигиена на притвореното лице.** При прием на притвореното лице ќе му се овозможи капење, а доколку има потреба неговата облека и предмети ќе се дезинфицираат.²⁷¹

Затворскиот лекар редовно врши контрола на хигиената на притворените лица и просторите во кои тие престојуваат.²⁷²

²⁶⁷ *Ibid.*, член 11.

²⁶⁸ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 13.

²⁶⁹ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 176.

²⁷⁰ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 15.

²⁷¹ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 18.

²⁷² Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 21.

Исхрана на притвореното лице. Притворените лица добиваат бесплатна храна. Контролата на квалитетот на храната редовно ги врши затворскиот лекар.²⁷³

Притвореното лице има право да се храни на свој трошок.²⁷⁴ Храна може да доставува и неговото семејство, како и други лица со одобрение од надлежниот суд. Кога притвореното лице прима храна и безалкохолни пијалоци од неговото семејство или други лица, може да прими само храна и безалкохолни пијалоци кои се индустриски спакувани со декларација во пластична амбалажа, а не подготвени во домашни услови, спакувани во тетрапак, стаклена амбалажа или лимена амбалажа.²⁷⁵

Притворените лица не може да примаат или да набавуваат алкохолни пијалоци.²⁷⁶

Одмор на притвореното лице. Притвореното лице има право на осумчасовен непрекинат одмор во време од 24 часа. Покрај тоа нему ќе му се обезбеди движење на отворен простор во затворот најмалку два часа дневно.²⁷⁷

На притворените лица им се овозможува да вршат физички и рекреативни активности во рамки на можностите на притворското одделение на затворот, но не за сметка на времето кое притворените лица го поминуваат на свеж воздух.²⁷⁸

Во секоја просторија притворените лица може да имаат еден радио приемник и еден ТВ приемник на принцип на централно вклучување и исклучување, со големина на екран најмногу 20 инчи, односно 51 сантиметар.²⁷⁹

Работа на притвореното лице. Ако притвореното лице бара да работи судијата на претходна постапка, односно претседателот на советот, во спогодба со управата на затворот, може да дозволи тој да работи во кругот на затворот на работи што одговараат на неговите психофизички особености, под услов тоа да не е штетно за водењето на постапката. Начинот на примањето и распоредувањето на притворените во затворите, како и организирањето на работата на притвореното лице ги пропишува министерот за правда.²⁸⁰

²⁷³*Ibid.*, член 27.

²⁷⁴ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 177.

²⁷⁵ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 28.

²⁷⁶ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 30.

²⁷⁷ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 177.

²⁷⁸ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 31.

²⁷⁹*Ibid.*, член 32.

²⁸⁰ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 177.

Здравствена заштита на притвореното лице. Затворскиот лекар се грижи за здравствената состојба на притворените лица. Секое притворено лице има здравствен картон во кој при приемот, во текот на извршувањето на мерката притвор и при отпуштањето се внесуваат сите податоци за неговата здравствена состојба.²⁸¹

Притвореното лице може да набавува лекови на сопствен трошок преку своето семејство или други лица. Лековите се прегледуваат и одобруваат од страна на затворскиот лекар.²⁸²

Посети. По одобрение на судијата на претходната постапка во текот на истражна постапка и по негов надзор или под надзор на лице кое тој ќе го определи, притвореното лице, во границите на куќниот ред, можат да го посетуваат блиски роднини, а по негово барање - лекар и други лица. Шефови на дипломатско-конзуларните претставништва во Република Македонија по одобрение на судијата на претходната постапка кој ја спроведува истражната постапка имаат право да го посетуваат и без надзор и да разговараат со притвореното лице државјанин на нивната држава. Одобрение за посета се бара преку Министерството за правда. Народниот правобранител на Република Македонија, претставниците на Европскиот комитетот за превенција од тортура или понижувачко однесување или казнување на Советот на Европа, претставниците од Поткомитетот за превенција од тортура и друг вид нечовечно постапување или казнување при Комитетот за спречување на тортурата при Организацијата на Обединетите нации имаат право без дозвола и одобрение да ги посетуваат и без надзор да разговараат со притворени лица. Претставници на Меѓународниот комитет на црвениот крст имаат право по одобрение на судијата на претходната постапка да ги посетуваат и без надзор да разговараат со притворените лица.²⁸³

Посетите на притворените лица се извршуваат во за тоа посебно одредени простории опремени така што се овозможува визуелен и слушен контакт на притвореното лице и посетителот, но ќе се спречи непосреден физички контакт. Посетата на притвореното лице може да биде во траење од 30 до 60 минути, а по одобрение на директорот на затворот посетата може да трае и подолго.

Бранителот може со притвореното лице слободно и без надзор да се допишува и да разговара. По исклучок, судијата на претходната постапка ова право може да го подложи само на визуелен надзор ако притворот е одреден по основ дека постои основан страв дека ќе ги сокрие, фалсификува или уништи трагите на кривичното дело или ако особени околности укажуваат дека ќе ја попречува кривичната постапка со

²⁸¹ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 17.

²⁸² *Ibid.*, член 26.

²⁸³ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 178.

влијание врз сведоците, вештаците, соучесниците или прикривачите, а постои веројатност дека обвинетиот ќе ги злоупотреби контактите со бранителот.²⁸⁴

Допишување. Притвореното лице може да се допишува со лица надвор од затворот со знаење и под надзор на органот што ја спроведува истражната постапка. Овој орган може да забрани испраќање и примање писма и други пратки штетни за водењето на постапката. Испраќањето на молба, поплака или жалба не може никогаш да се забрани.²⁸⁵

Телефонски разговори. По одобрение на надлежниот суд, притворените лица може да остваруваат телефонски разговори на претходно одобрени телефонски броеви.²⁸⁶

Примање пратки. Сите писмени пратки што ги испраќа или прима притвореното лице, управата на затворот ги праќа до судот што ја води постапката и постапува по одлуката на судот. При предавањето на поштата до судот се наведува денот на приемот на пратката. Сите пратки што притвореното лице ги прима и испраќа се евидентираат во соодветна документација за притворени лица.²⁸⁷

Притвореното лице може да прима пакети со тежина до 5кг²⁸⁸ пакетите се прегледуваат пред да бидат врачени на притвореното лице.²⁸⁹

Дисциплинска и материјална одговорност на притвореното лице. Притворените лица во текот на издржување на мерката притвор се придржуваат на наредбите на директорот на затворот и припадниците на секторот за обезбедување, а при тоа почитувајќи ги одредбите од Правилникот за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите.²⁹⁰

Притворените лица внимателно го чуваат инвентарот во просторијата каде што престојуваат. За секое намерно оштетување на инвентарот, штетата се наплаќа од притвореното лице.²⁹¹

Непочитувањето на одредбите од Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите и на наредбите на директорот на затворот и секторот за обезбедување претставува дисциплински престап. За секој дисциплински престап на притворените лица, директорот на затворот во рок од три дена го известува судот што ја води постапката.²⁹²

²⁸⁴ *Ibid*, член 80

²⁸⁵ *Ibid*, член 178.

²⁸⁶ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 35.

²⁸⁷ *Ibid*, член 36.

²⁸⁸ *Ibid*, член 37.

²⁸⁹ *Ibid*, член 38.

²⁹⁰ *Ibid*, член 41.

²⁹¹ *Ibid*, член 42.

²⁹² *Ibid*, член 45.

За дисциплински престапи на притвореното лице судијата на претходната постапка, односно претседателот на советот може да изрече дисциплинска казна ограничување на посети. Ова ограничување не се однесува на комуникацијата на притвореното лице со бранителот. Против решението за казната е дозволена жалба до советот составен од тројца судии на надлежниот суд во рок од 24 часа од часот на приемот на решението. Жалбата не го задржува извршувањето на решението.²⁹³

Бегство на притворено лице. Во случај на бегство на притворено лице, директорот на затворот веднаш го известува Министерството за внатрешни работи и судот што ја води постапката.²⁹⁴

Средства за присилба. Средствата за присилба и посебни мерки за одржување на редот и безбедноста, овластено службено лице може да употреби единствено под услови пропишани со закон.²⁹⁵

Надзор над притворениците. Надзор над притворениците врши претседателот на надлежниот првостепен суд.²⁹⁶

Спровод и отпуштање од притворското одделение на затворот. Спровод на притворено лице се врши само по писмен налог од судот што ја води постапката. Спровод на притворено лице вршат припадници од секторот за обезбедување на затворот. Налогот за спровод се чува во соодветна документација за притворени лица до завршување на постапката.²⁹⁷

Отпуштање на притвореник. Отпуштањето на притвореното лице се врши по правосилно решение од судот што ја води постапката. Управата на затворот го отпушта притвореното лице по приемот на решението во определеното време. Отпуштањето на притвореното лице се евидентира во соодветна документација за притворени лица.²⁹⁸

При отпуштање на притвореното лице се врши лекарски преглед од страна на затворски лекар. Прегледот се евидентира во соодветна документација за притворени лица.²⁹⁹

При отпуштањето на притвореното лице му се предаваат сите одземени предмети и паричните средства чувани како депозит. За предадените одземени предмети, управата на затворот издава потврда која се потпишува од притвореното лице и од овластено службено лице.³⁰⁰

²⁹³ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 179.

²⁹⁴ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 46.

²⁹⁵ *Ibid.*, член 47.

²⁹⁶ **Закон за кривичната постапка** („Службен весник на Република Македонија“ бр.150/2010), член 180.

²⁹⁷ Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 101/2011), член 48.

²⁹⁸ *Ibid.*, член 49.

²⁹⁹ *Ibid.*, член 50.

³⁰⁰ *Ibid.*, член 51.

Преместување на притвореник. Кога притвореното лице се преместува во притворско одделение на друг затвор, во соодветната документација за притворени лица се евидентира називот на судот што го издал налогот, број и датум на налогот, кога и во кој затвор е упатено притвореното лице³⁰¹

Известување за смрт на притвореник. Во случај на смрт на притворено лице од страна на директорот на затворот веднаш се известува министерството за правда, судот што ја води постапката, надлежниот јавен обвинител и семејството на починатото лице. По констатираните причини за смртта од страна на судот, починатото лице се предава на неговото семејство. Во случај кога починатото лице нема семејство или од било која причина семејството не сака да го изврши закопот, трошокот за закопот паѓа на товар на судот што ја води постапката. Предметите на починатото лице се предаваат на неговото семејство. За смртта на притвореното лице, затворот писмено го известува надлежниот орган за водење на матична евиденција.³⁰²

3.1.2. Положба на притворените лица *de facto* (резултати од истражувањето, анализа и дискусија)

Податоците за извршувањето на мерката притвор во Република Македонија се доста оскудни. Сепак, преку извештаите на Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување (КПТ)³⁰³ и Националниот превентивен механизам (НПМ) при Народниот правобранител,³⁰⁴ како и Годишните извештаи на Управата за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено-поправните и воспитно-поправните установи во Република Македонија,³⁰⁵ може да се согледаат проблемите со кои се соочува пенитенцијарниот систем во однос на извршувањето на мерката притвор во нашата земја.

Од големо значење за заштита на правата на осудените и притворените лица се превентивните посети што ги вршат Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечко или понижувачко

³⁰¹ *Ibid.*, член 52.

³⁰² *Ibid.*, член 53.

³⁰³ European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) <http://www.cpt.coe.int/en/>.

³⁰⁴ Национален превентивен механизам (НПМ) http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam.aspx

³⁰⁵ Годишни извештаи на Управата за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено-поправните и воспитно-поправните установи во Република Македонија (2008, 2009, 2010, 2011, 2012 и 2013 година). <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=godizv>.

постапување или казнување (КПТ)³⁰⁶ и Националниот превентивен механизам (НПМ)^{307/308} при Народниот правобранител.³⁰⁹

Од анализата на извештаите генерален заклучок е дека независно од тоа што на притворените лица со закон и со меѓународни документи им се гарантираат права што не смеат да бидат повредени и им се одредуваат обврски чие исполнување не ја деградира нивната личност, сепак, во пракса постои дискрепанца помеѓу положбата на притворениците *de jure* и *de facto*.

Клучните проблеми со кои се соочува нашиот пенитенцијарен систем во однос на извршувањето на мерката притвор се: пренатрупаност (пренаселеност) на притворските одделенија во затворите; субстандардни услови во притворските одделенија на затворите, несоодветен режим за притворените лица, несоодветно постапување со притворените лица од страна на затворскиот персонал, несоодветна исхрана, несоодветна здравствена заштита на притворениците, несоодветна кадровска екипираност на притворските одделенија, итн.

³⁰⁶European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) <http://www.cpt.coe.int/en/>. КПТ организира посети на места во кои лицата се лишуваат од слобода, со цел да се оцени како се постапува со лицата лишени од слобода. Овие места вклучуваат затвори, центри за лишување од слобода на малолетници, полициски станици, центри за сместување имигранти, психијатриски болници, центри за социјална заштита, итн. Делегациите на КПТ имаат неограничен пристап до институциите во кои се сместуваат лица лишени од слобода и имаат право да се движат низ нив без ограничување. По секоја посета, КПТ испраќа детален извештај за засегнатата држава. (<http://www.cpt.coe.int/en/about.htm>).

³⁰⁷Република Македонија го потпиша Факултативниот протокол кон Конвенцијата против тортура на 01.09.2006 година, додека Собранието на Република Македонија го ратификуваше истиот протокол на 30.12.2008 година, со што го назначи Народниот правобранител да дејствува како Национален превентивен механизам (НПМ) во Република Македонија чија основна задача е превенција од тортура и други вид сурово, нечовечно и понижувачко постапување или казнување.

³⁰⁸Националниот превентивен механизам (НПМ) согласно Факултативниот протокол кон Конвенцијата против тортура и друг вид на сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување е национално тело кое редовно го испитува постапувањето кон лицата лишени од слобода со цел зајакнување, ако е потребно, на нивната заштита од тортура и од друг вид на сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување. http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam/npm_vo_rm.aspx

³⁰⁹За да може Националниот превентивен механизам да ги спроведе во практика своите надлежности, ОПКАТ во член 20 на НПМ-от му дава овластувања за: а) пристап до сите информации што се однесуваат на бројот на лица лишени од слобода како што е дефинирано во член 4, како и до бројот на места и нивни локации; б) пристап до сите информации што се однесуваат на постапувањето со тие лица, како и на условите на нивното лишување од слобода; в) пристап до сите места на лишување од слобода и нивните инсталации и објекти; г) можност за разговори без надзор со лицата лишени од слобода, без сведоци и тоа или лично или со преведувач, ако тоа се смета за неопходно, како и со кое било друго лице за кое националните превентивни механизми имаат мислење дека може да даде релевантни информации; д) слобода да ги избере местата кои сака да ги посети и лицата со кои сака да разговара; е) слобода да контактира со ПКТ, на истиот да му испраќа информации и со истиот да одржува состаноци.

Во продолжение на трудот е даден кус осврт врз позначајните актуелни и акутни проблеми на пенитенцијарниот систем во делот на извршувањето на мерката притвор што за последица има кршење на правата на притворениците загарантирани со меѓународните документи и со националната легислатива.

Пренатрупаност (пренаселеност) на притворските одделенија во затворите. Согласно Годишните извештаи на Управата за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено-поправните и воспитно-поправните установи во Република Македонија,³¹⁰ евидентно е дека во РМ бројот на притворени лица го надминува бројот на просторните капацитети.

За илустрација во Табела 1. е даден бројот на притворени лица кои издржувале мерка притвор во текот на 2015 година според установата во која ја издржувале мерката притвор. Од анализата на податоците може да се заклучи дека во одредени притворски одделенија во затворите има проблем на пренатрупаност. Колку за илустрација, во Затвор Битола и во Затвор Тетово е забележана константна пренатрупаност во притворските одделенија.

Табела 1. Број на притворени лица кои издржувале мерка притвор во текот на 2015 година според установата во која ја издржувале мерката притвор

2015	Прв квартал 31.4.2014			Втор квартал 31.8.2014			Трет квартал 31.12.2014		
	мажи	жени	малолетни лица	мажи	жени	малолетни лица	мажи	жени	малолетни лица
Затвор Скопје	293	4	2	267	6	0	235	4	2
Затвор Куманово	19	0	0	26	0	0	28	0	0
Затвор Тетово	17	0	0	18	0	0	14	0	0
Затвор Битола	12	0	0	17	0	0	11	0	0
Затвор Прилеп	17	0	0	13	0	0	19	0	0
Затвор Гевгелија	2	0	0	2	0	0	0	0	0
Затвор Охрид	7	0	0	8	0	0	7	0	0
Вкупно	367	4	2	351	6	0	314	4	2

Извор: Управа за извршување санкции

³¹⁰Годишни извештаи на Управата за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено-поправните и воспитно-поправните установи во Република Македонија (2008, 2009, 2010, 2011, 2012 и 2013 година). <http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=godizv>.

Во однос на проблемот на пренатрупаноста и Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување во последниот извештај³¹¹ се истакнува: „КПТ ја повторува својата препорака да се направи напор за да се намали стапката на пренатрупаност на ќелиите во притворското одделение на Затворот Скопје со цел да им се обезбеди на сите притвореници сместени во ќелии со повеќе лица да имаат најмалку по 4m² простор за живеење.“³¹² Имено, делегацијата забележала дека „многу од ќелиите се преполни (на пример, четири притвореници во 11.5m²).“³¹³

Во иста насока се и констатациите и забелешките што ги упатува и НПМ. Имено, при последователна посета НПМ утврдил дека во притворското одделение во Затвор Скопје состојбата воопшто не е променета и се уште постои преполнетост. Имено, при последователната посета била затекната состојба на просторија во која биле сместени 12 притворени лица, а во неа има само еден санитарен чвор. НПМ забележал две лица кои немаат сопствени кревети и биле сместени да ноќеваат на душек поставен на подот (од кои едното било малолетно лице). Според НПМ, „загрижувачка е состојбата со старото крило Б во кое има сместени и по 10 лица во една просторија, ..., сепак очигледно е дека преполнетоста доведува до лоши услови за престој, слаба вентилација, недоволно воздух, како и нехигиена во самите простории.“³¹⁴

Субстандардни услови во притворските одделенија на затворите. Најзначајните забелешки што се упатуваат на притворските одделенија во затворите се токму субстандардните услови. Така, во последниот извештај³¹⁵ на Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување³¹⁶ се истакнува: „Забележаните недостатоци во минатото и натаму остануваат, како што е продорна влага во ќелиите, малку природна светлина, несоодветно вештачко осветлување, минимална вентилација, свона за повикување што не функционираат и многу лоша хигиена. Покрај тоа,

³¹¹ Напомена: последната посета е спроведена во периодот 7-17 октомври 2014 година, но до денот на пишување на трудот сеуште не е објавен Извештајот од посетата. ПИНКЕ ОВА МОЖЕ ДА СЕ ПРОВЕРИ???

³¹² В. извештај на КПТ, 2011: <http://www.cpt.coe.int/en/states/mkd.htm>, стр.19.

³¹³ *Ibid.*, стр.19.

³¹⁴ В. извештај на НПМ, 2013:

http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam/izveshtai/godishni_izveshtai.aspx, стр.49-50.

³¹⁵ Напомена: последната посета е спроведена во периодот 7-17 октомври 2014 година, но до денот на пишување на трудот сеуште не е објавен Извештајот од посетата.

³¹⁶ Делегација на Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување (КПТ) изврши посета на Република Македонија во периодот 7-17 октомври 2014 година. Тоа е динаесеттата посетата на КПТ во нашата земја. Извештајот дополнително треба да биде објавен. <http://www.cpt.coe.int/documents/mkd/2014-10-23-eng.htm>

многу од ќелиите се преполни (на пример, четири притвореници во 11.5m²). Ќелиите во крилото „Ц“ се во особено трошна состојба и преполни се со инсекти. Исто така, беа добиени многу наводи од притворениците дека морале неколку ноќи да спијат на душеци на подот кога прв пат пристигнале во затворот.³¹⁷

Оттука, КПТ забележува дека „... на секој притвореник треба да му се обезбеди сопствен кревет. Покрај тоа, на сите притвореници треба да им бидат обезбедени соодветни количини на производи за хигиена и да имаат секојдневно пристап до топла вода, а ќелиите треба соодветно да се загреваат. На притворениците треба да им биде дозволено да носат рачен часовник и биде дозволено огледало во ќелиите.“³¹⁸

Понатаму, „Делегацијата забележа дека на притворениците сеуште не им се обезбедени потребните средства за чистење и за одржување на соодветна состојба на хигиена во нивните ќелии.“³¹⁹

Според извештаите на Националниот превентивен механизам при Народниот правобранител, конкретно според извештајот од 2013 година, во **Воспитно-поправниот дом Тетово** биле констатирани субстандардни услови. „Иако и претходно беа констатирани субстандардни услови во Воспитно-поправниот дом Тетово, при последната посета НПМ утврди декалицата се сместени во стари притворски простории кои немаат грееење, вентилација, во истите се наоѓаат и санитарните јазли, а влагата е над дозволениот максимум, односно повеќе од 70% во просториите каде ноќеваат штитениците. Заради затекнатите состојби НПМ достави барање за преземање на итни мерки со кои ќе се подобрат условите на установата.“³²⁰

Лицата во притвор се жалеле на условите во кои се наоѓаат, дека истите немаат постелнина, креветите се стари, а просториите недоволни за сместување на повеќе лица.³²¹

Несоодветен режим за притворениците. Во врска со активностите што им се нудат на притворениците, КПТ во Извештајот констатира дека „исто така, нема подобрување во однос на режимот што им се нуди на притворениците во притворските одделенија во **Затвор Скопје** и **Затвор Тетово**. Затворениците се затворени во нивните ќелии по 23 или повеќе часови секој ден, во период до две години. Не се нудат никакви активности на притворениците; дури и импровизираната соба за вежбање во Затворот Скопје повеќе не е на располагање бидејќи опремата е

³¹⁷ В. извештај на КПТ, 2011: <http://www.cpt.coe.int/en/states/mkd.htm>, стр.19.

³¹⁸ *Ibid.*, стр.19.

³¹⁹ *Ibid.*, стр.19.

³²⁰ В. извештај на НПМ, 2013:

http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam/izveshtai/godishni_izveshtai.aspx, стр.49.

³²¹ *Ibid.*, стр.54.

очигледно скршена. Сепак, треба да се напомене дека неодамна усвоениот Правилник за куќен ред за извршување на мерката притвор во притворските одделенија на затворите³²² дава можност да биде инсталирани телевизори во секоја ќелија. Спроведувањето на оваа одредба значително ќе го подобри животот за притворениците.³²³

„КПТ ги повикува националните власти да ги преземат сите неопходни чекори за да обезбедат образовни, културни и спортски активности за лицата во притвор со цел да им се овозможи да поминуваат разумен дел од денот надвор од ќелиите. Понатаму, одредбата од Правилникот за телевизори сега треба да се спроведува.“³²⁴

Што се однесува до малолениците кои се во притвор во **Затворот Скопје**, јасно е од наодите на делегацијата, дека не е преземена никаква акција за овие правила да се применуваат на приворениците малолетни лица во затворот Скопје.³²⁵

„КПТ препорачува националните власти да преземат конкретни чекори за да се осигура дека на малолетниците кои се во притвор во затворот Скопје или во други затвори им се нудат образовни и рекреативни активности, кои ги земаат предвид специфичните потреби на нивната возрасна група. Физичкото образование треба да биде застапено со најголем дел во таа програма. Се разбира, препораката од став 30 што се однесува на материјалните услови во притвор, исто така, се однесува и на малолетните притвореници.“³²⁶

Во иста насока се и забелешките на НПМ..³²⁷

Несоодветно постапување со притворените лица од страна на затворскиот персонал.

Во разговор со неколку притворени машки и женски лица, како и со малолетните лица, НПМ не добил поплаки за физичко насилство или малтретирање од затворските служби. Притворените лица истакнале дека Секторот за обезбедувањеима коректен однос.³²⁸

³²² В. извештај на КПТ, 2011: <http://www.cpt.coe.int/en/states/mkd.htm>, стр.19.

³²³ *Ibid.*, стр.20.

³²⁴ *Ibid.*, стр.20.

³²⁵ *Ibid.*, стр.20.

³²⁶ „Во врска со ова, Комитетот би сакал да добие детали за бројот на малолетни лица кои во моментот се на издржување на мерката притвор во Затворот Скопје, материјалните услови на притворското одделение, режимот и колку долго секој малолетник е во притвор. Понатаму, би сакал да биде информиран за долгорочни планови на националните власти за сместување на малолетните притворените лица.“ *Ibid.*, стр.20-21.

³²⁷ В. извештај на НПМ, 2013:

http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam/izveshtai/godishni_izveshtai.aspx

³²⁸ *Ibid.*, 2013, стр.49-50.

НПМ изрази загриженост за степенот и ефикасноста на мерките кои се преземаат од установата, со цел да се намали, односно да се превенира нехуманото и сурово однесување кон лицата во затворот.³²⁹

„Од разговор со притворените лица не беа дадени поплаки за прекумерна употреба на сила или дека со нив било постапувано нехумано. Лицата во притвор се жалеа на условите во кои се наоѓаат, дека истите немаат постелнина, креветите се стари, а просториите недоволни за сместување на повеќе лица. При разговорот со вработените од Секторот за обезбедување, како и при спроведувањето на увидот беше забележлив ставот на вработените кон осудените лица дека се работи за „наркомани“, „криминалци“, а за едно лице директно беше кажано дека има хепатит Б, иако лицето тврдеше дека тоа не е вистина. Вработените истакнаа дека осудените лица се однесуваат насилнички и не сакаат да соработуваат што пак го доведува во прашање процесот на ресоцијализација.“³³⁰

Несоодветна исхрана на притворените лица. НПМ истакнува дека при редовната посета на Затвор Скопје, поплаките на притворениците главно се однесуваат на квалитетот на исхраната.³³¹

На притворените лица им се овозможува набавка на храна од надвор согласно Куќниот ред за извршувањето на мерката притвор (индустриски спакувани со декларација во пластична амбалажа, а не подготвени во домашни услови). НПМ не добил поплаки за храната од верски аспект. Било оценето дека лекарите даваат свое стручно мислење доколку е потребна специјална исхрана заради здравствената состојба на одредени притворени лица. Притворените лица сите оброци ги конзумираат во самите простории каде што и престојуваат (нема посебна просторија во вид на трпезарија каде притворените лица би можеле да ги конзумираат своите оброци).³³²

Во затвор Охрид НПМ утврдил дека „препораката да се зголеми буџетот за храна не е спроведена, и при разговор со осудените лица добил поплаки за количеството и квалитетот на храната. Истата поплака била дадена и од притворените лица кои се пожалиле дека се дели малку храна, а при посетата било нотирано и дека постојано се зголемува бројот на лица сместени во притвор што ја наметнува потребата и од зголемување на буџетот за храна.“³³³

Несоодветна здравствена заштита на притворените лица. Во Затворот Скопје, „при посетата имаше неколку поплаки од притворените лица во делот на здравствената заштита и достапноста на медикаментозна терапија. Во однос на овие поплаки беше спроведен увид во медицинска

³²⁹ *Ibid.*, стр.54.

³³⁰ *Ibid.*, стр.54.

³³¹ *Ibid.*, стр.49-50.

³³² *Ibid.*, стр.49-50.

³³³ *Ibid.*,

документација, при што беше утврдено дека е овозможена адекватна здравствена заштита во сите случаи. Како проблем со кој се соочува Секторот за здравствена заштита е недоволниот број на лица од Секторот за обезбедување кои се должни да ги спроведуваат притворените лица до соодветните места за специјалистички прегледи, па во одредени случаи кои не се акутни и од висок приоритет се одложуваат за извесен период, но на начин со кој нема да се загрози здравјето на притворените лица.³³⁴

Заклучок

Правата на лицата лишени од слобода, вклучително и на притворените лица, посебно се регулираат со следниве меѓународни документи: Стандардните минимални правила за постапување со затворениците(Нелсон Мендела Правила)(СМППЗ)³³⁵ и со Европските затворски правила (ЕЗП).³³⁶ Прашањата од пенитенцијарната област се третираат и со други инструменти на Советот на Европа, меѓу кои најзначајни се: конвенциите, потоа, препораките, прецедентното право на Европскиот суд за човекови права и стандардите на Европскиот комитет за спречување на тортура односно мачење, нечовечно и понижувачко постапување или казнување.

Современите пенитенцијарни системи, како и нашиот, на притворените лица со закон им гарантираат права што не смеат да бидат повредени и им одредуваат обврски чие исполнување не ја деградира нивната личност.

Податоците за извршувањето на мерката притвор во Република Македонија се доста оскудни. Сепак, преку извештаите на Комитетот на Советот на Европа за превенција на тортура и нечовечно или понижувачко постапување или казнување (КПТ) и Националниот превентивен механизам (НПМ) при Народниот правобранител, како и Годишните извештаи на Управата за извршување на санкциите за состојбата и работењето на казнено-поправните и воспитно-поправните установи во Република Македонија, може да се согледаат проблемите со кои се соочува пенитенцијарниот систем во однос на извршувањето на мерката притвор во нашата земја.

³³⁴*Ibid.*, стр.49-50.

³³⁵United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015 [*on the report of the Third Committee (A/70/490)*].

³³⁶ Препорака Rec(2006)2 од страна на Комитетот на министри на државите членки на Советот на Европа во врска со Европските затворски правила, донесена од страна на Советот на Европа во 1950 година, (усвоени од Комитетот на министри на 11 јануари 2006 година на 952 средба на замениците министри). (Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies).

Од анализата на извештаите генерален заклучок е дека независно од тоа што на притворените лица со закон и со меѓународни документи им се гарантираат права што не смеат да бидат повредени и им се одредуваат обврски чие исполнување не ја деградира нивната личност, сепак, во пракса постои дискрепанца помеѓу положбата на притворениците *de jure* и *de facto*.

Клучните проблеми со кои се соочува нашиот пенитенцијарен систем во однос на извршувањето на мерката притвор се: пренатрупаност (пренаселеност) на притворските одделенија во затворите; субстандардни услови во притворските одделенија на затворите, несоодветен режим за притворените лица, несоодветно постапување со притворените лица од страна на затворскиот персонал, несоодветна исхрана, несоодветна здравствена заштита на притворениците, несоодветна кадровска екипираност на притворските одделенија, итн.

Оттука, и препораките за унапредување на положбата на притворените лица во Република Македонија се однесуваат на следново.

Прво, затворските (и притворските) услови кои ги загрозуваат човековите права не можат да се оправдаат со недостаток на материјални средства, а животот во затвор(притвор) треба да биде што е можно посличен на позитивните аспекти на животот во заедницата.

Проблемот на пренатрупаност/ пренаселеност на притворските одделенија мора итно да се реши а ефикасен начин за справување со овој проблем е примена на притворот како мерка за обезбедување присуство на обвинетиот во исклучителни случаи, а почеста примена на остнатите мерки.

Потребно е итно да сепреземат мерки за подобрување на условите за сместување на осудените и притворени лица што ќе одговараат на минималните стандарди за сместување на притворените лица. Во смисла на сместувањето, КПТ и НПМ со години наназад заклучуваат дека условите за живот на затворениците, како и на притвореницитесе под стандардите пропишани со националните закони и меѓународните документи неопходно е да се преземат конкретни мерки и активности за изградба на нови сместувачки капацитети кои ќе ги исполнуваат стандардите пропишани со националното и меѓународното право.³³⁷

Конечно, исхраната на затворениците, хигиената, облеката и постелнината во никој случај не смее да бидат причина за незадоволство.

Понатаму, нужно се наметнува потребата од обезбедување на човечки ресурси, како и техничко-материјални предуслови за непречено функционирање на казнено-поправните установи со што ќе се оствари и почитувањето на правата на лицата лишени од слобода. На крајот, се наметнува потребата и од ефикасно спроведување на системот на

³³⁷ В. извештаи на НПМ и КПТ.

http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam/izveshtai/godishni_izveshtai.aspx

<http://www.cpt.coe.int/en/states/mkd.htm>

здравствена заштита и непречен пристап до истиот во насока на навремена и соодветна грижа на притворените лица со здравствени проблеми.³³⁸

Тешкотиите со кои се соочува пенитенцијарниот систем во Република Македонија не може да се припише на недостатокот на закони и подзаконски акти. Дотолку повеќе што постои „инфлација“ од подзаконски акти кои во одредена мера дополнително им ја отежнуваат работата на затворскиот персонал. проблемот лежи во тоа што законите не секогаш се применуваат доволно доследно.

³³⁸ В. извештаи на НППМ:
http://www.ombudsman.mk/mk/nacionalen_preventiven_mehanizam/izveshtai/godishni_izveshtai.aspx.

Aleksandra Gruevska-Drakulevski, PhD*
Boban Misoski, PhD**
Divna Ilikj Dimoski, PhD***

(DIS)RESPECT OF THE INTERNATIONAL STANDARDST FOR THE POSITION OF DETAINED PERSONS IN MACEDONIA

Abstract: In this article the authors analysis the characteristics of the penitentiary system in the Republic of Macedonia and the position of the detainees *de jure* and *de facto*. They conclude that the penitentiary system in our country has the features of a modern system. He is one of the penitentiary systems that fully incorporate the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners and the European Prison Rules in the Law on Execution of Sanctions. The paper provides an overview of the international and the national regulations on the execution of detention, and also, it provides an analysis of the situation of the detainees in the country. Although data on the execution of detention in the country are scarce, the authors of the paper analyses the detention using data from the reports of the Committee of the Council of Europe for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) and the National Preventive Mechanism (NPM) under the Ombudsman, as well as annual reports of the Directorate for Execution of Sanctions on the condition and operation of the penal and correctional institutions in the country. From the analysis of the reports the general conclusion is that regardless of the fact that the rights of the detainees are guaranteed by the law and by the international documents and must not be violated and they also determine obligations whose execution does not degrade the personality of the detainees, however, in practice there is a discrepancy between the situation of detainees, *de jure* and *de facto*.

Keywords: penitentiary system, detainees, position of detainees, detention.

**PRINCIP NEUTRALNOSTI PDV SISTEMA EU
KAO POSEBNA DIMENZIJA USTAVNOG NAČELA
JEDNAKOSTI:
PORESKE OLAKŠICE I SISTEMU PDV-A CRNE GORE**

УДК: 342.722:336.226.322.055.4 (497.16)

Original research paper

***Apstrakt:** Jednakost građana pred zakonom predstavlja jednu od osnovnih ustavnih garancija. U oblasti ljudskih prava, a na osnovu prakse Ustavnog suda Crne Gore, povreda principa jednakosti, odnosno diskriminacija, predstavlja razlikovanje u pogledu posjedovanja i obima prava koje nije dozvoljeno, zbog osnova i načina razlikovanja. Kada je riječ o sistemu poreza na dodatnu vrijednost glavni oblik u kome se javlja koncept jednakosti jeste princip neutralnosti, koji zabranjuje različit poreski tretman dobara ili usluga iste vrste. Iako bi zakonodavac prilikom koncipiranja određenih legislativnih rješenja trebalo da poštuje navedeni princip, postoje slučajevi kada je on zanemaren. Predmet ovog rada predstavlja analizu poreskih olakšica u crnogorskom sistemu poreza na dodatnu vrijednost sa aspekta poštovanja pravila razvijenih u praksi Suda pravde Evropske unije kada je riječ o primjeni principa neutralnosti. Ista će pokazati da poreska politika u pogledu preferencijalnog poreskog tretmana hotela sa četiri, pet i više zvjezdica predstavlja flagrantno kršenje principa neutralnosti, kao specifične dimenzije ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom.*

***Ključne riječi:** Princip neutralnosti, načelo jednakosti građana pred zakonom, porez na dodatnu vrijednost, poreske olakšice*

1. Uvodna razmatranja

Definicija pojma poreske diskriminacije ne postoji i on može biti određen samo na osnovu opšteg značenja ovog pojma i predstavlja suprotnost principa jednakosti, te stoga u načelu podrazumijeva koncept nejednakosti.³³⁹ Dakle, princip jednakosti pred zakonom i princip zabrane diskriminacije predstavljaju dvije strane iste medalje. Ovaj koncept najbolje oslikava pristup koji je zauzeo Sud pravde Evropske Unije (u daljem tekstu: SPEU) u

³³⁹ U tom smislu: Pietro Adonnino: General Report, (in Non-discrimination at the crossroads of international taxation), Vol. 93a Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, 2008, str. 22.

definisaju pojma diskriminacije, a zasnovan na opštem principu jednakosti, koji je imanentan svim pravnim sistemima država članica i predstavlja prosto njegov „poseban izraz“.³⁴⁰ Diskriminacija ne predstavlja prosto pravljenje razlike, već je riječ o njenom negativnom, odnosno pežorativnom smislu: diferencijacija koja ne odgovara stvarnoj razlici, već stavlja jednu kategoriju lica u lošiju poziciju od one koju zaslužuju. Dakle, zabrana diskriminacije ukazuje na kriterijume diferencijacije (različitog tretmana) koji nisu dozvoljeni.³⁴¹

Kada je riječ o sistemu PDV-a glavni oblik u kome se javlja koncept jednakostijeste princip neutralnosti. Na nivou EU ovaj princip predstavlja jedan od najvažnijih postulata sistema PDV-a koji zabranjuje različit tretman dobara ili usluga iste vrste. Dakle, u duhu ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom (zabrana diskriminacije), u pogledu primjene PDV-a, iste ili slične robe i usluge treba tretirati na identičan način. Iako zakonodavac prilikom koncipiranja određenih legislativnih rješenja treba da poštuje navedeni princip, postoje slučajevi kada isti biva zanemaren. U crnogorskom sistemu PDV-a ovakvu praksu sriječemo u oblasti poreskih olakšica, pa je imajući ovo u vidu, autor u ovom radu odlučio da sa stanovišta principa neutralnosti posebno preispita preferencijalni tretman hotela sa četiri, pet i više zvjezdica (u daljem tekstu: luksuzni hoteli).

Rad je strukturno podijeljen na četiri dijela. Nakon uvoda, u drugom dijelu su predstavljeni osnovni koncepti razvijeni u praksi Ustavnog suda Crne Gore (u daljem tekstu: Ustavni sud) u pogledu primjene načela jednakosti, odnosno zabrane diskriminacije. Treći dio rada je posvećen razumijevanju principa neutralnosti PDV-a, prije svega prikazom pravila stvorenih u praksi SPEU. Četvrti dio se bavi konkretnim preispitivanjem spornog preferencijalnog PDV tretmana luksuznih hotela na osnovu Zakona o PDV-u Crne Gore (u daljem tekstu: Zakon o PDV-u) sa aspekta poštovanja principa neutralnosti. Peti, posljednji dio rada predstavlja zaključak.

2. Ustavno načelo jednakosti građana pred zakonom (zabrana diskriminacije)

Na osnovu sudske prakse Ustavnog suda diskriminacija ne predstavlja prosto pravljenje diferencijacije već njenu negativnu dimenziju:

„U oblasti ljudskih prava diskriminacija predstavlja razlikovanje u pogledu posjedovanja i obima prava koje nije dozvoljeno, zbog osnova i načina razlikovanja.“³⁴²

³⁴⁰ Spojeni slučajevi 117/76 i 16/77 Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Stöh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe, pasus 7.

³⁴¹ Kees Van Raad: Non-Discrimination in International Tax Law, Kluwer Law International, 1986, str. 9.

³⁴² Ustavni sud Crne Gore (22. mart 2012) U-I br. 8/11.

Ustavni sud eksplicitno zabranjuje i tzv. “obrnutu diskriminaciju”. Preciznije, nije dozvoljeno samo na različit način tretirati iste situacije, već ne smije postojati niti isti tretman različitih situacija:

*„Princip nediskriminacije (jednakost) ne odnosi se samo na jednaki tretman jednakih slučajeva nego i na supstantivnu jednakost - nejednak tretman nejednakih slučajeva u proporciji sa njihovom nejednakošću. Drugim riječima, jednako treba tretirati jednake građane, a različite, u ime jednakosti, različito.“*³⁴³

Na osnovu mišljenja Ustavnog suda, analiza postojanja diskriminacije podrazumijeva postupak koji se sastoji iz određenih međusobno uslovljenih dijelova:

*„Prema praksi Evropskog suda, kao i Komiteta UN za ljudska prava, analiza načela jednakosti i nediskriminacije upućuje na potrebu istraživanja tri uslova da bi se utvrdilo da li je ovo načelo povrijeđeno. Prvi uslov za postojanje diskriminacije jeste postojanje sličnih, odnosno uporedivih činjeničnih situacija i jednakog ili različitog postupanja. Drugi uslov jeste da se razlika u pravnom postupanju vrši na osnovu određene statusne pripadnosti pojedinca. Pojedinaac treba da bude žrtva manje povoljnog tretmana zbog svoje statusne pripadnosti. Treći uslov čini ispitivanje da li je različito pravno postupanje u sličnim činjeničnim okolnostima, odnosno jednako postupanje u značajno različitim okolnostima, razumno i opravdano.“*³⁴⁴

Iz navedenog slijedi da analiza povrede načela jednakosti građana pred zakonom, odnosno nediskriminacije, podrazumijeva tri koraka u kojima se ispituje: 1) da li postoje slične, odnosno uporedive situacije, kao i da li postoji jednak ili različit tretman; 2) da li je razlika u tretmanu zasnovana na određenoj statusnoj pripadnosti pojedinca; 3) da li postoji opravdanje za različit tretman. Na ovom mjestu treba podsjetiti da je Crna Gora potpisnica Protokola 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³⁴⁵ koji u članu 1 garantuje zaštitu od diskriminacije u vezi sa bilo kojim oblikom diskriminacije na osnovu nacionalnog zakonodavstva. Ovo znači, da u cilju zaštite od diskriminacije, podnosilac zahtjeva ne mora dokazati postojanje veze između nekog prava zagaranovanog Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i predmetne diskriminacije, iz čega slijedi da ovaj prethodni korak u analizi postojanja diskriminacije nije neophodan.

Analiza povrede načela jednakosti (zabrane diskriminacije) započinje sa dvije povezane i međusobno uslovljene cjeline. Prva se odnosi na utvrđivanje postojanja uporedivih situacija. Dakle, ustanovljavanje eventualne diskriminacije podrazumijeva postojanje dvije uporedive (slične) situacije. U suprotnom, ukoliko sud ustanovi da su situacije nepodobne za vršenje

³⁴³ Ustavni sud Crne Gore (24. mart 2011) U-I br. 27/10, 30/10 i 34/10.

³⁴⁴ Ustavni sud Crne Gore (26. decembar 2012) U - I br. 3/09.

³⁴⁵ Protokol br. 12. uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, "Službenom listu SCG - Međunarodni ugovori", br. [9/2003](#) i [5/2005](#).

komparacije, one moraju biti tretirane na različit način, te različit tretman ne rezultira diskriminacijom. Druga se odnosi na ustanovljavanje jednakosti u tretmanu, odnosno, kako to Ustavni sud u svojoj praksi formuliše, razliku u postupanju. Naime, ukoliko se ustanovi da postoji uporedivost situacija, onda one treba da budu i tretirane na isti način.

“Test komparacije” se u praksi Ustavnog suda formalno javlja u sličnom obliku kako u praksi najviših nacionalnih sudskih instanci, tako i nadnacionalnih sudova:

“Ustavom zajamčena jednakost svih pred zakonom, dakle, podrazumijeva jednakost prava i obaveza u istovjetnom pravnom položaju... Ustavni princip jednakosti, propisan odredbom člana 17 ustava, ne podrazumijeva jednakost građana u apsolutnom smislu, već garantuje jednakost građana u apsolutnom smislu, već garantuje jednakost građana koji se nalaze u identičnim pravnim situacijama ...”³⁴⁶

Slično kao i prilikom vršenja komparacije Ustavni sud prilikom analize postojanja jednakog ili različitog tretmana prije svega ima u vidu identičnost pravnog tretmana (postupanja):

“Princip zabrane diskriminacije (nediskriminacija) Ustavom Crne Gore, takođe je uspostavljen tako, da bez razloga – zabranjuje, da se ono što je isto ili slično nejednako pravno tretira, odnosno da se ono što je bitno različito, tretira pravno jednako .“

Naredni korak analize postojanja kršenja načela jednakosti je utvrđivanje da li je isto vezano za neki zaštićeni osnov (lično svojstvo). Ono što je bitno naglasiti, a u vezi je sa praksom Ustavnog suda jeste da enumeracija zaštićenih osnova diskriminacije koja se susreće u međunarodnim dokumentima nije definitivna. Preciznije, svaka od ovih enumeracija se završava pojmom “drugi status”, što ostavlja nacionalnom pravosuđu da u svojoj praksi usvoji i izgradi i druge zaštićene osnove koji nisu eksplicitno pomenuti. Kada je riječ o praksi nadnacionalnih sudskih instanci, kao što je npr. ESLJP vidljivo jeznačajno uvećanje broja mogućih zaštićenih osnova, pa se na taj način proširuje obim zaštite za lica koja se mogu pozivati na prava iz Evropske konvencije. Vrijedi pomenuti neke od njih: seksualna orijentacija, starosna dob, očinstvo, bračni status, članstvo u nekoj organizaciji, status roditelja vanbračnog djeteta i prebivalište.³⁴⁷ U tom pravcu i Ustavni sud, iako ne u tom obimu kao ESLJP, ide dalje od enumeracije sadržane u ustavnom tekstu, kao i u najvažnijim crnogorskim antidiskriminacionim zakonima. Jedan od primjera može biti i ustanovljavanje državljanstva kao zaštićenog osnova:

„...Ustanovljavanjem različitog, povoljnijeg režima za lica koja imaju crnogorsko državljanstvo donosilac akta je diskriminisao lica koja nemaju crnogorsko državljanstvo i lica bez državljanstva, odnosno lica koja imaju status stranca s odobrenim privremenim boravkom ili stalnim

³⁴⁶ Ustavni sud Crne Gore (24. decembar 2009) U.br. 119/09.

³⁴⁷ Praktični uvod u evropski standard protiv diskriminacije, IRZ (Njemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju), Beograd, 2013, str. 48.

*nastanjenjem, a nalaze se u istoj pravnoj situaciji, stanju socijalne potrebe i imaju prebivalište na teritoriji Glavnog grada.*³⁴⁸

Posljednji korak analize predstavlja pokušaj pronalaženja opravdanja za različiti tretman u uporedivim situacijama. Kada je riječ o mogućnosti opravdanja različitog tretmana Ustavni sud u svojoj praksi prati rezonovanje ESLJP u vezi sa ovom problematikom. Naime, princip jednakosti (nediskriminacije) neće biti narušen samo ukoliko se radi o legitimnom cilju politike države i ukoliko postoji razumna srazmjera između upotrijebljenemjere i namjeravanog cilja:

*“...Međutim, različito postupanje prema pojedinim istovrsnim ili sličnim grupama nije zabranjeno ako za to postoje drugi opravdani, na Ustavu utemeljeni razlozi. Dakle, različito uređenje prava i obaveza smatraće se diskriminatorskim ako to razlikovanje nema objektivnog i razumnog opravdanja, a to znači da ne teži legitimnom cilju ili da ne postoji razumna srazmjernost između upotrijebljene mjere i cilja koji se njome nastoji postići. Isti stav zauzeo je i Europski sud za ljudska prava u Strazburu (presuda *Stec and Others v. the United Kingdom GC*, od 12. aprila 2006. godine)...“*

3. Načelo neutralnosti PDV-a u pravu Evropske unije

Princip neutralnosti PDV-a je višedimenzionalni koncept koji ima, kako ekonomski, tako i pravni značaj. U ekonomskom smislu, porez koji je neutralan ne utiče na postojeće tržišne mehanizme, i na taj način dopušta optimalnu alokaciju sredstava proizvodnje. Iz ove perspektive, svrha poreskog prava je da obezbijedi neophodna oruđa za implementaciju predmetne ideje putem pravnih normi koje prate pomenutu ekonomsku viziju. Sa druge strane, koncept neutralnosti ima takođe još jednu dimenziju, jer se poistovjećuje sa idejom jednakosti u smislu pravde kao centralnog koncepta prava. Pravna dimenzija neutralnosti predstavlja ustavnu garanciju: zahtijeva da svaki pravni sistem bude pravičan i pravedan.³⁴⁹

U načelu, princip neutralnosti predstavlja jedno od najvažnijih načela sistema PDV-a u EU koji zabranjuje različit PDV tretman dobara ili usluga iste vrste. Drugim riječima, iste ili slične robe i usluge treba tretirati na identičan način, odnosno one moraju biti podvrgnute identičnom poreskom režimu:

*„...usluga iste vrste, među kojima postoji konkurencija, ne smiju biti tretirane na različit način u PDV svrhe...“*³⁵⁰

³⁴⁸ Ustavni sud Crne Gore, U-II br. 49/11 i 59/11, 25. decembar 2014. godine.

³⁴⁹ U tom smislu vidi: Marta Papis: *The Principle of Neutrality in EU VAT*, (Principles of Law: Function, Status and Impact in EU Tax Law, ed. Cécile Brokelind), International Bureau of Fiscal Documentation, The Netherlands, 2014, str. 365-368.

³⁵⁰ Slučaj 58/09 *Leo-Libera GmbH v Finanzamt Buchholz in der Nordheide*, pasus 34.

Dakle, princip neutralnosti predstavlja posebnu dimenziju opšteg načela jednakosti (zabrane diskriminacije) primijenjene u sistemu PDV-a:

„Sa te tačke gledišta potrebno je imati na umu da princip fiskalne neutralnosti – posebni izraz principa jednakog tretmana na nivou sekundarnog prava EU na specifičnom polju oporezivanja - ne predstavlja pravilo primarnog prava EU...“³⁵¹

Preciznije, u skladu sa ustaljenom praksom SPEU namjera zakonodavca EU bila je da princip neutralnosti PDV-a reflektuje u materiji vezanoj za PDV, opšti princip jednakog tretmana. Međutim, predmetni opšti princip, kao i drugi opšti principi prava EU, ima ustavni status, princip fiskalne neutralnosti zahtijeva da se legislativa napiše i stupi na snagu, što zahtijeva postojanje mjera sekundarnog prava EU. Iz ovoga slijedi da se princip fiskalne neutralnosti ne može smatrati nezavisnim opštim načelom prava EU.³⁵²

Kada je riječ o primjeni principa neutralnosti neophodno je izvršiti poređenje dvije ekonomske aktivnosti. Drugim riječima, ukoliko nije riječ o ekonomskoj aktivnosti nema mjesta komparaciji:

„...on zahtijeva da sve ekonomske aktivnosti moraju biti tretirane na isti način, on takođe pretpostavlja da predmetne aktivnosti mogu biti klasifikovane kao ekonomske aktivnosti, što nije situacija u predmetnom slučaju.“³⁵³

Preciznije, SPEU u svojoj ustaljenoj praksi ustanovljava i definiše ovaj princip tako što zabranjuje različit poreski tretman ne samo identičnih već i sličnih usluga:

„...princip fiskalne neutralnosti...sprječava tretiranja pružanja sličnih usluga, koja su u konkurenciji međusobno, različito u PDV svrhe...U cilju da se utvrdi da li je medicinska njega slična, neophodno je uzeti u obzir...cilj koji norma želi postići, profesionalna kvalifikacija pružaoca njege. Zapravo, kada nije identična, medicinska njega može biti smatrana sličnom...u stepenu da je ekvivalentnog kvaliteta sa gledišta primaoca usluge...“³⁵⁴

Takođe, razlika ne može postojati niti između identičnih privrednih aktivnosti bez obzira da li su se iste odvijale u skladu ili suprotno zakonu:

„...Ukoliko nacionalni sud smatra da je...izvršio transakcije koje se na osnovu nacionalnog prava smatraju nezakonitim...U pogledu PDV-a, taj princip...sprječava da...zakonite i nezakonite transakcije budu tretirane različito...“³⁵⁵

³⁵¹ Slučaj 174/11 Finanzamt Steglitz v Ines Zimmermann, pasus 50.

³⁵² U tom smislu vidi: Ben Terra, Julie Kajus: A Guide to the European VAT Directives – Introduction to European VAT (volume 1), str. International Bureau of Fiscal Documentation, The Netherlands, 2016, str. 87, 92-93.

³⁵³ Slučaj 155/94 Wellcome Trust Ltd contre Commissioners of Customs and Excise, pasus 38.

³⁵⁴ Spojeni slučajevi 444/04 i 443/04, H.A. Solleveld, J.E. van den Hout-van Eijnsbergen mot Staatssecretaris van Financiën, pasusi 39-40.

³⁵⁵ Slučaj 349/96, Card Protection Plan Ltd v. Commissioners of Customs and Excise, pasus 33.

Slične stavove SPEU susrećemo i u pogledu tumačenja mogućnosti primjene oslobođenja od plaćanja PDV-a. U tom kontekstu, i kada je riječ o propisivanju poreskih stopa, SPEU smatra da nacionalne vlasti imaju obavezu da se ista dobra i usluge podvrgnu identičnoj poreskoj stopi:

„...Ovaj princip zabranjuje da se pružanje sličnih dobara i usluga, među kojima postoji konkurencija, tretira različito u PDV srhe, te stoga ta dobra i usluge moraju biti podvrgnute identičnoj poreskoj stopi...“³⁵⁶

4. Poreske olakšice u crnogorskom PDV sistemu i načelo neutralnosti

Kada je riječ o politici poreskih olakšica u sistemu PDV-a možemo primijetiti da zakonodavac prati u pogledu strukture i osnovnih načela pravila koja postoje u EU sistemu PDV-a. Dakle, prisutne su snižene stope PDV-a, oslobođenja, nulta stopa, kao i posebni postupci oporezivanja. Takođe, kada je riječ o utvrđivanju vrste dobara i usluga koje su podvrgnute određenom tipu poreske olakšice crnogorsko zakonodavstvo u najvećoj mjeri slijedi pravila iz prava EU. Međutim, u tom pogledu postoje i određena odstupanja, a fokus će biti stavljen na ona koja se direktno kose sa principom neutralnosti PDV-a. Preciznije, proteklih godina prisutna je značajna zakonodavna aktivnostu pogledu uvođenjaporeskih olakšica koje se mogu okarakterisati kao veoma sporne sa aspekta principa neutralnosti.

Kao dobar primjer može poslužiti poseban PDV status koji je u ovom sistemu stvoren za luksuzne hotele. Naime, u februaru 2015. godine Skupština Crne Gore (u daljem tekstu: Skupština) je usvojila izmjene Zakona o PDV-u kojim se primjena nulte stope PVD-a proširuje i na slučajeve investiranja u luksuzne hotele.³⁵⁷ Odnosno, povraćaj PDV-a je moguć u slučaju isporuke proizvoda i usluga za gradnju i opremanje ugostiteljskog objekta kategorije pet i više zvjezdica.³⁵⁸ Takođe, u decembru 2016. godine Skupština je usvojila odredbe kojima se daje preferencijalni tretman usluga keteringa za luksuzne hotele. Preciznije, ovim izmjenama Zakona o PDV-u predviđeno je uvođenje niže stope na usluge pripremanja i usluživanja hrane, pića i napitaka u hotelima sa najmanje četiri zvjezdice u Sjevernom regionu, odnosno sa najmanje pet zvjezdica u Središnjem i Primorskom regionu.³⁵⁹

Analizom prirode i efekata navedenih poreskih olakšica predviđenih za luksuzne hotele dolazi se do nedvosmislenog zaključka da se ovakve podsticajne mjere moraju smatrati suprotnim principu neutralnosti PDV-a. Osnovni argument za ovakvu tvrdnju predstavlja činjenica da SPEU u

³⁵⁶ Slučaj 267/99 Adam, pasus 36.

³⁵⁷ Službeni list Crne Gore, broj 9/2015, od 5.3.2015. god.

³⁵⁸ Pravilnik o postupku oslobađanja od plaćanja poreza na dodatnu vrijednost investitora i isporuku određenih proizvoda i usluga "Službeni list Crne Gore, broj 17/2015" od 17.4.2015. god.

³⁵⁹ Člana 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o porezu na dodatnu vrijednost, Službeni list Crne Gore, broj 53/2016 od 11.8.2016. god.

kontekstu primjene principa neutralnosti prilikom poređenja privrednih subjekata kao komparator koristi suštinu njihove ekonomske aktivnosti, dok zanemaruje njihovu pravnu formu. Drugim riječima, SPEU se u svojoj ustaljenoj praksi drži pravila da se primjena ovog principa odnosi na privredne subjekte koji obavljaju iste ekonomske aktivnosti:

*“Princip fiskalne neutralnosti sprječava...da se ekonomski subjekti koji obavljaju iste aktivnosti tretiraju različito, što se tiče podvrgavanja PDV-u. Dakle, slijedi da bi ovaj princip bio zanemaren ukoliko bi mogućnost korišćenja olakšice...bila zavisna od pravne forme u kojoj oporezivo lice vodi svoje aktivnosti...”*³⁶⁰

U ovom kontekstu treba naglasiti da su pravila zanemarivanja pravne forme, odnosno, pravnih karakteristika i obilježja privrednog subjekta, primjenjiva i na komparaciju između luksuznih hotela i hotela sa manjim brojem zvjezdica. Naime, obje vrste hotela u suštini obavljaju identičnu ekonomsku aktivnost – pružanje ugostiteljskih usluga. Međutim, jedina razlika je upravo pravna karakterizacija pojedinog hotela, preciznije da li na osnovu pozitivnih propisa ulazi u kategoriju luksuznih. Dakle, jedini kriterijum na osnovu kojeg postoji razlika u PDV tretmanu jeste pravna forma, odnosno broj zvjezdica određenog hotela.

Ovu činjenicu dodatno podupire i niz predmeta iz prakse SPEU u kojima je preispitivana primjena različitih poreskih stopa PDV-a u slučajevima pružanja identične vrste usluga na tržištu između pravnih subjekata između kojih postoji konkurencija. Naime, u kontekstu sporne niže stope PDV-a na pružanje catering usluga, dostupnih isključivo luksuznim hotelima, kao parametar može poslužiti predmet *Komisija protiv Njemačke* u kojem je osporena odredba njemačkog PDV zakona koja je predviđala da se usluge muzičara solista (jedan izvođač) oporezuje standardnom PDV stopom, dok se ista usluga pružena od strane muzičkih orkestara (više izvođača) oporezivala nižom stopom PDV-a. Ovakav povlašćeni režim PDV-a, u slučaju kada je ista usluga pružena od strane više izvođača, SPEU je smatrao suprotnim principu neutralnosti, te stoga i suprotnim direktivi:

*„Nadalje, ništa ne upućuje na to da usluge solista i muzičkih orkestara nisu slične, u najmanju ruku...ako ne i identične...broj osoba koje se nalaze na podijumu ne može imati uticaja u tom pogledu...”*³⁶¹

Primjenom ove logike na sporno rješenje da visina stope PDV-a u odnosu na identične usluge zavisi od broja zvjezdica hotela, jasan je zaključak da isto krši princip neutralnosti PDV-a inherentnog PDV sistemu EU, a koji je neizostavni dio ustaljene prakse SPEU. Preciznije, na osnovu pravila SPEU, broj zvjezdica hotela ne može imati uticaja na njegov PDV status, kao što ni u navedenom njemačkom predmetu broj izvođača ne pruža mogućnost zakonodavcu da uvodi različite poreske stope za soliste i muzičke orkestre.

³⁶⁰ Slučaj 141/00 *Ambulanter Pflegedienst Kügler GmbH v Finanzamt für Körperschaften I in Berlin*, pasus 30.

³⁶¹ Slučaj 109/02 *Commission v Germany*, pasusu 23-24.

U pokušaju da se iznađe normativno rješenje u pogledu pružanja preferencijalnog PDV režima u oblasti hotelijerstva, a koje bi bilo u skladu sa PDV principom neutralnosti, dolazi se do zaključka da bi jedina solucijabilna mogućiti poreske olakšice za sve hotele bez obzira na broj zvjezdica. Preciznije, ukoliko bi olakšice za investiranje i pružanje catering usluga bile dostupne svim hotelima bez obzira na kategorizaciju (broj zvjezdica), ne bi postojao nedozvoljeni različiti tretman koji bi rezultirao kršenjem principa neutralnosti PDV-a. Međutim, i ovakav pristup ima svoje manjkavosti jer je u kontekstu principa neutralnosti moguće osporiti i rješenje da svi hoteli bez obzira na broj zvjezdica pružaju uslugu pripremanja i usluživanja hrane, pića i napitaka po sniženoj stopi PDV-a.

Naime, postavlja se pitanje zašto bi pružanje ove vrste ugostiteljskih usluga bilo povlašćeno u odnosu na istu vrstu usluga koje se pružaju u restoranima, ili sličnim privrednim subjektima, ali koji se ne nalaze u sklopu hotela? Ukoliko se u poređenju krene logikom SPEU, i kao komparator koristi vrsta ekonomske aktivnosti određenog subjekta, teško se može doći do zaključka da je riječ o različitim pojmovima. Drugim riječima, ako se priroda ekonomske aktivnosti zasniva na vrsti usluge koja se pruža - pripremanje i usluživanje hrane, pića i napitaka, potpuno je nebitno da li se iste pružaju u okviru hotela, ili u restoranima koji nisu u okviru hotela. Dakle, u svim situacijama pružanja usluga pripremanja i usluživanja hrane, pića i napitaka mora postojati identičan PDV tretman bez obzira na formu i mjesto pružanja usluge. Ovakvo rezonovanje dodatno potvrđuje i Direktiva Savjeta Evrope 2006/112/EZ, koja daje mogućnost da država članica uvede nižu stopu na „usluge restorana i cateringa uz moguće isključenje isporuke (alkoholnih i/ili bezalkoholnih) pića“.³⁶² Stoga, i ovaj pravni akt potvrđuje da predmetni tip usluga nije vezan isključivo za hotele.

5. Zaključna razmatranja

Princip neutralnosti PDV-a, u duhu ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom (zabrana diskriminacije), pretpostavlja da iste ili slične robe i usluge treba tretirati na identičan način. Predmetni princip predstavlja jedan od najvažnijih postulata sistema PDV-a EU. Kada je riječ o politici poreskih olakšica u crnogorskom sistemu PDV-a možemo primijetiti da zakonodavac generalno prati strukturu i osnovna načela koja postoje u EU sistemu PDV-a. Međutim, postoje i određena odstupanja koja postaju očigledna njihovim stavljanjem u kontekst pravila izgrađenih u praksi SPEU u pogledu primjene principa neutralnosti PDV-a. Kao najbolji primjer može poslužiti preferencijalni

³⁶² Prilog III - spisak isporuka roba i usluga koje mogu biti podvrgnute sniženoj stopi PDV-a, iz člana 98 Direktive Savjeta 2006/112/EZ od 28. novembra 2006. godine o zajedničkom sistemu poreza na dodatnu vrijednost, OJ L 347, 11.12.2006, str. 1–118.

tretman luksuznih hotela koji je uveden od strane Skupštine izmjenama i dopunama Zakona o PDV-u iz 2015. i 2016. godine. Sa jedne strane, omogućen je povraćaj PDV-a u slučaju isporuke proizvoda i usluga za gradnju i opremanje ove vrste ugostiteljskih objekata, dok je sa druge strane na usluge pripremanja i usluživanja hrane, pića i napitaka predviđena primjena niže stope PDV-a. Oba preferencijalna PDV tretmana predstavljaju flagrantno kršenje principa neutralnosti. SPEU u ovom kontekstu prilikom poređenja privrednih subjekata, u cilju utvrđivanja postojanja nedozvoljenog različitog tretmana, kao komparator koristi suštinu njihove ekonomske aktivnosti, zanemarujući njihovu pravnu formu. Međutim, kada je riječ o povlašćenom PDV tretmanu luksuznih hotela, osnovni kriterijum na osnovu kojeg postoji sporna razlika jeste upravo pravna forma, odnosno broj zvjezdica određenog hotela, iako svi hoteli obavljaju identičnu ekonomsku aktivnost – pružanje ugostiteljskih usluga. Sličan problem postojao bi i u slučaju kada bi niža stopa PDV-a na usluge pripremanja i usluživanja hrane, pića i napitaka bila dostupna svim hotelima, bez obzira na broj zvjezdica. Naime, ako se priroda ekonomske aktivnosti zasniva na vrsti usluge koja se pruža, nebitno je da li se iste pružaju u okviru hotela, ili npr. u restoranima koji nisu u okviru hotela. Dakle, bilo kakva razlika u PDV tretmanu ne bi smjela da postoji jer je riječ o istoj vrsti usluge u ekonomskom smislu.

Ilija Vukcevic, PhD

Associate Professor , Law Faculty of the University of Donja Gorica,
Podgorica, Montenegro

**The EU principle of VAT Neutrality as a Special Dimension
of the Constitutional Guarantee of Equality of Citizens Before the
Law:
Tax Reliefs in the VAT System of Montenegro**

***Abstract:** The principle of equality of citizens before the law represents one of the basic constitutional guarantees. In the field of human rights the breach of this principle, respectively discrimination, represents a different treatment regarding the extent of rights which is forbidden, because of the basis and the way of differentiation. Regarding the system of value added tax the main form of the concept of equality is the principle of neutrality, which prohibits different treatment of goods and services of the same kind. Notwithstanding that the legislator should respect the subject principle in the process of framing legislative solutions there are situations when this is not the case. The subject of the article represents the analysis of tax reliefs in the Montenegrin system of value added tax from the aspect of compatibility with the rules developed in the practice of the Court of Justice of the European Union regarding the principle of neutrality. The analysis will show that preferential tax treatment of four, five and more stars hotels represents a manifest breach of the neutrality principle, as a special dimension of the constitutional principle of equality of citizens before the law.*

***Key words:** principle of neutrality, principle of equality of citizens before the law, value added tax, tax reliefs.*

Dr. sc. Dubravka Akšamović*
Mag. Iur. Lidija Šimunović**

KAKO SE U HRVATSKOJ „LEGALNO“ KRJI PRAVO VLASNIŠTVA – POVLAŠTENI, NAJPOVLAŠTENIJI I OBESPRAVLJENI

УДК: 347.23:347.736 (497.5)

Review paper

Apstrakt: *Pravo na vlasništvo jedno je od temeljnih ljudskih prava. Ono je predviđeno člankom 17. Europske povelje o temeljnim pravima, potom i članom 1., Protokola br. 3. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda. Osim navedenog, čini se relevantnim naglasiti da je u Hrvatskoj, člankom 48. Ustava RH, pravo vlasništva svrstano u ustavnu kategoriju. Navedeno potvrđuje da se RH kao država članica EU, ali i kao moderna proeuropska država, barem deklaratorno obvezala i opredijelila na poštivanje najviših standarda zaštite ljudskih prava. Međutim, ovo deklaratorno opredjeljenje, praksa često pobija. U Hrvatskoj je u posljednjih nekoliko godina donesen čitav niz zakona čije su pojedine odredbe sa stajališta zaštite prava vlasništvu najmanju ruku dvojbene. Eklatantan primjer takvog propisa je ZFPPN te tzv. Lex Agrokora ili Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja. Pod izlikom javnog i općeg interesa ovim se Zakonom krši pravo vlasništva širokog sloja poduzetnika, čija vlasnička prava, kao da ne postoje. Slijedom navedenog, u radu će se analizirati odredbe većeg broja hrvatskih propisa, novijeg datuma, kojima se u privilegirani vlasnički položaj stavlja jednu kategorije poduzetnika, a pri tome se u potpunosti vlasnički obespavljuje brojne druge poduzetnike, koji, ili nisu bliski aktualnoj politici ili nisu dovoljno „veliki“, zbog čega njihova vlasnička prava, izgleda, vrijede manje.*

Ključne riječi: *pravo vlasništva, Europska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, predstečajni postupak, Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja*

1. UVODNE NAPOMENE

Pravo vlasništva temeljno je ljudsko pravo zajamčeno Ustavom RH, odredbom članka 17. Europske povelje o temeljnim pravima i odredbom članka 1. Protokola br. 1. Europske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih

sloboda. U spomenutim domaćim i međunarodnim pravnim izvorima, svakoj fizičkoj i pravnoj osobi priznaje se pravo na neometano uživanje svoje imovine. Konkretizacija ovih odredbi za posljedicu da nitko ne može biti lišen svoje imovine osim u javnom interesu i pod uvjetima predviđenim zakonom i općim načelima međunarodnog prava. Slijedom navedenog, proizlazi da pravo vlasništva nije neograničeno, već ga država ima pravo ograničiti zakonima kako bi nadzirala je li korištenje imovine u skladu s općim interesima ili kako bi osigurala naplatu poreza, doprinosa i kazni.

Temeljem navedenog se, barem naprvi pogled, može navesti zaključak kako je u RH zaštita prava vlasništva, barem deklaratorno, u skladu s najvišim međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava. Međutim, osvrtom na hiperprodukciju dvojbena hrvatskih zakona kojima se u posljednjih nekoliko godina ograničavalo pravo vlasništva i poduzetničke slobode radi zaštite općih interesa, nameće se pitanje koristi li se RH svojim pravom na ograničenje ustavnih prava i u situacijama kada to nije opravdano. Jesu li takva zakonska ograničenja ustavnih prava, pod izlikom očuvanja javnog interesa RH, bila razmjerna potrebi?

Problem ograničavanja ili čak i oduzimanja prava vlasništva u RH se u posljednjih nekoliko godina posebno javljao u kontekstu predstečajnih i stečajnih postupaka. Zabilježeni su brojni slučajevi u kojima su vjerovnici u cijelosti izgubili pravo na potraživanja ili su slijedom zakonskih rješenja protivno svojoj volji morali otpisati i do 70% potraživanja, bez ikakvih prava da protiv takvih odluka ustanu tužbom i pred sudom potraže pravnu zaštitu. Da toj priči nije kraj potvrdio je još jedan hrvatski zakon koji je „legalizirao“ (za sada) ograničavanje, a dugoročno moguće i oduzimanje prava vlasništva. Sve do pod „krinkom“ zaštite javnih i općih interesa.

Slijedom navedenog, u radu se analizira problematika ograničavanja prava vlasništva u stečajnim, predstečajnim i drugim srodnim postupcima. Analiziraju se sporne odredbe Zakona o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi (dalje: ZFPPN), Stečajnog zakona (dalje: SZ) i Zakona o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za RH (dalje: Lex Agrokor) za koje se procjenjuje da sadrže niz pravnih rješenja koja su dvojbena sa ustavnopravnog stajališta jer se njima krši temeljno ustavno i ljudsko pravo, pravo vlasništva.

2. PROBLEM ZAŠTITE PRAVA VLASNIŠTVA U (PRED)STEČAJNOM POSTUPKU

Stečajni postupak poseban je sudski postupak koji se provodi nad insolventnim i prezaduženim stečajnim dužnikom.³⁶³ Osnovna je značajka stečajnog postupka da se u njemu unovčava i rasprodaje imovina stečajnog dužnika i to s osnovnim ciljem namirenja potraživanja koja dužnik ima prema vjerovnicima.³⁶⁴ Na stečajni postupak se redovito, i to uglavnom potpuno opravdano, gleda kao na pravnu nužnost jer se njime trebaju ublažiti i minimalizirati štetne posljedice koje uslijed lošeg poslovanja dužnika nastaju za vjerovnike, zaposlenike i društvo u cjelini. Međutim, pitanje je, je li to dostatno opravdanje da se u tome postupku potpuno zanemare „vlasnička prava i interesi“ stečajnog dužnika i njegovih članova, kojima se pokretanjem postupka sva vlasnička prava oduzimaju i prenose na stečajnog upravitelja. Podredno, i kada je riječ o vjerovnicima, i u tome pogledu njihov položaj, kao nositelja „vlasničkih prava“ nikako nije ujednačen. Dok se pojedine kategorije vjerovnika namiruju u potpunosti, drugi, niži isplati redovi vjerovnika često moraju biti zadovoljni tek onim što dobiju. Sa stajališta prava vlasništva sporna je primjerice i situacija gdje odluka većine vjerovnika o otpisu potraživanja obvezuje i sve ostale, koji su glasali protiv takve odluke, a da im se pri tome uskraćuje pravna pravnu zaštitu u redovitom sudskom postupku.³⁶⁵

Navedeni primjeri nepobitno potvrđuju da u stečajnom postupku postoje potencijalni problemi i dvojbe u pogledu „zaštite prava vlasništva“. No za razliku od drugih pravnih grana i disciplina gdje se zaštititi prava vlasništva posvećuje velika pozornost, ono je u kontekstu stečajnog i predstečajnog postupka evidentno stavljeno u drugi plan. Razlog tome leži u posebnom pravnom režimu koji generalno i svugdje u svijetu vrijedi za stečajni postupak, ali i u činjenici da je stečajni postupak, barem u domaćoj u praksi, postavljen hijerarhijski više u odnosu na „pravo vlasništva“. To je u RH unazad nekoliko godina posebno došlo do izražaja nakon donošenja ZFPPN. Potom su neka od spornih rješenja prenesena i u novi SZ. Još je više kontroverzi izazvalo donošenje Lex Agrokora. Podredno se ukazuje na sporna rješenja sadržana u

*Izvanredni profesor, Pravni fakultet Osijek, Republika Hrvatska

**Docent, Pravni fakultet Osijek, Republika Hrvatska, lisimun@gmail.com

³⁶³ U RH stečajni postupak je reguliran Stečajnim zakonom NN 71/15, dalje: SZ.

³⁶⁴ Vidi čl. 2. st. 1. SZ-a.

³⁶⁵ Ograničavanje prava vlasništva u slučaju nastupa stečajnih razloga pojavilo se još u rimskom pravu. O tome vidi više: Ikrényi, Human rights and insolvency proceedings: a general introduction into a fundamental topic, Visegrad Journal on Human Rights, (2014) br. 1., str. 51. Dostupno na: http://vjhr.sk/archive/2014_1/12.pdf (25.9.2017.) i Grbić, S.; Matić, I.; Bodul, D., Uloga suda kao tijela državne vlasti u insolventijskim postupcima - od rimskih »praetora« do novog hrvatskog Stečajnog zakona konvencijskih, Anali Pravnog Fakulteta Univerziteta u Zenici. (2016) br. 17, str. 15.

navedenim propisima. No prethodno se uvodno iznose razlozi te gospodarsko i pravno ozračje koje je bilo inicijalni motiv za donošenje razmatranih propisa.

U tom smislu potrebno je osvrnuti se na razloge uvođenja predstečajnih nagodbi u hrvatski pravni sustav. Naime, učestalost gospodarskih kriza potakla je mnoge države na uvođenje predstečajnih postupaka u nacionalna zakonodavstva.³⁶⁶ Iz poredbenopravne perspektive može se zaključiti kako je svrha njihova uvođenja bila spriječiti otvaranje stečajnog postupka, odnosno prevenirati ekonomske i financijske krize na nacionalnim tržištima.³⁶⁷

U skladu s trendovima u poredbenim zakonodavstvima, RH je 2012. godine ZFFPN-i (Zakonom o financijskom poslovanju i predstečajnoj nagodbi)³⁶⁸ po prvi puta uvela model predstečajnih nagodbi u hrvatski pravni poredak.³⁶⁹ S obzirom na veliku medijsku popraćenost toga zakona i negativne reakcije koje je izazvao u svojoj primjeni, ubrzo su donesene njegove izmjene.³⁷⁰ Cijeli proces završio je tek 2015. godine donošenjem SZ-a kojim se uveo predstečajni postupak.³⁷¹ Njime su odredbe ZFFPN-i stavljene izvan snage u dijelu kojim je bila regulirana predstečajna nagodba.³⁷²

Sukladno SZ-u, predstečajni postupak provodi se radi uređenja pravnoga položaja dužnika i njegova odnosa prema vjerovnicima i održavanja dužnikove djelatnosti.³⁷³ Slično tomu, predstečajna nagodbaje sukladno ZFFPN-i imaza cilj ubrzati i smanjiti troškove postupka, kao i prisiliti vjerovnike da odluče o sudbini dužnika, osiguravajući si najpovoljnije uvjete za namirenje svojih tražbina kroz pružanje nove prilike dužniku za nastavak poslovanja.³⁷⁴

³⁶⁶Iako je Međunarodni monetarni fond navodio kako je hrvatsko zakonodavstvo u skladu s najvišim inslovencijskim standardima u razvijenim zemljama, doktrinarna razmatranja ukazivala su na velike materijalne i procesne nedostatke hrvatskog stečajnog prava Vuković, A.; Bodul, A., Analiza učinaka predstečajnih nagodbi, Informator, (2014) br. 6279, str. 12.

³⁶⁷Uzelac, A., Je li uređenje predstečajnog postupka bilo sukladno Ustavom? *Post festum* analiza više neriješenih procesnih i ustavnih problema, str. 1-2. Dostupno na: http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/E18_Predstečajni%20postupak_ustavnost.pdf, (29.8.2017.).

³⁶⁸NN, br. 108/12.

³⁶⁹Maganić, A., Pravna sredstva protiv predstečajne nagodbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, (2015) br. 3-4. vol. 65, str. 410.

³⁷⁰NN 108/12, 144/12, 81/13, 112/13, 71/15, 78/15.

³⁷¹Donošenjem SZ-a ponovno su uvedene novine u hrvatsko insolventijsko pravo kojima se nastojalo riješiti kronično loše uređenje stečajnih postupaka u RH. O tome vidi više: Bodul, D.; Vuković, A., (Još jedna) reforma stečajnog zakonodavstva – funkcionalizacija stečajno pravne zaštite ili placebo efekt?, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 36, (2015) br. 1, str. 182.

³⁷²Sukladno analizi učinaka predstečajnih nagodbi koju je izdalo Ministarstvo financija 2014. godine ukupan broj prijavljenih predstečajnih nagodbi iznosio je 6.464. Vuković, A.; Bodul, op. cit. bilj. 7, str. 9.

³⁷³Vidi čl. 2. st. 1. SZ-a.

³⁷⁴Uzelac, A., op. cit. bilj. 5, str. 3.

Slijedom navedenog, proizlazi da je model hrvatskog predstečajnog postupka, prvotno uveden ZFPPN-i, a potom djelomično modificiran SZ-om bio pokušaj preventivnog djelovanja da se kroz reorganizaciju dužnika spriječi propadanje velikog broja trgovačkih društava i očuvadomaće tržište.³⁷⁵ Iako se potonja svrha nedvojbeno postigla kod jednog broja poslovnih subjekata, generalno ocjenjujući postignuća i učinke ZFPPN postavlja se pitanje je li njegova primjena u konačnici donijela više štete nego koristi? Jesu li propusti ZFPPN-a ispravljeni pri donošenju novog SZ-a?

3. KRITIČKI OSVRT NA NAJSPORNIJE ODREDBE ZFPPN-A I NOVOG SZ SA STAJALIŠTA POVREDE PRAVA VLASNIŠTVA

ZFPPN zamišljen je kao ambiciozan pravni pothvat. Njime je trebalo ispraviti brojne nepravilnosti i probleme koji su u trenutku njegova donošenja opterećivali domaću poslovnu praksu: podići razinu odgovornosti uprave za solventnostposlovanja društva, uvesti red u pogledu rokova za ispunjenjeobveza i ukonačnici, zasigurno najvažniji i najambiciozniji cilj Zakona se odnosi na uvođenje predstečajnih nagodbi.³⁷⁶ Međutim, u sva tri područja regulacije, a napose u pogledu predstečajnog postupka, ubrzo po donošenju ZFPPN na vidjelo izlaze brojne regulatorne nelogičnosti i propusti. Detaljna analiza svake takve odredbe nadilazi ciljeve ovoga rada, stoga se podredno iznosi samo kritika pravnih rješenja koja za posljedicu imaju narušavanje načela zaštite prava vlasništva.

U pogledu navedenog, jedno je od najspornijih pitanja ZFPPN ono o odnosu dužnika i vjerovnika i načinu utvrđivanja tražbina vjerovnika. Stjecanje statusa vjerovnika, a time i prava glasa u cijeloj predstečajnoj nagodbi, ovisio je isključio o tome je li dužnik na ispitnom ročištu priznao ili osporio vjerovnikovu tražbinu.³⁷⁷ ZFPPN je propisivao da su utvrđene samo one tražbine u pogledu kojih je postojala suglasnost između dužnika i vjerovnika o osnovanosti i visini tražbine te tražbine za koje je postojala ovršna isprava, osim ako je dužnik raspolagao javnom ili javno ovjеровljenom ispravom kojom je mogao dokazati da je tražbina prestala.³⁷⁸ Na temelju ovih odredbi dužnik je samostalno ili u dogovoru s vjerovnikom mogao stvarati fiktivne vjerovnike i na taj način osporiti tražbine stvarnih vjerovnika. Dodatan problem bio je što u tom slučaju ni oštećeni vjerovnici ni povjerenik stečajne nagodbe nisu imali nikakav mehanizam pravne zaštite.³⁷⁹ Osim toga, ove zloupotrebe odražavale su se i na

³⁷⁵Ibid.

³⁷⁶Vidi čl. 1. ZFPPN-a. O razlozima implementacije predstečajnih nagodbi u hrvatski pravni sustav vidi više: *ibid.*

³⁷⁷Ibid, str. 21.

³⁷⁸Čl. 60. st. 2. ZFPPN-i.

³⁷⁹Tako u odnosu na ZFPPN-i i: Uzelac, A., *op. cit.* bilj. 5, str. 19..

budući tijekom predstečajne nagodbe jer su samo vjerovnici s utvrđenim tražbinama imali pravo glasa.³⁸⁰ Stoga se opravdano postavljalo pitanje ustavnosti ovih odredbi jer se njima ograničavalo pravo vjerovnikaosporenih tražbina na pristup sudu.³⁸¹

Usljed brojnih protesta struke i javnosti ZFPPN je nakon brojnih izmjena ukinut te se pristupilo izradi novog SZ-a. Donošenjem SZ-a, pogreške i propusti ZFPPN sudjelomično ispravljene. Tako novi SZ u pogledu spornog problema u svezi s tražbinama propisuje da se tražbine prijavljene u propisanom roku smatraju utvrđenim, ako ih nije osporio dužnik, povjerenik (ako je imenovan) ili vjerovnik.³⁸² Takvim uređenjem, kontrola utvrđenih tražbina je poboljšana u odnosu na ZFPPN-i.³⁸³ No unatoč tomu, model utvrđenja tražbina u predstečajnom postupku je i dalje nedorečen. U tom smislu važno je uočiti kako SZ i dalje ne propisuje obvezu imenovanja povjerenika predstečajnog postupka, već proizlazi da će ga sud imenovati samo ako procjeni da je to potrebno.³⁸⁴ To ima za posljedicu da će vjerovnici u slučaju neimenovanja povjerenika ostati bez stručnog predstavnika čime se ponovno dovodi u pitanje mogućnost raščlambe stvarnih od fiktivnih tražbina.³⁸⁵ Iako je za pretpostaviti kako će sud u većini slučajeva imenovati povjerenika predstečajnog postupka, opravdano se postavlja pitanje zašto se nije propisala zakonska obveza imenovanja povjerenika čime bi se otklonile potencijalne zloupotrebe koje se mogu pojaviti u slučaju da se on ne imenuje.³⁸⁶ Naime, kako prema SZ-u vjerovnici i dalje nemaju svoje predstavničko tijelo u predstečajnom postupku, u situacijama kada sud ne bi imenovao povjerenika, njihovi interesi bili bi ozbiljno dovedeni u pitanje.³⁸⁷ Istina je kako bi se u tim situacijama vjerovnici mogli sami izboriti za svoja prava, no tu se ponovno otvara pitanje obaviještenosti svih vjerovnika o tome da je otvoren predstečajni postupak.³⁸⁸

Jedno je od problematičnih rješenja SZ, a koje je preuzeto iz ZFPPN³⁸⁹, pravno rješenje kojim se uređuje pitanje legitimacije za pokretanje

³⁸⁰Čl. 62. st. 4. ZFPPN-i.

³⁸¹Tako u odnosu na ZFPPN-i i: Uzelac, A., op. cit. bilj. 5, str. 19. O ovom slučaju riječ je i u odnosu između različitih skupina vjerovnika gdje se ugrožava pravo vlasništva jer se različito odnosi prema privatnoj imovini primjerice solidarnih dužnika u odnosu na obične dužnike.

³⁸²Čl. 47. SZ-a.

³⁸³Riječ je o odredbama kojima je SZ propisao ovlaštenje povjereniku da ispituje poslovanje dužnika, popis imovine i dužnikove obveze, prijavljene tražbine kao i da osporava tražbine čija je osnovanost ili visina dovedena u sumnju uslijed priopćenja vjerovnika ili iz nekoga drugog razloga. Vidi čl. čl. 35. ZFPPN. Tako i Garašić, J., Najznačajnije novine Stečajnog zakona iz 2015. godine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 38, (2017) br. 1, str. 142.

³⁸⁴Ibid, str. 143. Vidi: čl. 33. st. 2. SZ-a.

³⁸⁵Ibid. Garašić.

³⁸⁶Garašić, J., op. cit. bilj. 21, str. 143.

³⁸⁷Ibid.

³⁸⁸Ibid.

³⁸⁹Ibid.

predstečajnog postupka. Naime, SZ propisuje da predstečajni postupak može pokrenuti dužnik ili vjerovnici ako se s time složi dužnik.³⁹⁰ Pomnijom analizom ove odredbe proizlazi kako je odluka o pokretanju predstečajnog postupka u oba slučaja i dalje samo na dužniku. U slučajevima u kojima vjerovnici ne ishode pristanak dužnika, po samom slovu zakona, predstečajni se postupak ne bi mogao pokrenuti.

Slijedom navedenog, proizlazi kako jeovo samo kozmetička izmjena SZ-a, u odnosu na ZFPPN-i, koja nema stvarnu praktičnu važnost i ne razlikuje se od prijašnjeg uređenja iz ZFPPN-i. Naime, nije sporno kako se i dužniku i vjerovniku treba dati mogućnost prijedloga otvaranja predstečajnog postupka, kao i to da se otvaranje predstečajnog postupka ne može prepustiti na samovolju vjerovnicima. U suprotnom, dužnikovo pravo vlasništva bilo bi ugroženo i moglo bi ovisiti o samovolji pojedinih vjerovnika. No, potrebno je jasno precizirati uvjete sukladno kojima dužnik može uskratiti suglasnost za otvaranje predstečajnog postupka ako se taj postupak pokreće na prijedlog vjerovnika. Stoga se kao najbolje rješenje predlaže pooštavanje postojećeg uređenja prema kojem bi dužnik mogao uskratiti svoju suglasnost jedinopod odgovnim uvjetom, odnosno uz probni rok (tzv. *grace period*) ili davanjem valjanog osiguranja.

U odnosu između vjerovnika različitih skupina, evidentno je kako je ZFPPN-i favorizirao pojedine skupine vjerovnika, pritom nanoseći štetu drugim skupinama.³⁹¹ Riječ je o neuravnoteženom odnosu između tzv. velikih i malih vjerovnika. Pod izrazom „*veliki vjerovnici*“ misli se na banke, financijske institucije i porezne tražbine RH, a pod izrazom „*mali vjerovnici*“ misli se na ostale vjerovnike ili pak na vjerovnike čije tražbine ne predstavljaju značajnije iznose u ukupnom iznosu duga dužnika.³⁹² Bilo je sporno jesu li određene skupine vjerovnika u startu privilegirane samo na temelju činjenice da su veliki.³⁹³ U tom smislu nije napravljen veliki pomak ni u SZ-u. Može se zaključiti kako se i dalje favoriziraju veliki, u odnosu na male vjerovnike.

Odnos između vjerovnika bitan je i u pogledu prava glasa i donošenja odluka u predstečajnom postupku. Naime, SZ propisuje presumpciju da se smatra da su vjerovnici prihvatili plan restrukturiranja ako je za njega glasovala većina svih vjerovnika i ako u svakoj skupini zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za plan, dvostruko prelazi zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv prihvaćanja plana.³⁹⁴ Ovdje je sporno zašto hrvatski zakonodavac nije primijenio ista pravila o određivanju većine kod stečajnog plana u stečajnom

³⁹⁰ Čl. 25. SZ-a.

³⁹¹ Tako u odnosu na ZFPPN-i i: Uzelac, A., op. cit. bilj. 5, str. 19.

³⁹²: Uzelac, A., op. cit. bilj. 5, str. 19.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ Ibid. U ZFPPN-i bilo je da je u postupku predstečajne nagodbe kod glasovanja o planu financijskog restrukturiranja dostajala činjenica da su za plan glasovali vjerovnici čije tražbine su prelazile dvije trećine vrijednosti svih utvrđenih tražbina (čl. 63. st. 2. i čl. 66. st. 9. ZFPPN-i), što znači da je time bila omogućena dominacija vjerovnika s velikim tražbinama. (Garašić, J., op. cit. bilj. 21, str. 143).

postupku i na određivanje većine kod plana restrukturiranja u predstečajnom postupku.³⁹⁵ Naime, kod stečajnog plana smatra se da su ga vjerovnici prihvatili, ako je u svakoj skupini glasovala većina vjerovnika (a ne većina svih vjerovnika) i ako zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali za stečajni plan dvostruko prelazi zbroj tražbina vjerovnika koji su glasovali protiv stečajnog plana.³⁹⁶ Takvo načelo je puno pravednije u odnosu na postojeći model određivanja većine prilikom glasovanja u predstečajnom postupku.

Osim toga i dalje je sporan položaj razlučnih vjerovnika. Iako deklaratorno predstečajni postupak ne utječe na pravo odvojenog namirenja razlučnih vjerovnika,³⁹⁷ problem je što prema SZ-u, predstečajni sporazum ne smije zadirati u pravo razlučnih vjerovnika na namirenje iz predmeta na kojima postoje prava odvojenoga namirenja, ako tim sporazumom nije izrijekom drukčije određeno.³⁹⁸ Ako je predstečajnim sporazumom drukčije određeno, čak i bez suglasnosti razlučnih vjerovnika, posebno će se navesti u kojem se dijelu njihova prava smanjuju, na koje vrijeme se odgađa namirenje i koje druge odredbe predstečajnoga sporazuma prema njima djeluju.³⁹⁹

Za razliku od toga stečajnim planom stečajnom postupkom moguće je nametnuti ograničenje prava razlučnih vjerovnika, ali samo pod uvjetom da razlučni vjerovnici budu dovedeni u lošiji od onoga u kojem bi bili da nemastečajnog plana.⁴⁰⁰ Slijedom navedenog, proizlazi kako se isto zakonsko rješenje trebalo predvidjeti za razlučne vjerovnike i u predstečajnom postupku.⁴⁰¹ Imovinski insolventnog dužnika u pravilu sastoji se od razlučnih prava, pa je teško osmisлити plan restrukturiranja, u kojem ne bi trebali sudjelovati razlučni vjerovnici.⁴⁰² Stoga je opravdano nametnuti ograničenja razlučnim vjerovnicima, ali samo pod uvjetom da ih se ne dovede u lošiji položaj od onoga u kojem bi se našli da je otvoren stečajni postupak.

³⁹⁵Ibid. Usporedi čl. 59. st. 2. SZ-a s čl. 330. st. 1. SZ-a.

³⁹⁶Ibid.

³⁹⁷Čl. 66. al. 1. SZ-a. Novina je što je odredbama SZ-a propisano da razlučni vjerovnik čije se različito pravo temelji na založnom pravu stečenom pljenidbom novčane tražbine po računu dužnika provedbom ovrhe na novčanim sredstvima po računu može zatražiti od povjerenika ili suda, da zastane s provedbom ovrhe i osiguranja i dopusti dužniku raspolaganje s novčanim sredstvima po računu i prije otvaranja postupka predstečajne nagodbe, ako bi time dužniku nastala nenadoknativa šteta. Cindrić, S., Nova uloga Financijske agencije prema odredbama Stečajnog zakona, Hrvatska pravna revija, (2017) br. 2, str. 48-49.

³⁹⁸Garašić, J., op. cit. bilj. 21, str. 143.

³⁹⁹Garašić, J., op. cit. bilj. 21, str. 143. Usporedi. čl. 38. st. 4. reč. 1.-2. SZ.

⁴⁰⁰Ibid. Usporedi čl. 308. st. 1. toč. 1.; čl. 309. st. 1.-2.; čl. 337. SZ-a.

⁴⁰¹Ibid.

⁴⁰²Ibid.

4. LEX AGROKOR

U travnju 2017. godine stupio je na snagu Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za RH, tzv. Lex Agrokor.⁴⁰³ Postupak njegova donošenja izazvao je lavinu burnih komentara u stručnoj javnosti. Aktualnosti teme još više je pridonijela i činjenica da taj zakon do sada jedino primijenio na trgovačko društvo čiji je većinski vlasnik jedan od najbogatijih ljudi u regiji.

Sukladno odredbama Lex Agrokor, njegov glavni cilj bio je zaštititi održivost poslovanja trgovačkih društava od sistemskog značaja za RH.⁴⁰⁴ Riječ je o trgovačkim društvima koja svojim samostalnim poslovanjem ili zajedno sa svojim ovisnim ili povezanim društvima, utječu na ukupnu gospodarsku, socijalnu i financijsku stabilnost u RH.⁴⁰⁵ Opravdavajući razloge njegova donošenja, domaći zakonodavac navodi kako je razina zaštite koja se njime postiže opravdana, odnosno nužna, prikladna i razmjerna interesu RH.⁴⁰⁶ Ta se zaštita provodi kroz brz i učinkovit postupak preventivnog restrukturiranja trgovačkih društava od sistemskog značaja za RH, radi osiguravanja likvidnosti, održivosti i stabilnosti poslovanja.⁴⁰⁷ Kako je Lex Agrokor na snazi tek nekoliko mjeseci, teško je u ovome trenutku procijeniti njegove pozitivne ili negativne učinke te utvrditi ostvaruju li se deklaratorni ciljevi Zakona. No neovisno o tome, moguće je kritički preispitati pojedina zakonska rješenja i iznijeti vlastite prosudbe o njihovoj kvaliteti i/ili opravdanosti.

Tako se već na samom početku analize koja slijedi valja napomenuti da se već na prvi pogled stječe dojam da je Lex Agrokor, iako propis *suigeneris*, ipak svojevrsna kompilacija nekolicine domaćih propisa i to SZ-a i ZFPPN-a.⁴⁰⁸ U prilog ovoj tvrdnji govori odredba koju nalazimo na početku samog Zakona, a koja je istovjetna, ranije analiziranoj odredbi SZ.

Naime, i Lex Agrokor, jednako kao i SZ propisuje da pokretanje postupka izvanredne uprave može predložiti samo dužnik ili vjerovnik dužnika (ili dužnikovih povezanih i ovisnih društava) uz suglasnost dužnika.⁴⁰⁹

⁴⁰³NN, br. 32/17.

⁴⁰⁴Čl. 1. st. 1. Lex Agrokor.

⁴⁰⁵Ibid.

⁴⁰⁶Čl. 1. st. 2. Lex Agrokor.

⁴⁰⁷Ibid. Zakon uređuje mjere koje je ovlaštena provoditi izvanredna uprava za trgovačka društva od sistemskog značaja za RH, nadležna tijela u postupku izvanredne uprave i druga pitanja s tim u vezi (čl. 2. Lex Agrokor). Osim toga, Lex Agrokor propisuje i pretpostavke za otvaranje postupka izvanredne uprave, provedba postupka izvanredne uprave, pravne posljedice otvaranja i provedbe postupka izvanredne uprave (čl. 3. st. 1. Lex Agrokor). Zanimljivo je kako je u zakonu propisano kako se odnos između dužnika i vjerovnika regulira uvođenjem mjere izvanredne uprave uz istodobno razmjerno uvažavanje interesa drugih sudionika (čl. 3. st. 2. Lex Agrokor).

⁴⁰⁸Usporedi primjerice odredbe čl. 68. SZ-a s odredbom čl. 41. Lex Agrokor koji se tiču moratorija svih sudskih i ovršnih postupaka u slučaju otvaranja stečajnog ili predstečajnog zakona.

⁴⁰⁹Čl. 21. st. 1. Lex Agrokor.

Ocjenjuje se da je nedopustivo prepustiti odluku o pokretanju izvanredne uprave samo dužniku. Pritom, pomna analiza ove odredbe pokazuje da je riječ o odredbi koja nema praktičnu važnost, jer pokretanje postupka izvanredne uprave ovisi isključivo o volji dužnika. Čak i da vjerovnici predlože pokretanje postupka izvanredne uprave, on ne može formalno započeti, sve dok vjerovnici ne ishode suglasnost dužnika. Stoga bi i ovdje trebalo uvesti uvjete prema kojima bi dužnik smio uskratiti suglasnost (npr. davanje dodatnih jamstava, *grace periodi* sl.). U slučaju da dužnik ne uspije ostvariti dodatne uvjete, bilo bi opravdano dopustiti pokretanje postupka izvanredne uprave i na prijedlog vjerovnika bez suglasnosti dužnika.

Uz navedeno, jedna od ključnih zamjerki ovog zakona je da se odnosi samo na odabrane. Naime, provodi se samo nad trgovačkim društvom od sistemskog značaja za RH. Riječ je o dioničkim društvima i njihovim ovisnim i povezanim društvima za koja je utvrđeno postojanje stečajnih ili predstečajnog razloga, koje ugodini koja prethodi godini u kojoj je podnesen prijedlog za otvaranje postupka izvanredne uprave, zapošljava više od 5000 radnika i ima postojeće obveze samostalno veće od 7.500.000.000,00 kuna.⁴¹⁰ S tim da se zakon ne odnosi na kreditne institucije bez obzira ispunjavaju li navedene uvjete.⁴¹¹

Takvim uređenjem, Lex Agrokor je do sada osigurao poseban tretman samo jednom domaćem trgovačkom društvu i u budućnosti eventualno se može očekivati njegova primjena na još nekolicinu sličnih trgovačkih društava. Ovaj zaključak temelji se na statističkim podacima iz 2015. godine prema kojima je u RH postojalo samo deset trgovačkih društava koja se sukladno Lex Agrokoru smatraju društvima od sistemskog značaja za RH.⁴¹² Stoga i ne čudi lavina negativnih reakcija koje je ovaj zakon izazivao. Upravo iz tih razloga, opravdano je zapitati se zašto je država reagirala tek sada i jedino u ovom slučaju, kao i to kako se donošenjem samo jednog zakona moglo obuhvatiti sve buduće slučajeve od sistemskog značaja za RH?

Naime, u ne tako davnoj prošlosti, svjedočili smo (i još uvijek svjedočimo) propadanju velikih nacionalnih trgovačkih društava. U tim je slučajevima, država poštujući slobodu poduzetništva i načelo ravnopravnog položaja poduzetnika na tržištu bile tek pasivni promatrač propadanja niza velikih gospodarskih subjekata. Stoga se ne možemo ne upitati, postoje li u RH „povlašteni i obespravljani“.

Uplitanje države u privatnopravne odnose problematično je i iz konteksta slobode poduzetništva i trodiobe vlasti. Naime, prijedlog za otvaranje izvanredne uprave podnosi se sudu.⁴¹³ O tom prijedlogu sud je obvezan

⁴¹⁰Čl. 21. Lex Agrokor.

⁴¹¹Čl. 4. st. 3. Lex Agrokor.

⁴¹²Slovinić, J., Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja, Informator, (2017), br. 6469, str. 8.

⁴¹³Čl. 22. Lex Agrokor.

obavijestiti Vladu RH i Ministarstvo istog dan kad je zaprimljen prijedlog. Potom je Vlada RH dužna u roku dva radna dana od dana zaprimanja obavijesti za otvaranje postupka izvanredne uprave od strane suda donijeti odluku o prijedlogu za imenovanje izvanrednog povjerenika i bez odgađanja ju dostaviti sudu.⁴¹⁴ Sud će u roku dva radna dana od dana primitka odluke Vlade RH o prijedlogu za imenovanje izvanrednog povjerenika, donijeti rješenje o otvaranju postupka izvanredne uprave i donijeti odluku o imenovanju izvanrednog povjerenika sukladno prijedlogu Vlade RH, osim ako temeljem dostavljenih isprava i izjava predlagatelja utvrdi da neki od uvjeta nije ispunjen.

Proizlazi kako je uloga suda samo posrednička. Naime, sud nema stvarne mehanizme kojima može sudjelovati u odluci o pokretanju li nepokretanju postupka, kao i o imenovanju i opozivu izvanrednog povjerenika. Ozbiljno je dovedena u pitanje i trodioba vlasti jer se ovakvim postupanjem izvršna, miješa u sudsku vlast. Na taj način, Vlada RH prebacuje sebe odgovornosti za odluke koje je donijela i u javnosti ih prikazuje kao sudske odluke.

To posebno dolazi do izražaja u odnosu na način, postupak imenovanja i opoziv izvanrednog povjerenika. Postavlja se pitanje je li pod parolom zaštite nacionalnih interesa opravdano državno uplitanje u privatno vlasništvo i postavljanje izvanrednog povjerenika na prijedlog Ministarstva uz potvrdu Vlade RH, a ne primjerice suda.⁴¹⁵ Kako u tom slučaju otkloniti politički utjecaj prilikom odabira izvanrednog povjerenika?⁴¹⁶ Dvojbeno je i to da opoziv izvanrednog povjerenika može predložiti Vlada RH u svakom trenutku bez navođenja razloga sukladno kojima se povjerenik opoziva.⁴¹⁷ Dakle, odluka o imenovanju i opozivu izvanrednog povjerenika je u potpunosti stvar diskrecijske ocjene izvršne vlasti.

Osim toga, dvojben je i širok raspon prava povjerenika. Izvanredni povjerenik u ime dužnika (vlasnika) ostvaruje sva prava povezana s vlasničkim udjelom dužnika u povezanim i ovisnim društvima sukladno važećem zakonodavstvu.⁴¹⁸ On samostalno vodi poslovanje dužnika i poduzima sve radnje u postupku koje su mu povjerene i koje su potrebne za redovito poslovanje dužnika. Riječ je o radnjama koje uključuju i sva plaćanja nužna za redovno poslovanje sukladno ZFPN-isve tražbine radnika dužnika i povezanih i ovisnih društava iz radnog odnosa neovisno o danu nastanka.⁴¹⁹ Jedino ograničenje ovlasti izvanrednog povjerenika je da on ne može bez suglasnosti vjerovničkog

⁴¹⁴Čl. 24. st. 2. Lex Agrokor.

⁴¹⁵Vidi čl. 11. Lex Agrokor. Lex Agrokor propisuje kako izvanredni povjerenik može biti svaka osoba koja ispunjava uvjete za člana uprave sukladno odredbama Zakona o trgovačkim društvima. Imenuje ga sud na prijedlog Vlade RH.

⁴¹⁶Zanimljivo je kako je izvanredni povjerenik obvezan ishoditi prethodno odobrenje Ministarstva vezano i uz imenovanje savjetnika (čl. 12. st. 11. Lex Agrokor).

⁴¹⁷Čl. 15. Lex Agrokor.

⁴¹⁸Čl. 12. st. 3 Lex Agrokor.

⁴¹⁹Čl. 12. st. 7. Lex Agrokor.

vijeća donijeti odluku niti poduzimati radnje s ciljem raspolaganja nekretninama dužnika, dionicama ili udjelima u ovisnim i ostalim društvima te prijenosa gospodarske cjeline, ako njihova vrijednost prelazi 3.500.000,00 kuna.⁴²⁰ Dakle, za sve manje iznose povjerenik je samostalan u pogledu odlučivanja.

Proizlazi kako je privatno vlasništvo dužnika, nad kojim je otvoren postupak izvanredne uprave, prepušteno osobi koju je odabrala izvršna, a ne sudbena vlast. Pri tome, tek usput rečeno, postoje ozbiljne zamjerke glede postupka imenovanja i kriterija koje mora ispunjavati osoba povjerenika.⁴²¹

Nadalje kod Lex Agrokor, sporno je što se nakon otvaranja postupka onemogućuje naplata svojih potraživanja vjerovnika po svim osnovama kao i pokretanje sudskih postupka za ostvarivanje prava s naslova potraživanja tražbina.⁴²² Postavljanjem ovakvog moratorija povrijeđeno je pravo (vjerovnika) na pristup sudu.

U cilju objektivnog prikaza valja se osvrnuti se i na argumente zagovornika Lex Agrokor. Oni navode kako je država postupila sukladno čl. 50. Ustava RH i kako je riječ o mjeri koja je bila nužna. Ta odredba propisuje da je država ovlaštena ograničiti pravo vlasništva i poduzetničke slobode u interesu RH. Na istom tragu je i praksa Ustavnog suda koji napominje kako je svaka mjera koju država u postupku ograničavanja ili oduzimanja vlasništva poduzima mora biti usklađena sa zahtjevima zakonitosti, javnog interesa i razmjernosti i na njima se mora zasnivati.⁴²³

Iako je nesporno kako je očuvanje radnih mjesta interes RH, sporno je li se pri tome poštivala odredba članka 16. Ustava RH koji propisuje da se takva

⁴²⁰Čl. 12. st. 8. Lex Agrokor.

⁴²¹Postavlja se pitanje zašto takvu osobu formalno imenuje sud i zašto nije propisano da takva osoba mora imati dodatne kompetencije i uvjete (primjerice položeni ispit za stečajnog upravitelja, obveza provedbe javnog natječaja prilikom izbora povjerenika) na temelju kojih bi se lako dokazala njegova stručnost i sposobnost vođenja trgovačkih društava od sistemskog značenja za RH. Naime, izvanrednom povjereniku preko noći se prepušta vođenje trgovačkog društava od sistemskog značenja za RH, samo na temelju odluke izvršne vlasti. S obzirom na visok stupanj nepovjerenja hrvatske javnosti u političare, za očekivati je kako će se dužnik nad kojima je pokrenut ovaj postupak pozivati na svoja ustavna prava zaštite prava vlasništva i onemogućavanje slobode poduzetništva.

⁴²²Vidi čl. 41. Lex Agrokor. Primjerice, moratorij se odnosi i na tražbine razlučnih vjerovnika koji za vrijeme trajanja izvanredne uprave ne mogu pokrenuti postupak za odvojeno namirenje radi ostvarivanja svojih prava (čl. 41. st. 5. Lex Agrokor). O tome vidi više: Šimunc, N., Prijava tražbina vjerovnika u postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značenja za RH, Računovodstvo i financije, (2017) br. 5, str. 7; Čuveljak, J., Prijava tražbina u postupku izvanredne uprave, Pravo u gospodarstvu, (2017) br. 5, str. 568.

⁴²³Marković, S.; Radin, M.; Trgovac, S., Ustavna zaštita prava vlasništva u svjetlu stavova Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, (2011) br. 1, str. 626. O zaštiti ljudskih prava u upravnim postupcima u RH vidi više: Bogdanović, T., Zaštita prava vlasništva iz članka 1. Protokola 1. Europske konvencije u praksi upravnog suda Republike Hrvatske, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 32, (2011) br. 1, str. 585.

ograničenja mogu provoditi samo razmjerno potrebi za ograničenjem u pojedinom slučaju. Naime, sporno je li država trebala već odavno reagirati. Ako uzmemo u obzir da su jedni od najvećih Agrokorovih vjerovnika strana trgovačka društva za očekivati je kako će se upravo oni najviše pozivati na povredu prava vlasništva i pravnu neizvjesnost. Naime, sukladno odredbama SZ-a vjerovnici su opravdano mogli očekivati otvaranje stečajnog postupka i primjenu načela stečajnog prava. Sada su se našli u situaciji gdje se na njih primjenjuje Lex Agrokor, koji u bitnom odstupa od načela stečajnog prava i ne daje odgovore na sve situacije koje se mogu pojaviti u praksi. Stoga se s obzirom na trenutno stanje stvari još ne može sa sigurnošću reći je li donošenje ovoga zakona bilo nužno. To će se to tek vidjeti u vremenima koja nam predstoje.

Trenutno se jedino može zaključiti kako su se isti efekti mogli postići i korištenjem nepravedno zapostavljenih instituta stečajnog prava (npr. reorganizacijom dužnika i sl.). Riječ je o institutima koji su u domaćem pravu marginalizirani, a u srodnim poredbenim zakonodavstvima se uvelike primjenjuju s pozitivnim ishodom i za insolventnog dužnika i vjerovnika.

ZAKLJUČAK

U RH je zaštita ustavnih prava, barem deklaratorno, u skladu s najvišim međunarodnim standardima zaštite ljudskih prava. Unatoč tomu, RH je u pojedinim nedavno donesenim zakonima ograničila pravo vlasništva i narušila jednak položaj poduzetnika na tržištu radi zaštite općih interesa.

U radu se kao primjeri takvih spornih zakonskih rješenja analiziraju odredbe ZFPPN-i, SZ-a i Lex Agrokor. Ovi zakoni su eklatantan dokaz da u RH postoje povlaštene, oni najpovlašteniji i obespravljene. Pod izlikom javnog i općeg interesa krši se pravo vlasništva širokog sloja poduzetnika, čija vlasnička prava, kao da ne postoje. Tim zakonima su stavljeni u privilegirani vlasnički položaj samo pojedine jedne kategorije poduzetnika, a pri tome se u potpunosti vlasnički obespravljuju brojne druge, slabije kategorije poduzetnika. Zbog toga njihova vlasnička prava, izgleda, vrijede manje.

Takav tretman ozbiljno dovodi u pitanje deklaratorno isticanje ustavnopravne jednakosti svih pred zakonom, narušava jednak položaj poduzetnika na tržištu što dovodi do povrede prava vlasništva pojedinih vjerovnika uz favoriziranje prava vlasništva u odnosu na druge povlaštenije pravne subjekte. Dvojbena je i u kojoj je mjeri stupanj zadiranja u ustavno zajamčeno pravo jednakog položaja vjerovnika na tržištu i zaštita pravo vlasništva razmjernu potrebi.

Dubravka Akšamović, PhD
Associate Proffesor, Faculty of Law Osijek
Lidija Šimunović, Phd
Assitant, Faculty of Law Osijek

“Legal“ breach of property rights in Croatia- privileged, more privileged and underprivileged

Abstract: *Property right is one of basic human rights. It is recognized by article 17. of the European Charter of Human Rights as well as by the article 1, Protocol No. 3 of the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms. Besides that, it seems relevant to emphasize that property right is in Croatia protected by the article 48. of the Constitution of Republic of Croatia. That confirms that Croatia is, as an EU member state but also as proeuropean country, dedicated to protection of the highest human rights standards and values. However, this declaratory commitment often does not work in practice. In last few years Croatian Parliament adopted several pieces of legislation which are, explored from position of protection of property rights, at least doubtful. Such is in particular, so called Lex Agrokor or the Law on extraordinary management in companies of particular interest for Republic of Croatia. It is a typical example of the law which makes distinction between privileged, less privileged and unprivileged creditors. It evidently breaks the propriety rights of broad range of creditors for the sake of “public interest” and one or several privileged creditors. In that sense, paper will explore number of Croatian laws, enacted recently, which favour one group of creditors versus others, usually those who are not in close relationship with governing structures or who are “not big enough”, because of what, their property rights, worth less.*

Key words: *property rights, European Convention for the protection of human rights and fundamental freedom, pre-bankruptcy procedure, Law on extraordinary management in companies of particular interest for Republic of Croatia.*

ОДРЖУВАЊЕТО НА ЈАВНИТЕ ПАТИШТА И ШТЕТИТЕ ПРЕДИЗВИКАНИ ОД ЖИВОТНИ: КРИТИКА НА СЕКТОРСКИТЕ ПРАВИЛА

УДК: 351.811.111.3/5:347.516 (497.7)
Original research paper

***Апстракт:** Традиционално, проблематиката на штетите настанати на јавните патишта се уредува со секторски правила. Ваква е состојбата и на домашните прописи и истите се однесуваат и на штетите на јавните патишта чиј што извор се животни. Во трудот, нивната соодветност се разгледува од неколку аспекти. Најпрво, начелно се разгледува соодветноста на секторските правила во контекст на општиот режим за одговорноста за штета предизвикана од животни уреден во Законот за облигационите односи, особено по неговата новелација извршена во 2008 година. Понатаму, се анализира проблематиката на кругот одговорни субјекти според секторските правила, а во контекст на законските обврски на соодветните субјекти задолжени за одржување на јавните патишта. Конечно, се разгледаат границите на одговорноста на соодветните субјекти во смисла на изречните секторски правила. Се изнесуваат, притоа, критички ставови за правно-политичката основаност и соодветноста на секторските правила.*

***Клучни зборови:** штета, животни, јавни патишта, одговорни субјекти, секторски правила, граници на одговорноста.*

1. Постапување на проблемот

Домашниот правен систем, како и повеќето во споредбеното право,⁴²⁴ проблематиката на штетите настанати на јавните патишта ја покрива со секторски правила. Станува збор за правилата содржани во Законот за јавните патишта.⁴²⁵ Наведените правила поседуваат извесни

*Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

⁴²⁴ Вид. Cees van Dam, *European Tort Law* (2nd edn, Oxford University Press 2013) 482-88.

⁴²⁵ 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, 116/15, 150/15, 31/16, 71/16 и 163/16 (ЗЈП).

специфичности па, оттаму, важат како *lex specialis* во однос на правилата на Законот за облигационите односи.⁴²⁶ Ова е, начелно, неспорно како законодавен пристап но, од друга страна, се поставува прашањето за соодветноста на секторските правила. Согласно предметот на обработка на овој прилог, ова во поглед на штетите на јавните патишта чиј што извор се животните. Се поставува оттаму, начелното прашање за релацијата на секторските правила со т.н. општ режим на одговорноста за штетите предизвикани од животни,⁴²⁷ кој што пак е резултат на новелација на ЗОО извршена во 2008 година.⁴²⁸ Сојузниот Закон за облигационите односи од 1978 година,⁴²⁹ како ни основната верзија на ЗОО од 2001 година која што пак го презема претходниов во најголемиот дел,⁴³⁰ не содржеа вакви правила.

Основна претпоставка на анализите што следат е дека животното е само еден од изворите на штетите што настануваат на јавните патишта. Оттаму, овие штети генерално се поимаат како штети настанати на јавен пат, како типично место на настанување на штетата, а не како штети предизвикани од страна на животни. Со други зборови, животното е само еден од изворите на штетите што настануваат на јавен пат, најчесто на корисниците на моторни возила што се движат по јавните патишта, па одговорноста за овие штети се уредува како и одговорноста за другите штети што можат да настанат на јавен пат како, на пр., штетите од оштетувања на патот, од излиени течности на патот, од одрони на патот, итн. Домашните секторски правила, од друга страна, познаваат извесни специфичности чија што оправданост тешко дека може да се брани. Согласно изречните секторски правила, првата се однесува на кругот одговорни субјекти, додека втората се однесува на границите на нивната одговорност. Притоа, овие посебности некогаш се однесуваат само на штетите предизвикани од животни а некогаш, како што ќе се види од понатамошните излагања, веројатно и на сите штети настанати на јавните патишта. Овој прилог, начелно, тргнува од претпоставката на несоодветност на секторските правила и истата ќе биде, во продолжение, предмет на дополнителна аргументација.

⁴²⁶ 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).

⁴²⁷ Вид. Ненад Гавриловиќ, „Одговорност за штета предизвикана од животни: општ режим“ (2016) 54 *Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје (во чест на Јане Миљовски)* 301, 309-10.

⁴²⁸ 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).

⁴²⁹ Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија, бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89 (ЗОО 1978).

⁴³⁰ Вид. Гале Галев и Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, *Облигационо право: практикум, книга прва* (Просветно дело 2001) 7-8.

2. Одржувањето на јавните патишта како законска обврска и последователната одговорност

Потребата од посебни правила за одговорност за штетите настанати на јавните патишта првенствено се базира на специфичните дејности што определени субјекти ги преземаат во врска со управувањето, планирањето, изградбата, реконструкцијата, рехабилитацијата, одржувањето, заштитата, финансирањето и надзорот на јавните патишта (чл. 1 ЗЈП). Притоа, како што е споменато, за предметната проблематика примарната детерминанта на штетата не е дејствието на животното, било ова *contra naturam* или не,⁴³¹ туку самата штета настаната на јавен пат што, помеѓу другото, може да настане и со учество на животното. Оттаму, одговорноста за штетите настанати на јавните патишта, чиј што извор се животни, во принцип се вклопува во генералниот систем на одговорност за штета предизвикана на јавните патишта. Што се однесува до спецификите на домашните секторски правила, нужно е претходно накусо да се согледаат основните постановки на системот на правилата што се применуваат на јавните патишта за, последователно, да се влечат правилата за одговорноста за штетите предизвикана на истите. Ова во смисла дека штетите на јавните патишта се, во принцип, резултат на нивното неодржување па со тоа се осуетува нивната основна функција, а тоа е обезбедувањето на безбеден и непречен превоз на стока и патници во патниот сообраќај (чл. 3(2) ЗЈП).

Според чл. 4(2) ЗЈП, јавниот пат се поима како пат кој е определен како јавен пат⁴³² и може да биде државен⁴³³ или општински.⁴³⁴ Јавните патишта, во смисла на чл. 3(1) ЗЈП, се добра во општа употреба и се користат под услови и на начин утврдени со ЗЈП додека, според чл. 5 ЗЈП, планирањето, изградбата, реконструкцијата, рехабилитацијата, одржувањето и заштитата на јавните патишта се работи од јавен интерес. За вршење на работите од јавен интерес и за управување со државните патишта Владата на Република Македонија основа Јавно претпријатие (чл. 14(1) ЗЈП),⁴³⁵ додека работите на изградбата, реконструкцијата, рехабилитацијата, одржувањето и заштитата на општинските патишта ги вршат општините, односно градот Скопје (чл. 14(4) ЗЈП). Притоа, за последниве, реконструкцијата и заштитата на локалните патишта, улици и други инфраструктурни објекти, согласно чл. 22(1)(4) од Законот за

⁴³¹ Вид. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1996) 1102-04.

⁴³² Вид. чл. 6(1) ЗЈП.

⁴³³ Државен пат е јавен пат категоризиран како автопат, експресен пат, магистрален и регионален пат од прва и втора категорија (чл. 4(3) ЗЈП).

⁴³⁴ Општински пат е јавен пат кој поврзува населени места на општината и е од значење за сообраќајот во општината (чл. 4(10) ЗЈП).

⁴³⁵ Станува збор за Јавното претпријатие за државни патишта.

локалната самоуправа,⁴³⁶ се поима како комунална дејност. Според чл. 5(6) од Законот за комуналните дејности,⁴³⁷ како комунална дејност се смета изградбата, одржувањето, реконструкцијата и заштита на локалните патишта, улици и други инфраструктурни објекти. Комуналните дејности, инаку, спаѓаат во групата на т.н. изворни функции на единиците на локална самоуправа (ЕЛС), односно на општините и на градот Скопје,⁴³⁸ а согласно чл. 115(1) и 117(2) од Уставот на Република Македонија.⁴³⁹

Во поглед на конкретните мерки, активности и дејствија на одржување на државните патишта, ЈП за државни патишта може овие работи со договор да ги отстапи на извршување на друго јавно претпријатие основано од Република Македонија⁴⁴⁰ или на правни лица регистрирани за вршење на овие работи избрани на јавен оглас согласно со закон (чл. 34(2) ЗЈП), додека работите на одржување на општинските патишта и улици ЕЛС може со договор да ги отстапи на извршување на правни лица регистрирани за вршење на овие работи согласно со закон (чл. 34(3) ЗЈП).⁴⁴¹ Дополнително, според чл. 9(2) ЗКД, ЕЛС можат да основаат јавно претпријатие за комунални дејности,⁴⁴² каде спаѓаат и дејностите поврзани со одржувањето на општинските патишта и улици.⁴⁴³ Имајќи го сево ова предвид, може да се заклучи дека одржувањето на државните патишта е задача на ЈП за државни патишта, додека ова може истото со договор да го отстапи на друго државно јавно претпријатие, како што е ЈП „Македонија пат“ или пак на други правни лица регистрирани за вршење на работи на одржување на државните патишта. Што се однесува на одржувањето на општинските патишта и улици, ЕЛС може или да основа јавно претпријатие за овие работи или пак може одржувањето со договор да го отстапи на други правни лица регистрирани за вршење на работи на одржување на општинските патишта и улици.

⁴³⁶ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 05/02 (ЗЛС).

⁴³⁷ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 95/12, 163/13, 42/14, 44/15 и 147/15 (ЗКД).

⁴³⁸ Вид. чл. 4(2) ЗЛС и чл. 10(1)(4) од Законот за градот Скопје, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 55/04 и 158/11 (ЗГС).

⁴³⁹ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 52/91, 01/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 03/09, 13/09 и 49/11 (УРМ). Што се однесува до поделбата на надлежностите помеѓу општините во градот Скопје и самиот Град, согласно чл. 10(1)(4)(1) ЗГС, Градот е надлежен за изградба, користење, заштита и одржување на магистрални и собирни улици и други инфраструктурни објекти. Општините во градот Скопје, пак, се надлежни за сервисните и станбените улици.

⁴⁴⁰ Станува збор за Јавното претпријатие за одржување и заштита на магистрални и регионални патишта „Македонија пат“ – Скопје, како засебен субјект.

⁴⁴¹ Со овие правила не се засега во можноста за давање концесија или стапување во јавно-приватно партнерство, во смисла на чл. 11-12 ЗЈП. Интересно е дека предмет на концесија или јавно-приватно партнерство може да биде и одржувањето на јавните патишта (чл. 11(1) ЗЈП).

⁴⁴² Исто така, две или повеќе општини можат заеднички да го организираат вршењето на комуналните дејности врз основа на спогодба меѓу нив, согласно со закон (чл. 11(1) ЗКД).

⁴⁴³ Ваков е случајот, на пр., со Јавното претпријатие „Улици и патишта“ – Скопје, но само за магистралните и собирни улици што пак се во надлежност на Градот.

Наведените правила се нужен предуслов за утврдување на одговорното лице кога ќе настане штета на јавен пат, бил нејзин извор животното или не. Така, во смисла на чл. 38(1) ЗЈП, за штетата што ќе им биде причинета на корисниците на јавните патишта и улици поради пропуштање на навремено извршување на потребните работи и преземање на соодветни мерки за одржување на јавните патишта и улици одговара правното лице на кое врз основа на договор му се отстапени работите за одржување на јавните патишта и улици. Одредбата е, како што се гледа, рестриктивна во поглед на определувањето на кругот на одговорни субјекти, но за ова повеќе подолу во текстот. Во секој случај, основната претпоставка на системот на одговорност за штета предизвикана на јавните патишта е дека соодветните субјекти задолжени за нивното одржување ќе бидат одговорни и за штетите што ќе настанат при нивна употреба. Ова и во смисла на одредбата од чл. 35(1) ЗЈП, според која што јавните патишта се одржуваат на начин со кој се обезбедува зачувување на употребната вредност на патот за траен, безбеден и непречен сообраќај, под услови определени со ЗЈП, техничките нормативи и стандарди и прописите за безбедноста на сообраќајот на патиштата.

Што се однесува до основот на одговорност на соодветните субјекти, генерално се прифаќа дека овие одговараат за штетите настанати на јавните патишта, вклучувајќи ги и штетите чиј извор се животни, според правилата на субјективната одговорност. Ваква е и актуелната и историската состојба на секторските прописи. Така, соодветниот субјект одговара поради пропуштање на навремено извршување на потребните работи и преземање на соодветни мерки за одржување на јавните патишта и улици (чл. 38(1) ЗЈП), односно заради пропуштано на благовременото извршување на потребните работи преземање (*sic*) на соодветни мерки за одржување на патиштата или улиците (чл. 95(1) од Законот за јавните патишта од 1996 година),⁴⁴⁴ односно заради пропуштање на благовремено извршување на потребните работи и преземање на соодветни мерки за одржување на јавните патишта (чл. 53(1) од Законот за патишта од 1980 година).⁴⁴⁵ Во секој случај, одговорноста произлегува од општата должност на засегнатите субјекти за одржување на патиштата.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Службен весник на Република Македонија, бр. 26/96, 40/99, 96/00, 29/02, 68/04, 31/06, 30/07 и 137/07 (ЗЈП 1996).

⁴⁴⁵ Службен весник на Социјалистичка Република Македонија, бр. 15/80, 26/80, 18/82, 13/86, 28/88, 27/89, 10/90, 11/91 и Службен весник на Република Македонија, бр. 62/93 (ЗП 1980). Претходните прописи, како сојузни така и републички, не содржат изречни правила за штетите предизвикани на корисниците на јавните патишта, но одговорноста на субјектите задолжени за нивно управување и одржување произлегува од општите правила на т.н. општетно право.

⁴⁴⁶ Според одлука на Врховниот суд на Хрватска, Си. 731/77 од 15.11.1977 година, претпријатието за патишта одговара за штетата настаната поради пропуштање на должноста да ги отстрани предметите и материјалите од коловозот и да го одржува патот во состојба што овозможува непречен и сигурен сообраќај. Во конкретната ситуација

Гледиштето за субјективната одговорност на соодветните субјекти е соодветно застапено и во судската практика. Така, според одлука на Основниот суд Гостивар, Малв.П. 55/16 од 12.10.2016 година, во конкретниот случај требало да се утврди дали конкретната сообраќајна незгода настанала поради вина на страна на тужениот (ЈП „Македонија пат“), односно дека незгодата настанала како последица на преземање или пропуштање на преземање на одредени законски дејствија од страна на тужениот.⁴⁴⁷ Исто така, според одлука на Основниот суд Скопје, XXV.Малв.П. 138/16 од 21.10.2016 година, за да постои одговорност на тужените (ЈП за државни патишта и ЈП „Македонија пат“) за штетата што ја претрпел тужителот поради удар со моторно возило во куче-скитник на коловозот, неопходно е да се докаже дека истите не ги извршувале нивните законски и договорни обврски, односно дека при извршувањето на нивните задачи направиле пропуст во одржувањето на патиштата. Ова е со цел да се докаже причинско-последичната поврзаност помеѓу штетата што се побарува со тужбата и штетникот.⁴⁴⁸ Притоа, кога недостасуваат докази за пропусти на соодветните субјекти во одржувањето на јавните патишта, а животно сепак ќе се најде на јавниот пат и ќе предизвика

станувало збор за нафта разлиена по патот поради што возачот изгубил контрола врз воланот на возилото, поради маснотијата на патот, па слетал во провалија. Одговорноста е според принципот на претпоставена вина, како што е резонирано и во одлука на Жупанискиот суд во Загреб, Гжн. 1874/04 од 19.05.2005 година.

⁴⁴⁷ Според образложението на одлуката, од сите изведени докази во текот на постапката неспорно се утврдува дека тужителот, како лице што претрпело штета со удар на моторно возило во диви животни (свињи) кои биле на коловозот, со ниту еден доказ не докажал дека токму на страна на тужениот има вина за конкретната сообраќајна незгода, дотолку повеќе што со ниту еден доказ не се докажало дека тужениот сторил било каков пропуст или занемарување на своите обврски за одржување на конкретниот дел од автопатот каде што е сторена сообраќајната незгода, ниту пак дека на тој дел од автопатот заштитната ограда била оштетена и дека тоа било причина или можност токму на тој дел од автопатот да се најдат диви животни (свињи) кои што ја причиниле сообраќајната незгода. Инаку, самото појавување на дивите животни (свињи) на автопатот, според судот, не може *en bloc* да се прифати како установена вина на страна на тужениот, без притоа да се докаже дека тужениот како јавно претпријатие формирано врз основа на закон, занемарило односно не извршило некоја законска обврска и дека токму таквото занемарување довело до тоа дивите животни (свињи) да се најдат на овој дел од коловозот, па оттука, без конкретен доказ не може да се прифати дека токму тужениот е виновен за конкретно сторената сообраќајна незгода. Слично е резонирано и во одлука на Основниот суд Гостивар, П4.бр. 143/15 од 12.12.2016 година.

⁴⁴⁸ Според образложението на одлуката, по оценка на судот, не значи дека ако имало куче на патот, по автоматизам постои одговорност на тужените. Исто така, не е утврдено од наодот на вештото лице дали покрај коловозот постоела плетена жичена ограда, односно дали истата била оштетена со што бил овозможен влез на животни на коловозот од автопатот. Исто така, вештото лице не дало објаснување дали во близина на критичното место има приклучок и исклучок од клучка од каде постои веројатност кучето да претрчало.

штета, овие штети се сметаат за случајни а за случај не се одговара според правилата на субјективната одговорност за штета.⁴⁴⁹

Интересно е дека практиката, што е видно од одлука на Основниот суд Гостивар, Малв.П. 55/16 од 12.10.2016 година, одлука на Основниот суд Гостивар, П4.бр. 143/15 од 12.12.2016 година и одлука на Апелациониот суд Скопје, Тсж. 2310/16 од 21.04.2017 година, често се повикува и на одредбата од чл. 173 ЗОО со која се уредува одговорноста за штета настаната во врска со вршење на работи од јавен интерес. Според одредбата, правните лица⁴⁵⁰ што вршат комунална и друга слична дејност од јавен интерес одговараат за штетата ако без оправдана причина ја запрат или нередовно ја вршат својата услуга. Практиката, инаку, одговорноста според чл. 173 ЗОО во принцип ја третира за субјективна, особено во паралела со посебните прописи со кои што се уредуваат дејностите од јавен интерес. Судските одлуки, имено, најчесто само се повикуваат на чл. 173 ЗОО, но заедно со одредбите што се однесуваат на субјективната одговорност,⁴⁵¹ а постојат и поретки одлуки во кои што изречно се наведува дека одговорноста според чл. 173 ЗОО е субјективна.⁴⁵² Вакви ставови се застапени и во литературата, со тоа што се прифаќа можноста од објективна одговорност доколку е „вмешана“ опасна ствар или пак самата дејност во јавен интерес е опасна, но само ако штетата не настанала како последица на запирање или нередовно вршење на услугите.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Така, според одлука на Жупанискиот суд во Загреб, Гжн. 2091/10 од 04.10.2011 година, околноста дека дивечот ноќе се нашол на коловозот на автопатот претставува ненадеен случај што му штети на оној на кој што му се случил, а тужениот кој управува со автопатот презел мерки поради спречување на влезот на животни во просторот на автопатот по пат на пропишано поставување ограда и нејзино одржување во исправна состојба, односно постапувал во согласност со правилата за спречување случајни штети од правното правило од § 1311 од австрискиот Општ граѓански законик. Интересно е да се спомене дека, според образложението на одлуката, заклучокот на првостепениот суд дека тужениот очигледно пропуштил да ја одржува заштитната ограда на соодветен начин е неправилен, од причина што наведениот заклучок се темели (само) на фактот дека зајакот се нашол на просторот на автопатот а ова, според сфаќањето на првостепениот суд, не би се случило доколку оградата била поставена и фиксирана на начин што низ неа не е можен проод ниту на помали животни. Оттаму, барем според наведената одлука, тужбеното барање е неосновано доколку е насочено спрема тужениот (јавното претпријатие), од причина што истото одговара според принципот на субјективна одговорност.

⁴⁵⁰ Формулацијата е помалку несреќна па веројатно ќе било подобро да се зборува за „субјекти“ а не за „правни лица“. Спор. чл. 184 ЗОО 1978.

⁴⁵¹ Вид. одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 454/85-2 од 20.06.1986 година, одлука на Окружниот суд во Ваљево, Гж. 756/2008, одлука на Апелациониот суд во Белград, Гж. 7182/2011 од 30.01.2013 година и одлука на Основниот суд Гостивар, П4-45/16 од 02.11.2016 година.

⁴⁵² Вид. одлука на Окружниот суд во Зрењанин, Гж. 454/99 и одлука на Жупанискиот суд во Вараждин, Гж. 315/08-2 од 11.03.2008 година.

⁴⁵³ Вид. Jelena Čuveljak, „Posebni slučajevi odgovornosti za štetu“ (2002) 2 *Hrvatska pravna revija* 57.

Од друга страна, во теоријата постојат ставови, со кои што патем ние потполно се согласуваме, дека одговорноста според чл. 173 ЗОО не само што е објективна туку станува збор за засилен вид објективна одговорност во смисла на општите правила на ЗОО.⁴⁵⁴ Применото на штетите на јавните патишта, ова го отвора и прашањето дали самиот јавен пат е опасна ствар, какви што ставови постојат во литературата.⁴⁵⁵ Во секој случај, иако постојат аргументи јавниот пат да се смета за опасна ствар,⁴⁵⁶ во смисла на чл. 159 ЗОО, одговорноста на соодветните субјекти начелно не може да се смета за објективна, во смисла на чл. 160 ЗОО. Евентуалната објективна одговорност, барем според нас, би требала да се влече од правилата за одговорноста за вршење опасна дејност,⁴⁵⁷ во смисла на чл. 159 ЗОО, а преку конкретизација во смисла на чл. 173 ЗОО. Ова имајќи ја предвид самата природа на дејностите од јавен интерес. Практиката, оттаму, би требала внимателно да ги калибрира своите одлуки и, иако секторските правила сугерираат субјективна одговорност, истата да ја одмерува и во смисла на чл. 173 ЗОО.⁴⁵⁸ Ова, и покрај погоре изнесените ставови во литературата, особено во смисла на запирањето или нередовното вршење на дејностите од јавен интерес. Никако не можеме да се сложиме, оттаму, со ставовите дека оштетениот треба да ги докаже не само запирањето или нередовното вршење на дејностите од јавен интерес, туку и дека до нивното запирање или нередовно вршење дошло без оправдана причина.⁴⁵⁹ Самиот факт дека настанала штета е соодветен за извлекување заклучок дека дејноста е запрена или нередовно вршена.⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ Вид. Boris Vizner, *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima: 2. knjiga* (izd. autora 1978) 823-24.

⁴⁵⁵ Вид. Slobodan Stanišić, „Put kao opasna stvar“ u *Ogledi iz građanskog prava: odabrani autorski tekstovi sa sudskom praksom* (Udruženje pravnika Republike Srpske 2005) 156-57. Од друга страна, според одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 135/90 од 13.06.1990 година, патот не е опасна ствар, па јавното претпријатие одговара според начелото на објективна одговорност туку според начелото на вина.

⁴⁵⁶ Аргументи за вакво резонирање би можеле, исто така, да се влечат и од решенијата содржани во чл. 165-ј ЗОО. Вид. и чл. 650 ЗОО.

⁴⁵⁷ Од друга страна, според одлука на Жупанискиот суд во Пула, Гж. 479/2000 од 05.03.2001 година, управувањето со патиштата не е опасна дејност.

⁴⁵⁸ Ова, секако, е благодарна задача за самата практика, наметната од содржината на секторските правила за јавните патишта.

⁴⁵⁹ Вид. Маја Bukovac Puvača, Zvonimir Slakoper i Loris Belanić, *Obvezno pravo, posebni dio II: izvanugovorni obvezni odnosi* (Novi informator 2015) 200.

⁴⁶⁰ Ова, дотолку повеќе, бидејќи обичното невнимание се претпоставува, во смисла на чл. 145(3) ЗОО, а ова е обликот на вина што е достатен за субјективна одговорност. Вид. Ненад Гавриловиќ, „Новелирање на македонското отштетно право“ (2009) 20 *Деловно право* 427, 432-34. Наведената одлука на Основниот суд Скопје, XXV.Малв.П. 138/16 од 21.10.2016 година, пак, оперира со потребата од докажување на намерата и крајното невнимание, во смисла на чл. 145(2) ЗОО. Инаку, според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 677/08 од 23.04.2008 година, самото постоење на напуштени кучиња што се движат по улиците и повредуваат несомнено доведува до заклучок дека дејноста не е вршена соодветно. Оваа одлука се однесува на комуналните дејности но нема начелна пречка за примена на ваквиот резон и на штетите настанати на државните патишта и на општинските патишта и улици.

Целиот овој систем, оттаму, многу подобро би функционирал според принципот на објективна одговорност.⁴⁶¹

3. Круг на одговорни субјекти

Како што покажува претходното излагање, одговорноста на соодветните субјекти се базира на нивната обврски за одржување на јавните патишта во состојба погодна за безбеден и непречен сообраќај. Обврските, пак, повлекуваат и соодветна одговорност за неисполнување на должностите што се елемент на самата обврска.⁴⁶² Она што е спорно, од друга страна, е кои сè субјекти се одговорни. Ова имајќи ја предвид рестриktivната одредба од чл. 38(1) ЗЈП во која се говори само за одговорноста на правното лице на кое врз основа на договор му се отстапени работите за одржување на јавните патишта и улици. Во претходните прописи се зборува за одговорност на претпријатието задолжено за одржување на патиштата и улиците (чл. 95(1) ЗЈП 1996), односно за одговорност на организацијата за одржување на патиштата (чл. 53(1) ЗП 1980 година).⁴⁶³ Законската формулација од чл. 38(1) ЗЈП е, оттаму, проблематична, во смисла на тоа дали законодавната интенција била да ја алоцира одговорноста од субјектите кои имаат законска обврска за одржување на јавните патишта на субјектите кои имаат договорна обврска, стекната од субјектите кои ја имаат законската обврска. Тоа, пак, се ЈП за државни патишта, во поглед на одржувањето на државните патишта, и ЕЛС, во поглед на одржувањето на општинските улици и патишта.

Практиката, меѓутоа, во принцип го застапува ставот за солидарната одговорност на субјектите кои имаат законска и субјектите

⁴⁶¹ Редок пример за наоѓање објективна одговорност е одлуката на Основниот суд Велес, П4.бр. 146/16 од 12.12.2016 година. Според образложението на одлуката, произлегува дека животното кое претрчало на автопатот е во директна причинска врска за случувањето на сообраќајната незгода и штетниот настан и дека тужителот не можел да ја избегне истата. Тоа ќе рече дека, во овој случај, станува збор за штета за која постои објективна одговорност на правното лице - тужениот (ЈП „Македонија пат“), кое согласно чл. 158 ЗОО (веројатно се мислело на чл. 159 ЗОО), било должно да се грижи и да презема соодветни мерки и активности што овозможуваат одвивање на безбеден и непречен сообраќај на патот. Како судот утврдил дека на тужителот му била причинета материјална штета, за која има одговорност на тужениот заради пропуштање на благовремено и редовно извршување на потребните работи и преземање на соодветни мерки за одржување на јавните патишта, помеѓу другото и поставување заштитна ограда, следело судот, согласно чл. 38 ЗЈП, да го задолжи тужениот да ја надомести штетата на тужителот.

⁴⁶² Вид. Ненад Гавриловиќ, „Неколку белешки за облигацијата“ во Тодор Пеливанов (ур.), *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ (во чест на Томислав Чокревски)* (Правен факултет „Јустинијан Први“ 2010) 801-05.

⁴⁶³ Но со право на организацијата на регрес од соодветниот облик на самоуправниот интересно здружување доколку таа не обезбедила средства за одржување на јавните патишта (чл. 53(2) ЗП 1980).

кои имаат договорна обврска за одржување на јавните патишта.⁴⁶⁴ Инаку, практика во оваа насока е првенствено развиена во секторот комунални дејности,⁴⁶⁵ со повикување на изворните уставни и законски обврски на ЕЛС од кои истите не можат да се ослободат со договор, но истото важи и субјектите изворно надлежни за одржување на јавните патишта.⁴⁶⁶ На ваков став, во принцип, е и домашната практика. Така, според одлука на Основниот суд Гостивар, Малв.П. 85/16 од 12.06.2017 година, договорот за одржување и заштита на јавните патишта што го склучиле првотужениот (ЈП „Македонија пат“) и второтужениот (ЈП за државни патишта) има само *inter partes* дејство по однос на меѓусебните права и обврски на договорните страни, па истиот не може да претставува основ за исклучување на одговорноста на второтужениот, бидејќи законската одговорност и обврска во секој случај има оригинерно и приоритетно дејство во однос на договорната одговорност и обврска. Не се прифаќа, со други зборови, аргументацијата дека за штетите од животни на државните јавни патишта, по правило, ќе одговара само ЈП „Македонија пат“, а не и ЈП за државни патишта, како субјект кој на претходниот со договор му ги отстапил работите на одржување на државните патишта, а согласно чл. 34(2) ЗЈП.⁴⁶⁷

Постојат, меѓутоа, и инакви ставови. Така, според одлука на Апелациониот суд Гостивар, Гж. 42/16 од 19.02.2016 година, за штетата настаната од удар на моторно возило во диво животно (волк) одговара само ЈП „Македонија пат“, кое е со основна дејност одржување и заштита на регионалните и магистралните патишта во државата, додека немањето на пасивна легитимација на страна на ЈП за државни патишта јасно произлегува од ЗЈП како и од договорот што овој субјект го склучил со ЈП „Македонија пат“, а за одржување и заштита на патиштата државата.⁴⁶⁸

⁴⁶⁴ Вид. Ivica Crnić i Ante Ilić, *Osiguranje i naknada štete u saobraćaju: praksa sudova i zajednica osiguranja* (3-će izd., Informator 1987) 73.

⁴⁶⁵ Вид., на пр., одлука на Окружниот суд во Загреб, Гж. 634/86-2 од 19.02.1986 година, одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 2081/02 од 30.05.2002 година и одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 677/08 од 23.04.2008 година.

⁴⁶⁶ Вид., на пр., одлука на Врховниот суд на Хрватска, Гж. 1723/79 од 07.11.1979 година, одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 2333/81 од 23.03.1982 година, одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 1048/85 од 16.07.1985 година и одлука на Врховниот суд на БиХ, Пж. 405/88 од 31.08.1989 година.

⁴⁶⁷ Исто така, според одлука на Апелациониот суд Скопје, Тсж. 2310/16 од 21.04.2017 година, пасивната легитимација на второтужениот (ЈП за државни патишта), во постапката за надомест на штета предизвикана поради удар на моторно возило во животно - куче скитник, произлегува од самиот ЗЈП. Судот, притоа, не ја зел предвид доставената инаква судска практика за немање на пасивна легитимација на страна на второтужениот, со аргументација дека истата не претставува материјално право. Вака е претходно резонирано и во одлука на Апелациониот суд Скопје, Тсж. 2291/16 од 23.03.2017 година.

⁴⁶⁸ Вид. и одлука на Апелациониот суд Скопје, Гж. 3377/11 од 03.11.2011 година, во поглед на неодговорноста на градот Скопје поради удирање на моторно возило во дупка на коловозот, од причина што Градот за целите на одржувањето на општинските патишта го

Ваквите гледишта на практиката очигледно тргнуваат од формулацијата на чл. 38(1) ЗЈП каде што се зборува само за одговорноста на субјектот на кој што со договор му се отстапени работите за одржување на јавните патишта. Во оваа смисла е одлуката на Апелациониот суд Гостивар, Гж. 602/15 од 29.09.2015 година, со резон дека чл. 38(1) ЗЈП укажува на тоа дека извршителот (ЈП „Македонија пат“), а не и нарачателот (ЈП за државни патишта), сам ќе ги поднесе одговорностите и ќе ја надомести предизвиканата штета на корисниците на патот, имајќи предвид дека овие склучиле договор за одржување и заштита на државните патишта.

Наведената практика, барем според нас, е несоодветна, и тоа од едноставна причина што со договор не може да се исклучи законска обврска и последователна (вондоговорна) одговорност за нејзина повреда. Ова поради релативното дејство на договорите (чл. 135(1) ЗОО), па со договор не може ниту да се вети дејствие на трето лице (чл. 140(1) ЗОО), а уште помалку да се исклучат правата на трети лица под основ на други облигации. Оттаму, фактот дека ЈП за државни патишта или ЕЛС склучиле договор со определено правно лице и со истиот му ги отстапиле работите за одржување на јавните патишта и улици, не ги ослободува од одговорноста. Соодветно, како што наведените субјекти не можат да се ослободат од одговорност, со овој аргумент, така не може да се ослободи од одговорност ни субјектот на кој со договор му пренесено одржувањето на јавните патиштата.⁴⁶⁹ Ова како во смисла на чл. 135(3) ЗОО, така и во смисла на изречната одредба од чл. 38(1) ЗЈП. Самиот опортунитет на постоење две државни јавни претпријатија за работите поврзани со јавните патишта, од друга страна, е сосема друга проблематика.⁴⁷⁰

Во секој случај, не смее да се изгуби од предвид дека одговорноста на соодветните субјекти за штетите на јавните патишта чиј што извор се животни се поставува само во оние ситуации кога не може да се идентификува имател на животното, односно кога животното нема имател. Со други зборови, по Новелата 2008, кога штетата е предизвикана од животното, за истата е одговорен имателот на истото, па и кога штетата е предизвикана на јавен пат, па и кога животното се загубило или избегало, односно залутало. Ова во смисла на чл. 160 и 165-ж ЗОО, како лице кое

основал ЈП „Улици и патишта“ – Скопје и со истото склучил договор за одржување на магистрални и собирни улици на подрачјето на град Скопје во зимски услови.

⁴⁶⁹ Вид. одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 454/85-2 од 20.06.1986 година.

⁴⁷⁰ Инаку, по основната верзија на ЗЈП од 2008 година, за вршење на работите што се однесуваат на управувањето, изградбата, реконструкцијата, одржувањето и заштитата на државните патишта беше основана посебна Агенција за државни патишта, како правно лице со јавни овластувања. При крајот на 2012 година, со измени и дополнувања на ЗЈП (Закон за изменување и дополнување на Законот за јавните патишта, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 168/12) се предвиде дека работите од надлежност на Агенцијата преминуваат на ЈП за државни патишта, со денот на негово започнување со работа. Вид. Одлука за основање на Јавно претпријатие за државни патишта, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 01/13.

има власт врз животното, а според правилата на објективната одговорност (чл. 141(2) и 159 ЗОО), независно дали животното е домашно или диво, па дури и кога станува збор за дивеч.⁴⁷¹ Дополнително, за штетите настанати на општински патишта (и улици) од (бездомни или не) животни, ќе одговара исклучиво соодветниот давател на комунална услуга (ДКУ) задолжен за нивно заловување, а солидарно со ЕЛС, доколку не може да се идентификува имател на животното.⁴⁷² Одговорноста на соодветните субјекти за штетите предизвикани од животни на јавните патишта, имено, е специфична и истата е поврзана со природата на дејноста што овие ја вршат. Овие штети, дополнително, најчесто настануваат на моторни возила во движење по јавен пат, па животното најчесто нема да дејствува во смисла на т.н. *contra naturam* тест.

Конечно, се поставува и прашањето за евентуалната одговорноста на самата држава, а во релација со солидарната одговорност на ЕЛС со нивните јавни претпријатија и другите ДКУ. Оваа логика, иако на прв поглед соодветна, се чини тешко применлива. Имено, иако може да се тврди дека паралелата со солидарната одговорност на ЕЛС и ДКУ е соодветна, солидарната одговорност на ЕЛС со ДКУ произлегува од уставните и законските правила што комуналните дејности ги алоцираат токму на ЕЛС, а овие пак можат да основаат јавни претпријатија или пак вршењето на комуналните можат да го доделат на друг ДКУ. ЗЈП, од друга страна, одржувањето на државните јавни патишта го алоцирал првенствено на ЈП за државни патишта а не на самата држава, па оваа не би одговарала солидарно со ЈП за државни патишта (и, евентуално, со ЈП „Македонија пат“ или други субјекти задолжени за одржување на јавните патишта по основ на договор). Оттаму, за одговорност на самата држава би можеле да се зборуваме само ако оваа не основала посебно јавно претпријатие, во смисла на ЗЈП.⁴⁷³ Ваквиот резон за одговорноста на државата важи, секако, само во поглед на државните јавни патишта,

⁴⁷¹ Во последниве ситуации, ова затоа што дивечот има имател, а тоа е или државата или корисникот на ловиштето, зависно дали станува збор за дивеч под трајна или привремена забрана за лов или не, со тоа што е спорно дали предимство на примена имаат одредбите од чл. 165-и ЗОО или одредбите од чл. 69-70 од Законот за ловството, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 26/09, 82/09, 136/11, 01/12, 69/13, 164/13, 187/13, 33/15, 147/15 и 193/15 (ЗЛ).

⁴⁷² Кога штетата би настанала на државен пат на кој што животното залутало од простор за кој што е надлежна ЕЛС, изгледа дека ќе одговара исклучиво соодветниот субјект задолжен за одржување на државните патишта, доколку не може да се идентификува имател на животното. Аргументацијата на изнесените гледишта ја оставаме за друга прилика.

⁴⁷³ Во крајна линија, одговорноста на државата би била релевантна и во ситуацијата кога ЈП за државни патишта би било толку нефункционално што би било реално неспособно да ја врши својата дејност.

додека во поглед на општинските патишта и улици важи логиката на солидарната одговорност применлива за сите комунални дејности.⁴⁷⁴

4. Посебни правила за границите на одговорноста

Македонското право дополнително, содржи една куриозна одредба за границите на одговорноста на соодветните субјекти. Така, според чл. 38(2) ЗЈП, Република Македонија и правното лице на кое врз основа на договор му се отстапени работите за одржување на јавните патишта и улици не одговара за штетата што ќе им биде причинета на корисниците на јавните патишта и улици поради удар со возилото во животни, доколку корисникот на патот нема билет за платена патарина - фискална сметка, а согласно со рангот на патот задолжително е плаќање патарина или доколку возилото не е регистрирано или доколку возачот кој го управувал возилото не поседува возачка дозвола. Како што се гледа, станува збор за посебни (три) основи за исклучување на одговорноста на соодветните субјекти што има да се применат покрај основите за исклучување на одговорноста применливи според општите правила на ЗОО. Инаку, одредбата од чл. 38(2) ЗЈП е резултат на измените и дополнувањата на ЗЈП од 2012 година.⁴⁷⁵ Историски, вакви ограничувања не познаваат ниту претходните прописи ниту основната верзија од ЗЈП од 2008 година.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ За волја на вистината, во смисла на чл. 38(2) ЗЈП, законодавецот „потсвесно“ ја допушта одговорноста и на самата држава. Сепак, можно е овдека се имале предвид ситуациите кога државата одговара како имател на дивечот под трајна или привремена забрана за лов, иако оваа одговорност на државата е под сосема друг (секторски) режим. Доколку ова би било случај, за што ќе стане збор подолу во текстот, тогаш би можела да се влече солидарна одговорност на државата, но како имател на соодветниот дивеч а не како основач на ЈП за државни патишта и/или ЈП „Македонија пат“, со соодветните субјекти задолжени за одржување на јавните патишта.

⁴⁷⁵ Закон за изменување и дополнување на Законот за јавните патишта, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 44/12.

⁴⁷⁶ Инаку, Предлог-законот за изменување и дополнување на Законот за јавните патишта, бр. 51-7623/1 од 20.12.2011 година, Владата на Република Македонија воопшто не го образложува во овој дел. Основниот предлог на Владата, исто така, подразбира дека Република Македонија и правното лице на кое врз основа на договор му се отстапени работите за одржување на јавните патишта и улици не одговара за штетата што ќе им биде причинета на корисниците на јавните патишта и улици поради удар со возилото во животни или за штетата на возилото предизвикана од незгода поради неприлагодена брзина на условите на патот. Основниот предлог, оттаму, онака како што е формулиран, предвидува целосно исклучување на одговорноста на соодветните субјекти за штетите предизвикани со удар на возило во животни(!), а за останатите штети одговорноста на соодветните субјекти е исклучена доколку штетата на возилото е предизвикана од незгода поради неприлагодена брзина на условите на патот. Интересно е дека на Законодавно-правната комисија, видно од расправата на оваа Комисија, бр. 10-142 од 13.01.2012 година, е изнесен ставот дека со Предлог-законот наместо да се штитат интересите на државата треба да се штитат интересите на граѓаните на Република Македонија. Актуелната

Согласно законската формулација, посебните основи за исклучување на одговорноста се применуваат само на штетите предизвикани од животни, а не и на другите штети настанати на јавните патишта.⁴⁷⁷ Исто така, со исклучоците од одговорност од чл. 38(2) ЗЈП се покриени само штетите од „удар со возилото во животни“.⁴⁷⁸

Пред да преминеме на соодветноста на основите за исклучување на одговорноста според чл. 38(2) ЗЈП, потребно е да се утврди дали одредбата се однесува и на ситуациите кога државата одговара за штетите од определен дивеч. Според нас, ова не е случај, а од неколку причини. Прво, овдека државата одговара како имател на дивечот под трајна или привремена забрана за лов,⁴⁷⁹ во смисла на чл. 69(2) ЗЈ и чл. 165-и(2) ЗОО, а не поради неодржување на јавните патишта, што пак е резонот на одговорноста според ЗЈП. Второ, доколку законодавната интенција била да се исклучи одговорноста на државата како имател на соодветниот дивеч,

формулација на чл. 38(2) ЗЈП, пак, е резултат на амандман на Комисијата за транспорт, врски и екологија, видно од расправата на оваа Комисија, бр. 22-299 од 05.03.2012 година, и истата станува дел од измените и дополнувањата на ЗЈП усвоени на седницата на Собранието на Република Македонија од 27.03.2012 година, со 65 гласа „за“ и 1 глас „против“. Што се однесува на логиката на предлагачот и на законодавецот во поглед на наведените измени и дополнувања, ноторниот „диверзитет“ на македонскиот медиумски простор, во моментот на пишувањето на овој прилог, не дава можност да се пристапи до архивски вести од медиумите што постоеле во моментот на нивното носење. По сеќавањето на авторот на овој прилог, наведените измени и дополнувања беа донесени со цел за „појаснување“ и „ставање ред“ во материјата на одговорноста за штетите предизвикани од животни на јавните патишта имајќи ги предвид и примерите во практиката каде што заштитните жичени огради покрај автопатиштата се оштетуваат од трети лица поради, на пр., нивна продажба како старо железо, како и слабата финансиска состојба на соодветните јавни претпријатија. Под претпоставка сеќавањето добро да го да го служи авторот, читателот може самиот да ја цени издржаноста на резонот на законодавецот и на предлагачот.

⁴⁷⁷ Така, на пр., одредбата од чл. 38(2) ЗЈП не би се применила на штета настаната од лизнување на моторно возило поради излиени течности на патот или пак на штета настаната од одрони на патот. Во основниот предлог на Владата, пак, се зборува и за „штетата на возилото предизвикана од незгода“.

⁴⁷⁸ За волја на вистината, согласно увидот во расположливата судска практика, најчести се токму овие штети. Така, од одлуката на Основниот суд Гостивар, Малв.П. 85/16 од 12.06.2017 година, е видно дека во конкретната ситуација на коловозот имало усмртено куче па тужителот започнал со обиколување на истото за во токму во тој момент, од левата страна, преку бетонската ограда што го дели автопатот по средишниот дел, да скокне друго куче и истото да удри директно во левото предно тркало по што истото се заглавило помеѓу тркалото и предното лево крило на возилото. Животните ситуации, пак, се поразновидни од казуистичкиот пристап на законодавецот. Така, на пр., сосема е веројатно дека штета може да настане и при заобиколување на животно што се испречило, претрчало или се затекло на патот и последователен удар на возилото во банкина или во камен брег. Нејасно е, и овдека, зошто законодавецот не ги покрил и овие штети но, бидејќи ова е така, тогаш соодветните субјекти не би можеле да ја исклучат својата одговорност за истите по чл. 38(2) ЗЈП.

⁴⁷⁹ Одговорноста на државата, овдека, би можела да биде релевантна и за некои други ситуации, но за ова во друга прилика.

за очекување би било да се исклучат од одговорност и концесионерите на ловиште за дивечот чиј имател се тие. Трето, се отвора и прашањето за покриеноста на штетите од дивеч на општинските патишта и улици.⁴⁸⁰ Иако во чл. 38(2) ЗЈП се споменуваат „и улици“, од законодавната формулација тешко може да се влече ваквата законодавна интенција. Оттаму, се чини дека законодавецот едноставно сакал да ја превенира евентуалната судска практика што би нашла солидарна одговорност на државата со соодветните јавни претпријатија, како нивен основач, односно и со другите субјекти на кои што е договорно отстапено одржувањето на јавните патишта. Па и дури ова да не било случај, односно законодавецот да целел кон примената на чл. 38(2) ЗЈП и на ситуациите кога државата одговара како имател на соодветниот дивеч, одредбата е несоодветно формулирана за да постигне ваков ефект.⁴⁸¹ Она за што, во крајна линија, сведочи законодавната формулација е дека ни самиот законодавец нема јасна слика за системот на одговорност што, патем речено, самиот го поставил.

4.1. Плаќање патарина и доказ за платената патарина

Патарината, како надоместок за употреба на јавен пат, негов дел или објект на патот, претставува извор на финансиски средства за изградба, реконструкција, рехабилитација, одржување и заштита на јавните патишта и за работење на ЈП за државни патишта (чл. 55(3) ЗЈП). Според чл. 58(1) ЗЈП, плаќање на патарина може да се воведо за употреба на автопат, експресен пат, магистрален пат или нивен дел, како и за употреба на мост, вијадукт или тунел, изграден заради скратување на трасата на постојниот пат.⁴⁸² За платената патарина на корисникот на патот му се издава билет за патарина - фискална сметка или билет за наплата на патарина со претплата која корисникот е должен да ја чува во возилото за цело време на движење на патот како доказ за наплатена патарина и да ја

⁴⁸⁰ За употреба на општинските патишта и улици, имено, не се плаќа патарина но можно е по истите да се движи нерегистрирано возило или со возилото да управува лице кое не поседува возачка дозвола.

⁴⁸¹ Во прилог на ова е и нејзината казуистичка формулација па, доколку законодавецот намерувал да постигне поширок правен ефект, оставајќи по страна дека тогаш посоодветно би било да се интервенира во ЗЛ а не во ЗЈП, текстот би требало да биде појасен. Ниту расположливите материјали од расправата на пленарните и комисиските седници на Собранието на Република Македонија не даваат за основ да се заклучи дека предвид се имала ваквата одговорност на државата.

⁴⁸² Висината и начинот на наплата на патарината ја утврдува Владата на Република Македонија, во зависност од видовите на возила по категории, извезеното растојание и фреквенција на возилата (чл. 58(2) ЗЈП). Вид. Одлука за висината и начин на наплата на надоместокот за употреба на пат (патарина), *Службен весник на Република Македонија*, бр. 89/09 и 103/14.

покаже на овластеното службено лице, определено со закон (чл. 58(5) ЗЈП). Иако секој е должен да плати патарина при поминување на наплатна рампа (чл. 58(7) ЗЈП), неплаќањето патарина не се санкционира непосредно, туку само посредно.⁴⁸³

Ваквата функција на патарината, согласно чл. 38(2) ЗЈП, добива нови последици, а во смисла на посебен основ за одговорност на соодветните субјекти за штета поради удар на возило во животното на јавниот пат. Инаку речено, немањето доказ за платена патарина (фискална сметка) е основ за исклучување на одговорноста на соодветните субјекти. Токму поради ова, велиме дека плаќањето патарина е посебен основ за (но не и основ на(!)) одговорноста на соодветните субјекти. Вака резонира и практиката па, на пр., во одлука на Апелациониот суд Скопје, Гж. 1832/14 од 11.06.2014 година, приложената фискална сметка судот ја сметал за услов тужениот (ЈП „Македонија пат“) да биде задолжен да ја надомести штетата.⁴⁸⁴ Исто така, според одлука на Апелациониот суд Гостивар, Гж. 100/16 од 11.03.2016 година, во конкретниот случај од страна на тужителот не бил доставен доказ билет за платена патарина, како судот би бил во можност да утврди дека првотужениот (ЈП „Македонија пат“) е одговорен за настаната штета, од каде и неспорно произлегува неоснованоста на предметното тужбено барање, што ја прави првостепената одлука правилна и законита. Се разбира, ова само за штетите на јавните патишта за кои што постои обврска за плаќање патарина.⁴⁸⁵

Притоа, во чл. 38(2) ЗЈП не се зборува за уредно платена патарина, туку за поседување доказ за платената патарина, во облик на фискална сметка која што, согласно чл. 4(1) од Законот за регистрирање на готовински плаќања,⁴⁸⁶ е документ со кој се потврдува плаќањето на цената на доброто, односно услугата издадена од фискална апаратура. Оттаму, може да постојат и ситуации кога корисникот на патот платил

⁴⁸³ Така, постои прекршочна одговорност за корисникот на патот ако билетот за патарина - фискалната сметка или билетот за наплата на патарина со претплата не ги чува во возилото за целото време на движење на патот или не ги покаже на овластените лица определени со закон (чл. 79(1)(10) ЗЈП за правни лица; чл. 80(3) ЗЈП за физички лица). Исто така, постои прекршочна одговорност ако корисникот на патот не застане на наплатната рампа за наплата на патарина (чл. 79(1)(8) ЗЈП), но само за правните лица.

⁴⁸⁴ Според одлуката на Основниот суд Гостивар, Малв.П. 85/16 од 05.06.2017 година, уредно платената патарина судот ја имал предвид од аспект на основаноста на тужбеното барање.

⁴⁸⁵ Така, според одлука на Апелациониот суд Гостивар, Гж. 27/16 од 08.04.2016 година, во конкретниот случај тужителот не поседувал билет за платена патарина односно фискална сметка за платена патарина, од причини што од изведените докази произлегува дека сообраќајната незгода е склучена на автопатот пред наплатната рампа, па поради истото тужителот не можел да поседува билет за платена патарина.

⁴⁸⁶ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 31/01, 42/03, 47/03, 40/04, 70/06, 126/06, 60/07, 123/07, 88/08, 133/09, 171/10, 06/12, 145/12, 79/13, 188/13, 115/14, 156/14, 129/15, 154/15, 23/16 и 71/16 (ЗРГП).

патарина но едноставно нема фискална сметка. Формулацијата на чл. 38(2) ЗЈП, пак, го спречува докажувањето дека патарината е платена со други доказни средства,⁴⁸⁷ иако современите процесни систем начелно не познаваат законска хиерархија на доказната сила на доказните средства.⁴⁸⁸ Иако е основ за одговорноста на соодветните субјекти, а не само правно релевантен факт, постоењето фискална сметка судовите го утврдуваат според правилата на докажување содржани во Законот за парничната постапка.⁴⁸⁹ Така, во одлука на Апелациониот суд Гостивар, Гж. 1282/15 од 26.04.2016 година, се наоѓа дека е основан жалбениот навод на второтужениот (ЈП за државни патишта) дека првостепениот суд погрешно и непотполно ја утврдил фактичката состојба, бидејќи тужителот ниту во тужбата ниту во текот на постапката не приложил доказ за платена патарина. Дополнително, тужителите се често преклудирани да ги достават фискалните сметки во подоцнежни фази на постапката (чл. 271(2) и 284 ЗПП), поради што нивните тужбени барања се одбиваат.⁴⁹⁰

4.2. Регистрирање на моторното возило

Според чл. 26(1)(1) од Законот за возила,⁴⁹¹ за учество во сообраќајот на патиштата, возилата треба да бидат регистрирани. За регистрирано возило се издава сообраќајна дозвола, налепница за извршена регистрација и пропишан број на регистарски таблци (чл. 32(1) ЗВ). Управувањето со нерегистрирано моторното возило повлекува прекршочна одговорност (чл. 26(9), (10) и (11) ЗВ). Дополнително,

⁴⁸⁷ Инаку, според чл. 65-б(1) ЗЈП, наплатните станици се под постојан видеонадзор над процесот на наплата на патарина, додека видеозаписот претставува доказ за утврдени нерегуларности при наплатата на патарина (чл. 65-б(2) ЗЈП). Снимениот материјал направен при вршење на видеонадзор задолжително се чува до исполнување на целите за кои се врши, но не подолго од 30 дена (чл. 65-б(3) ЗЈП). Интересно е дека, според чл. 65-б(4) ЗЈП, по истекот на рокот од 30 дена снимениот материјал се уништува, освен материјалот што претставува доказ во кривична или прекршочна постапка со кој се постапува согласно со закон. Прашање е користењето на материјалот во парнична постапка, односно можноста од негово обезбедување како доказ според правилата на оваа постапка.

⁴⁸⁸ Вид. Siniša Triva i Mihajlo Dika, *Граѓанско парнично процесно право* (7-мо изд., Narodne novine 2009) 505.

⁴⁸⁹ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 79/05, 110/08, 83/09, 116/10 и 124/15 (ЗПП).

⁴⁹⁰ Вид. на пр., одлука на Апелациониот суд Скопје, Гж. 3639/16 од 17.02.2017 година, каде фискалните сметки приложени после одржување на неколку рочишта од главната расправа не се ценети бидејќи се изјавени спротивно на чл. 284 ЗПП, имајќи предвид дека тужителката не сторила веројатно дека без своја вина не била во можност да ги изнесе порано, иако првостепениот суд донел решение за нивно изведување за кое што пак, согласно чл. 285(4) ЗПП, тој не е врзан во понатамошниот тек на постапката.

⁴⁹¹ *Службен весник на Република Македонија*, бр. 140/08, 53/11, 123/12, 153/12, 70/13, 164/13, 138/14, 154/15, 192/15 и 39/16 (ЗВ).

согласно чл. 38(2) ЗЛП, регистрацијата на моторното возило е основ за одговорноста на соодветните субјекти за штетата поради удар на моторното возило во животно. Така, утврдувањето на постоење валидна регистрација на моторното возило е видно од одлука на Основниот суд Гостивар, П4.бр. 45/16 од 26.10.2016 година и од одлука на Основниот суд Гостивар, П4.бр. 143/15 од 12.12.2016 година. Валидната регистрација, пак, се утврдува од валидна сообраќајна дозвола. Самата сообраќајна дозвола, како соодветен доказ, се поднесува во парнична постапка, согласно правилата на докажување во оваа постапка.

Битно е, притоа, дека сообраќајната дозвола ја докажува регистрацијата на моторното возило, но и сопственоста врз истото (чл. 28(1) ЗВ). Сосема е возможно, пак, штета со удар во животно да претрпи и лице кое управува со моторното возило но не е негов сопственик. Ова бидејќи управувањето со туѓо моторно возило, начелно, не е забрането (*arg. ex* чл. 317(2) од Законот за безбедност на сообраќајот на патиштата).⁴⁹² Во овие ситуации, не гледаме пречка ова лице да се појави како тужител за штетите што ги претрпел тој. Што се однесува до штетите врз самото моторно возило, оштетен е сопственикот на истото. Интересна е, во овој поглед, практиката за ситуациите кога моторното возило е отуѓено а ова не е соодветно евидентирано во сообраќајната дозвола. Така, според одлука на Апелациониот суд Скопје, Гж. 4981/11 од 16.02.2012 година, првостепениот суд не утврдил дали тужителот правото на сопственост врз основа на склучен договор за продажба на возилото го завел во сообраќајната дозвола па, оттаму, дали истиот можел да тужи, т.е. дали е овластен подносител и дали можел да бара надомест на материјална штета за возилото на кое му е причинета штета.⁴⁹³

4.3. Поседување возачка дозвола

Според чл. 225(1) ЗБСП, со моторно возило во сообраќајот на патот самостојно може да управува само лице кое има важечка возачка дозвола издадена во Република Македонија, странска возачка дозвола или

⁴⁹² Службен весник на Република Македонија, бр. 169/15, 226/15 и 55/16 (ЗБСП).

⁴⁹³ Резонот е интересен иако, за волја на вистината, станува збор за штетен настан од 2009 година, односно пред измените и дополнувањата на ЗЛП од 2012 година, додека штетата е настаната со удар на возилото во одрон на камења, на автопат. Не смее да се изгуби од вид, од друга страна, дека согласно чл. 145(1) од Законот за сопственост и други стварни права (Службен весник на Република Македонија, бр. 18/01, 31/08, 92/08, 139/09 и 35/10 (ЗСДСП)), правото на сопственост на подвижна ствар преоѓа на стекнувачот со предавање на стварта во негово владение, а моторното возило е подвижна ствар. Предавањето на подвижната ствар се смета за извршено, помеѓу другото, и со врачување на некој дел од стварта (чл. 145(2) ЗСДСП) како, на пр., клучеви од моторно возило. Оттаму, едно е административната формалност а друго е сопственоста како институт на граѓанското право.

меѓународна возачка дозвола, во која е впишана категоријата во која припаѓа моторното возило. Со моторно возило во сообраќајот на патот не смее да управува возач на кој му е истечен рокот на важноста на возачката дозвола (чл. 225(5) ЗБСП). Повредата на наведените правила повлекува прекршочна одговорност (чл. 225(9) и (10) ЗБСП). И поседувањето соодветна и валидна возачка дозвола од страна на лицето кое управувало со моторното возило што удрило во животно на јавен пат е основ за одговорноста на соодветните субјекти за причинетата штета, согласно чл. 38(2) ЗЈП. Така, утврдувањето на постоење валидна возачка дозвола е видно од одлука на Апелациониот суд Скопје, Гж. 1832/14 од 11.06.2014 година и од одлука на Основниот суд Велес, П4.бр. 146/16 од 12.12.2016 година. Интересно е што според одредбата од чл. 38(2) ЗЈП возачот треба да „поседува“ возачка дозвола што може да значи дека не мора да ја има кај себе додека, во поглед на плаќањето патарина, истата може да била и платена но возачот сепак „нема билет за платена патарина - фискална сметка“.⁴⁹⁴

5. Заклучни согледувања

Како што се гледа од претходните излагања, секторските правила на ЗЈП поседуваат две групи недостатоци, кога станува збор за одговорноста за штета предизвикана од животни на јавните патишта. Првата се однесува на кругот одговорни субјекти. Законодавецот, предвидувајќи во чл. 38(1) ЗЈП одговорност само на правното лице на кое врз основа на договор му се отстапени работите за одржување на јавните патишта и улици, можеби намерувал целосно да ја алоцира одговорноста на овие субјекти, односно да ја исклучи одговорноста (првенствено на) соодветните државни јавни претпријатија, но и на ЕЛС. Во прилог на ваквата законодавна интенција е и формулацијата на чл. 38(2) ЗЈП, која што „потсвесно“ ја предвидува и одговорноста на самата држава иако, како што споменавме, место за ваква одговорност на државата начелно нема. Битно е, во секој случај, дека ниту ЈП за државни патишта ниту ЕЛС не можат да се исклучат од одговорност, од причина што истата е законска. Со други зборови, кога самиот законодавец веќе им ставил во надлежност определени функции, тој едноставно не може да ја исклучи нивната одговорност, барем не во општество во кое владее конзистентен правен поредок.

Кога веќе не ја исклучил одговорноста, иако Владата како предлагач ова се обидела да го направи, законодавецот се обидел истата да

⁴⁹⁴ Кога законодавецот веќе решил да уредува вакви ситуации, истиот можел законската формулација да ја прошири и на ситуациите кога возачот својата возачка дозвола не ја носел со себе кога настанала несреќата. Ова би можело тешко да се утврди но тој ова би можел да го изјави на рочиште или пак, доколку имало увид на местото на несреќата, истото да биде евидентирано на полициски записник.

ја ограничи, односно да ја исклучи за определени ситуации.⁴⁹⁵ Казуистичката одредба од чл. 38(2) ЗЈП, како што покажува претходното излагање, е несоодветна од повеќе причини. Прво, самиот казуистички пристап е несоодветен на правната техника на европското континентално право.⁴⁹⁶ Второ, решенијата од чл. 38(2) ЗЈП се и „технички“ несоодветни. Така, на пр., чуму доказот за плаќање патарина кога на фискалните сметки не се содржани податоци за плаќачот ниту за регистарската табличка на возилото⁴⁹⁷ на што, на пр., се повикувал жалителот според одлука на Апелациониот суд Скопје, Гж. 1832/14 од 11.06.2014 година. Трето, сите основи за исклучување на одговорноста на соодветните субјекти се базирани на административни одредби за чија што повреда, пак, е предвидена прекршочна одговорност. За прекршувањето на граѓанскоправните норми, пак, следува граѓанскоправна санкција. Во конкретната ситуација ја имаме настанатата штета, а санкцијата е нејзиниот надомест. Конечно, ниту еден од основите по чл. 38(2) ЗЈП не може, стриктно гледано, да се третира како придонес на оштетениот, а ова е логичниот основ за (целосно или делумно) ослободување од одговорноста на соодветните субјекти,⁴⁹⁸ била нивната одговорност субјективна или објективна.

⁴⁹⁵ Одредбите од овој тип се интересни и ја одразуваат правната политика на државата за ограничување на одговорноста за настанатите штети на јавните патишта. Така, на пр., со чл. 95(2) ЗЈП 1996 беше предвидено дека Министерот за сообраќај и врски ќе донесе пропис за остварување на правото на корисниците на патиштата за надомест на штета, но оваа одредба беше укината со одлука на Уставниот суд, У.бр. 29/2005 од 21.09.2005 година (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 86/05).

⁴⁹⁶ Бидејќи самиот законодавен пристап е неспорно казуистички, тогаш би било логично основите за исклучување на одговорноста од чл. 38(2) ЗЈП да се применуваат стриктно и рестриktivно. Така, на пр., тие не би имале примена кога штетата би настанала како последица на заобиколување со моторното возило на животно што се попречило на патот. Исто така, со цел за „едукација“ на законодавецот, би имало место за одговорност за штетите претрпени од страна на возачот и патниците во моторното возило, освен за штетите на самото моторно возило, иако во чл. 38(2) ЗЈП се зборува за „штетата што ќе им биде причинета на корисниците на јавните патишта и улици поради удар со возилото во животни“. Интересно, во оваа насока, е дека основниот предлог на Владата ги покрива не само „штетата што ќе им биде причинета на корисниците на јавните патишта и улици поради удар со возилото во животни“, туку и „штетата на возилото предизвикана од незгода“.

⁴⁹⁷ Вид. чл. 5 ЗРГП и прилог 1 кон Правилникот за техничките и функционалните карактеристики на интегрираниот автоматски систем за управување, образецот на фискалната сметка..., *Службен весник на Република Македонија*, бр. 168/14 и 61/14.

⁴⁹⁸ Оттаму, ако останеше основниот предлог на Владата каде се зборуваше за „неприлагодена брзина на условите на патот“, решението барем ќе наликуваше на системот на т.н. отштетно право, ама повторно ќе беше несоодветно затоа што сугерираше целосно (а не и делумно) исклучување на одговорноста на соодветните субјекти. Од друга страна, ако нешто корисно е произлезено од расправите во Собранието тоа е дека не е усвоен предлогот на Владата *en bloc* да се исклучи одговорноста на соодветните субјекти за штетите предизвикани поради удар на возило во животно.

Оттаму, доколку посакуваме функционален и конзистентен правен систем, базиран на поредок и правна сигурност, не треба да ги ослободуваме од одговорност соодветните субјекти туку да го ослободиме правниот поредок од инвазивни и нематични правни норми. Надоместувањето на штетата, како граѓанскоправна санкција, е исклучивата последица на повредата на граѓанскоправната норма. При просудувањето на овие случаи, оттаму, треба да се користат правилата и резоните на т.н. отштетно право⁴⁹⁹ кое што, ако не се лажеме, ќе да е приватно.

⁴⁹⁹ Така, според одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 5202/99 од 30.03.2000 година, по однос на одговорноста на претпријатието за одржување на патиштата за штетата настаната поради одрон на камен на пат, фактот дека малолетниот суд на тужителот управувал со возило без положен возачки испит, самиот по себе, нема одлучувачко значење. Според судот, имено, со пресудите на пониските судови требало да се утврди причинската врска помеѓу однесувањето на синот на тужителот при возењето и настанатата штета. Во повторното постапување на првостепениот суд, според одлуката, е потребно со сигурност да се утврди особено дали во времето на несреќата постоел знак за ограничување на брзината и знак на опасност од одрон, дали возилото од спротивната насока прешло на коловозната лента на која што се движело возилото на тужителот, дали возилото на тужителот се движело со неприлагодена брзина и дали синот на тужителот, поради неположениот возачки испит и возраста, немал доволно искуство да ја избегне несреќата. Вид. и правно мислење на Одделот за граѓански дела при Врховниот суд на Република Македонија, донесено на седницата одржана на 26.02.2016 година.

Nenad Gavrilovic, PhD
Associate Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”,
University “Ss Cyril and Methodius” in Skopje

MAINTENANCE OF PUBLIC ROADS AND THE HARMS CAUSED BY ANIMALS: A CRITIQUE OF SECTORIAL RULES

Abstract: *Traditionally, the problem of harms caused on public roads is regulated by sectorial rules. Such is also the case of the domestic regulations which also apply to the harms on public roads caused by animals. The paper considers the suitability of said regulations from several aspects. First of all, it examines the adequacy of sectorial rules in the context of the general regime of liability for harm caused by animals set forth in the Law on Obligations, in particular after its 2008 reform. Furthermore, subject matter of analysis is the issue of the designated responsible persons under the sectorial rules, in the context of the statutory obligations of the relevant entities in charge of maintaining the public roads. Finally, the paper examines the boundaries of the liability of the respective persons in terms of the explicit sectorial rules. All of this is done by elaborating critical views on the legal policy basis and the suitability of the sectorial rules.*

Key words: *harm, animals, public roads, responsible persons, sectorial rules, boundaries of liability.*

ПРАВОТО НА ПРИВАТНОСТ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА - ПРАВНА РАМКА, ИСКУСТВА И ПРЕДИЗВИЦИ

УДК: 342.738:340.13 (497.7)

Review paper

***Анстракт:** Правото на приватност заштитува широк спектар на лични интереси преку кои се изразува интегритетот и достоинството на една индивидуа. Современото општество во континуитет генерира ризици за приватноста. Од овие причини, обезбедувањето на адекватни механизми за заштита на правото на приватност е предизвик за секој современ правен систем. Почитувањето на приватноста во Република Македонија беше ставено на сериозен тест кога државата се соочи со фактот за нелегално следење на комуникации од веројатно големи размери. Случувањата кои следуваа покажаа дека почитувањето на приватноста сеуште не е научена лекција за многу актери на јавната (политичка и медиумска) сцена. Во овој труд ќе биде направен сумарен преглед на националната правна рамка со која се третира заштитата на правото на приватност. Целта на трудот е да ги нотира законските празнини и противречности, особено оние кои можат да бидат причина за груба повреда на приватноста. Оттука, трудот ќе понуди и конкретни препораки во однос на најавените измени во законодавството за следење на комуникации, кое има директни импликации врз приватноста на поединците. Воедно, ќе биде направен осврт и на претстојното усогласување на националното законодавство за заштита на личните податоци со новата европска легислатива во оваа област. Исто така, низ конкретни случаи ќе се анализира примената на нормативите и стандардите за почитување на приватноста во медиумското известување.*

***Клучни зборови:** право на приватност, правна рамка, стандарди, медиуми, јавен интерес*

ВОВЕД

Приватноста е комплексен поим и оттаму се чини дека од сите човекови права правото на приватност е можеби најтешко да се дефинира. Тоа е така веројатно и поради фактот што „има многу работи во нашиот секојдневен живот кои не можеме да ги чуваме лично за себе и многу други работи кои сакаме да ги чуваме во приватност“.⁵⁰⁰ Неизвесноста во концептот и неговата примена, со некохерентности и парадокси, се чини дека се дел од природата на приватноста.⁵⁰¹ Во илустрирање на овој став се изнесуваат контрадикторности карактеристични за природата на приватноста, како што е конфликтот на приватноста со слободата на изразување и правото на информирање, менување на правните, социолошките и етичките ставови за приватноста низ различните општества, но и поинакво доживување на приватноста помеѓу различните индивидуи. Сепак, правото на приватност како вродено лично преку кое се изразува автономијата на една индивидуа првенствено се однесува на почитувањето на приватноста на личниот и семејниот живот, приватноста во домот, тајноста на комуникациите и на личните податоци.

Наспрема секојдневните ризици за приватноста кои ги генерира современиот начин на живот и новите технологии за комуникација, се чини дека третманот и интересот за оваа тема во Република Македонија не е на завидно ниво. Одредено поместување се забележа како последица на скандалот во кој државата беше соочена со фактот за нелегално следени комуникации од веројатно големи размери чија содржина интегрално беше објавувана. Во овие случувања, покрај другите прашања, во фокусот се најде правото на почитување на приватноста.

Овој скандал ги исфрли на површина сите законски празнини кои претставуваат подлога за ерозија на приватноста и ги реafirмира прашањата за системот на следење на комуникациите и за контролата над следењето на комуникациите.

Оттука, несомнено претстои период на пополнување на празнините и отстранување на противречностите во законските акти кои ја уредуваат оваа сфера, но и преиспитување на поставените стандарди во медиумското известување кое има импликации врз почитувањето на приватноста на граѓаните.

* Доцент на Воена академија "Генерал Михаило Апостолски" – Скопје,
biljankarowska@yahoo.com

⁵⁰⁰ Brandon Garrett, *Individual Right and Civic Responsibility, The Right to Privacy*, The Rosen Publishing Group, Inc., 2001, стр. 7

⁵⁰¹ ALLEA, Report Series 2, *Privacy Protection in the Information Society*, (Issues and recommendations), 2002, стр. 12

1. ПРАВОТО НА ПРИВАТНОСТ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА - ПРАВНА РАМКА

Во Уставот на Република Македонија, сферите на приватност се расчленети во четири одделни членови кои се однесуваат на слободата и неповредливоста на писмата и на сите други облици на комуникација (член 17), сигурноста и тајноста на личните податоци (член 18), почитувањето и заштитата на приватноста на личниот и семејниот живот, достоинството и угледот (член 25) и неповредливоста на домот (член 26).

Уставните гаранции за одделните сфери на приватност се конкретизирани во соодветни законски акти кои подетално ги уредуваат условите за остварување и заштита на одделните аспекти на приватност, како и условите и постапката за отстапување од гарантираните права.

1.1. Закон за следење на комуникациите

Со Закон за следење на комуникации (ЗСК),⁵⁰² уредени се условите и постапката за следење на комуникации, чувањето и користењето на добиените информации, како и контролата на законитоса на следењето на ко комуникациите. Согласно ЗСК, комуникациите можат да се следат по два основи:

- Заради откривање и гонење на сторители на кривични дела
- Во функција на безбедноста и одбраната на државата.

Заради откривање и гонење на сторители на кривични дела следењето на комуникации се презема како посебна истражна мерка (ПИМ) предвидена со Законот за кривичната постапка (ЗКП).⁵⁰³ По овој основ, комуникации може да следи Министерството за внатрешни работи (МВР), Јавното обвинителство, Управата за финансиска полиција и Царинската управа. Во функција на безбедноста, комуникациите ги следи МВР, а во функција на одбраната, комуникациите ги следи Министерство за одбрана (само во спектар на радио бранови и фреквенции кои се одредени за потребите на одбраната).

Во секој случај, транскриптите од следените комуникации можат да се употребат како доказ во евентуална кривична постапка. Меѓутоа, доколку материјалите се собрани со следење кое било спроведено спротивно на постапката утврдена со ЗСК, тогаш согласно член 25 од истиот закон, тие не можат да се употребат како доказ и во ваков случај, податоците содржани во снимките се ништат.

⁵⁰² Закон за следење на комуникациите, Службен весник на РМ, број 121/2006, 110/2008, 116/2012

⁵⁰³ Закон за кривичната постапка, Службен весник на РМ, број 150/2010, 09/2012

Како посебна истражна мерка во МВР комуникациите се следат преку Сектор за прикриени операции во Оддел за сузбивање на организиран и сериозен криминал во Централните полициски служби во рамки Биро за јавна безбедност (БЈБ) чија организација и надлежност е уредена со Закон за полицијатата.⁵⁰⁴ Од друга страна, исто така во рамки на МВР, но во функција на безбедноста и контраразузнавањето, комуникации се следат во Управата за безбедност и контраразузнавање (УБК). Меѓутоа, покрај контраразузнавачка активност и во рамките на истата, УБК има надлежност да постапува и во функција на спротивставување и заштита од тероризам, како и заштита од други активности насочени кон загрозување или насилно уривање на демократските институции утврдени со Уставот на Република Македонија (член 23 од Закон за внатрешни работи).⁵⁰⁵ Токму тука може да се лоцира точката на преклопување на дел од овластувањата на овие два органи во состав на МВР во преземањето на одредени активности во смисла на прибавување информации преку прислушување. Ова го наметнува прашањето - Кога всушност комуникациите ги следи УБК, а кога БЈБ, Управата за финансиска полиција и Царинската управа? Несомнено дека вака поставениот систем за следење на комуникациите е прилично сложен и применет во пракса, помеѓу останатото, веројатно доведува до конфузија во конкретни ситуации.

Освен тоа, во постојната легислатива евидентен е и недостаток на одредби за битни прашања поврзани со следењето на комуникациите. Имено, не се утврдени категориите на лицата кои се одговорни за прислушувањето, чувањето и трансферот на материјалите од следените комуникации, уништувањето на материјалите, контролата над следењето, итн. Особено е дискутабилно следењето на комуникации врз основа на усна судска наредба уредено со сегашниот член 11-а. Согласно овој член усна наредба може да се издаде доколку постои „опасност од предизвикување на ненадоместлива штета за успешно водење на кривичната постапка.” За разлика од ова, претходното законско решение од основниот ЗСК од 2006 година во тогашниот член 14 предвидуваше дека итноста на случаите треба да биде поткрепена со веројатност дека алтернативно е исполнет еден од следните услови: постои опасност од предизвикување смрт или тешка телесна повреда на едно или повеќе лица; постои опасност за настанување материјална штета на имот од големи размери; постои опасност од бегство на лице кое е сторител на кривично дело за кое е пропишана казна доживотен затвор.

Покрај дискутабилните законски одредби, во досегашната пракса како особено неефикасен се покажа надзорот над следењето на комуникациите кој треба да претставува механизам за елиминирање на

⁵⁰⁴ Закон за полицијата, Службен весник на РМ, број 114/2006, 06/2009, 145/2012, 41/2014, 33/2015, 148/2008

⁵⁰⁵ Закон за внатрешни работи, Службен весник на РМ, број 42/2014, 116/2014, 33/2015

евентуалните злоупотреби на следењето на комуникациите. Иако е прилично тешко да се верува дека било која институција навистина може соодветно да ги контролира безбедносните служби, сепак треба да се настојува да се обезбеди ефикасен надзор барем на основно ниво. Надзорот мора да биде независен, да се одвива во континуитет преку воспоставена практика и да биде ослободен од партиски и политички влијанија. Двете парламентарни комисии надлежни за овој надзор досега демонстрираа недостиг на политичка волја за спроведување на ефикасен надзор, а нивната работа беше сведена на постојани меѓусебни обвинувања на релација комисии - МВР.

1.2. Закон за електронските комуникации

Со Закон за електронските комуникации (ЗЕК)⁵⁰⁶ уредени се правните аспекти на прислушувањето како технички процес. ЗЕК помеѓу останатото, предвидува обврски за операторите да ги обезбедат сите неопходни технички услови за да овозможат следење на комуникациите во нивните мрежи согласно Законот за следење на комуникациите.

Одредбите од претходниот Закон за електронските комуникации беше оспорен пред Уставниот суд на Р. Македонија кој по спроведената постапка за оценување на нивната уставност и законитост, истите ги поништи бидејќи во нив согледа изворно, непосредно и нормативно овластување за овластениот орган за следење на комуникациите (МВР) со игнорирање или без директно повикување на претходната уреденост на постапката и правилата за следење на комуникациите со ЗКП и ЗСК, според кои следењето на комуникациите од каков и да е вид не може да се оствари без судска наредба.⁵⁰⁷ Со поништување на оспорените одредби, операторите тогаш беа ослободени од обврската за доставување на податоците за сообраќај по барање на надлежните органи, а остана во важност обврската дека по прием на налог од надлежен суд, веднаш треба да започнат со прислушувањето во определената точка содржана во судскиот налог.

Во актуелниот ЗЕК согласно член 175 став 5 операторите се должни на сопствен трошок да обезбедат и одржуваат опрема, соодветен интерфејс и да воспостават електронски комуникациски водови за пренос до овластениот орган за следење на комуникации, со цел да се овозможи следењето во нивната мрежа. Согласно став 6 од истиот член "операторите имаат обврска да му овозможат на овластениот орган за следење на комуникации, следење на комуникациите во реално време". Информацијата за следената комуникација треба да биде на располагање

⁵⁰⁶ Закон за електронските комуникации, Службен весник на РМ, број 39/2014

⁵⁰⁷ Одлука на Уставен суд У. бр. 139/2010 од 15.12.2010 година

веднаш по завршувањето на комуникацијата, а следењето на комуникацијата треба да биде непрекинато за цело време на нејзиното траење". И овие одредби содржани во членот 175 од ЗЕК, како и одредбите содржани во член 176 кои се однесуваат на обврската за задржување на податоците, се во постапка по иницијатива за оценка на нивната уставност пред Уставниот суд. Во врска со овие одредби се произнесе и Групата искусни експерти за системските прашања за владеење на правото поврзани со следењето на комуникациите во Препораките од 08.06.2015 година содржани во тн. Извештај на Рајнхарт Прибе.⁵⁰⁸ Според нив, УБК не треба да има директен пристап до техничката опрема која дозволува отсликување на комуникацискиот систем и дека под било кои околности не треба да има практична можност за директно пресретнување на комуникациите.

1.3. Закон за заштита на личните податоци

Законот за заштита на личните податоци (ЗЗЛП)⁵⁰⁹ дозволува обработка на личните податоци под истите услови утврдени и во Директивата на ЕУ 95/46/ЕК за заштитата на поединците во однос на обработката на личните податоци и слободното движење на тие податоци,⁵¹⁰ како сеопфатен документ на чија основа речиси унифицирано се креирани европските национални законодавства во сферата на личните податоци. Согласно принципите содржани во ЗЗЛП, обработувањето на личните податоци треба да биде законско и само за легитимни цели, собраните податоци треба да се соодветни, точни и не прекумерни, да се чуваат не подолго од потребното време со оглед на намените за кои биле собрани и во форма која дозволува идентификација на субјектот на личните податоци.

Институционалната заштита од злоупотреби на личните податоци е овозможена преку Дирекцијата за заштита на личните податоци (ДЗЛП) како самостоен и независен орган кој има надлежност да постапува по барање за утврдување на повреда на право гарантирано со ЗЗЛП, но и да врши инспекциски надзор над спроведување на ЗЗЛП и прописите донесени врз основа на овој закон, како и да води прекршочна постапка, преку Комисија за одлучување по прекршок која е овластена да изрекува прекршочни санкции. Од нејзиното основање, ДЗЛП демонстрираше

⁵⁰⁸ https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/news_corner/news/news-files/20150619_recommendations_of_the_senior_experts_group.pdf

⁵⁰⁹ Закон за заштита на личните податоци, Службен весник на РМ, број 7/2005, 103/2008, 124/2010, 135/2011, 43/2014 и 153/2015

⁵¹⁰ Directive 95/46/EC of The European Parliament and of The Council of 24 October 1995, OJ L 281, 23/11/1995 P. 0031-0050

посветеност и стручност во исполнување на своите законски надлежности, но се чини дека остана прилично пасивна во врска со сите случувања кои произлегоа од незаконското следење на комуникациите и објавувањето на прислушуваните разговори, дел од нив со неспорно приватна содржина. Во претходно споменатите препораки на Рајнхарт Прибе, ДЗЛП беше критикувана поради индиферентност во случувањата поврзани со незаконското прислушување. Ставот на ДЗЛП изразен во разговорите со тимот на експерти кои ги подготвуваа Препораките е дека Дирекцијата одлучила да остане неактивна со цел да не биде критикувана за заземање страна во актуелната ситуација. Овој став кој во својата суштина е дискутабилен, може да се разбере единствено во контекст на објаснувањето од страна на ДЗЛП дека не може да реагира додека се водат кривични истраги, како и дека Дирекцијата не добила ниту една претставка во врска со незаконското прислушување.

На законодавството за заштита на лични податоци во Р. Македонија му претстои усогласување со реформскиот пакет на прописи на ЕУ усвоен во 2016 година, кој ќе се применува од 2018 година. Реформскиот пакет вклучува Регулатива за заштита на физичките лица во однос на обработка на личните податоци⁵¹¹ и Директива за обработката на личните податоци за целите на кривичните истраги⁵¹². Се очекува дека реформата ќе ја осигура иднината на заштитата на податоците во дигиталната ера, особено поради некои нови предвидени права за субјектите на личните податоци и концепти кои се креирани во насока на поефикасна заштита на податоците. На пример, Право на бришење на податоците или тн. "Право да се заборави" претпоставува право на субјектот да побара неговите лични податоци да бидат избришани доколку не постои законски основ за нивно понатамошното задржување и понатамошна обработка. Преку концептот "Дизајн на приватност" заштитата на податоците ќе биде вградена во дизајност и архитектурата на сите системи за информатичка технологија. Предвидена е и поголема контрола на субјектите врз нивните податоци бидејќи утврдена е обврска за барање нивна експлицитна согласност за обработка на личните податоци.

⁵¹¹ Regulation (EU) 2016/679 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC

⁵¹² Directive (EU) 2016/680 of The European Parliament and of The Council of 27 April 2016, on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA

1.4. Закон за заштита на приватноста

Донесувањето на Закон за заштита на приватноста⁵¹³ се наметна како потреба предизвикана од актуелните случувања и амбиентот создаден со објавување на нелегално прислушуваниите разговори. Сепак, овој закон не понуди конзистентни и издржани решенија, најмалку поради три причини:

1. Заштитата на приватноста временски се сведе на комуникациите кои биле незаконски следени во периодот од 2008 до 2015 година пришто се утврди забрана за поседување, обработка, јавно објавување и располагање на било кој начин со материјали кои произлегуваат од незаконско следење на комуникации извршени во овој период, вклучувајќи и нивно користење и располагање во изборен процес, политички и други цели и постапки;

2. Одредбите од овој Закон не се однесуваат на објавените материјали заклучно со 15 јули 2015 година (член 6 од Закон за заштита на приватноста);

3. Законот започна да се применува шест месеци по денот на влегување во сила.

Со вака формулираните одредби овој закон остави неколку отворени дилеми и ги наметна следните прашања:

1. Зошто Законот временски ја ограничи заштитата на приватноста само на комуникациите кои се незаноски следени во наведениот период (2008 -2015 година)?

2. Зошто Законот не го забрани понатамошното објавување на веќе објавените разговори за кои е евидентно дека навлегуваат во сферата на личниот и семејниот живот?

3. Зошто беше утврдено дека Законот ќе започне да се применува шест месеци по денот на влегување во сила?

Забелешки во однос на овој закон беа нотирани и од страна на Венецијанската комисија на Советот на Европа која укажа на потребата од сериозна ревизија на Законот.⁵¹⁴ Помеѓу останатото, Венецијанската комисија препорача дека Законот за заштита на приватноста не треба да исклучи објавување на материјали кои допираат прашања од јавен интерес, односно дека треба да дозволи објавување материјали кои ја засегаат јавноста и кои отвораат прашања од јавен интерес, меѓутоа со тесно дефинирани исклучоци кои се однесуваат на објавувањето на информации за интимните аспекти на приватниот и семејниот живот. Значи, согласно овој изразен став на Венецијанската комисија, евентуална измена и дополнување на Законот за заштита на приватноста требаше да

⁵¹³ Закон за заштита на приватноста, Службен весник на РМ, бр. 196/2015

⁵¹⁴ [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)008-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)008-e)

вклучи можност за објавување и на нови дотогаш необјавени прислушувани разговори, доколку при внимателно одмерување се утврди дека јавниот интерес за објавување на конкретниот разговор преовладал над приватниот интерес. Исто така, со евентуалните измени и дополнување требаше експлицитно да се забрани објавување на информации кои допираат до приватноста на личниот и семејниот живот, односно да се оневозможи или да се забрани повторно објавување на снимките и транскриптите од претходно објавените разговори кои имаат приватна содржина. Тоа би повлекло отстранување на аудио снимките и на транскриптите со приватна содржина кои се поставени на одредени веб локации, фан страни, интернет портали и сеуште се достапни за јавноста, а кои се користеа и се реобјавуваа и во функција на предизборната кампања.

2. УЛОГАТА НА МЕДИУМИТЕ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ВО ПОЧИТУВАЊЕ НА ПРИВАТНОСТА

Постигнувањето рамнотежа помеѓу интересот на јавноста да биде информирана наспрема интересот на една индивидуа да биде заштитена од упад во нејзината приватност е деликатен процес и особено значаен во сферата на медиумското известување. Согласно меѓународните стандарди и праксата на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП), медиумите генерално имаат право, но и обврска да известуваат за прашања кои го свртуваат вниманието на јавноста во врска со теми кои се актуелни и за кои постои интерес пошироката јавност да биде информирана, како и за теми кои можат да ја шокираат или вознемират јавноста.⁵¹⁵ Ако притоа со тие информации би можела да се нанесе штета на нечиј приватен интерес, тогаш и објавувањето на тие информации сепак може да се толерира, доколку нивното објавување може да се оправда со повисок јавен интерес. Во процесот на нивната имплементација, правото на приватност и правото на слобода на изразување и информирање, многу често се конфронтираат. Ползувањето на двете права не може секогаш да се доведе во рамнотежа, меѓутоа медиумите имаат значајна улога и голема одговорност во процесот на проценка за тоа дали во конкретна ситуација ќе се даде примат на приватниот или на јавниот интерес. Сепак, треба да се потенцира дека јавен интерес не е тоа што е интересно за јавноста и според ЕСЧП "јавниот интерес не може да биде сведен на жед за информации од јавниот живот на другите, сведувајќи го тоа на сензационализам или војеризам."⁵¹⁶ Затоа, постоењето на јавен интерес во врска со одредена медиумска објава се проценува во секој конкретен случај и во контекст на спецификите на случајот. Тоа практично значи

⁵¹⁵ Став изразен во *Handyside v. United Kingdom*, 24 A, 07.12.1976

⁵¹⁶ *Von Hanover v. Germany* (40660/08; 60641/08), 07.02.2012

дека во однос на секоја конкретна објава, медиумот има обврска да направи внимателна проценка на елементите кои се во полза и на приватниот и на јавниот интерес, за да може да одмери кој интерес има поголема тежина во конкретниот случај. ЕСЧП на пример, утврди дека преовладал јавниот интерес за објавувањето на информации и телефонски разговори од нелегално прислушување на новинари, политичари и бизнисмени, наспрема интересот истите да бидат сочувани од јавноста (Bucur and Toma v. Romania),⁵¹⁷ но и дека ограничувањето на слободата на изразување е оправдана кога во одредена објава/публикација директно се критикува карактерот на личноста на судија без да се понуди придонес за дебата од општ интерес (Leempoel v. Belgium).⁵¹⁸

Статусот на јавните личности и на државните функционери налага тие да го издржат притисокот врз приватноста како цена која ја плаќаат заради нивната експонираност во јавноста. Од нив се очекува да прифатат поголем степен на толеранција и отвореност за поголема критика од страна на новинарите и од страна на пошироката јавност. Некои факти кои се однесуваат на приватниот живот на политичарите, навистина може да бидат од интерес за граѓаните, а со тоа може да биде легитимно за читателите, кои се исто така гласачи, да бидат информирани за овие факти.⁵¹⁹ Сепак, согласно ставот на ЕСЧП, медиумите не смеат да обелоденат детали од приватниот и семејниот живот доколку немаат за цел јавна или политичка дебата за прашања од јавен интерес,⁵²⁰ особено доколку притоа главната намера е да се навреди личноста на политичарот.⁵²¹ Тоа значи дека информациите кои се објавуваат за политичарите ќе бидат релевантни само доколку се однесуваат за начинот на кој политичарот се справува со обврските и овластувањата кои произлегуваат од функцијата која ја извршува. Тест на јавен интерес се применува во праксата на ЕСЧП како алатка за одмерување на важноста на информацијата во случаи кога правото на приватност е поставено неспрема правото на информирање, пришто резултатот се добива преку примена на неколку критериуми:

- Што е предмет на објавата и дали придонесува за отворање дебата од општ интерес;
- Колку е познато во јавноста лицето на кое се однесува објавата;
- Дали постои претходна објава на фотографија и поврзани информации кои се појавиле во претходни објавувања;
- Под кои околности е добиена информацијата или е направена фотографијата.

⁵¹⁷ *Bucur and Toma v. Romania* (40238/02), 08.01.2013

⁵¹⁸ *Leempoel v. Belgium* (64772/01) 09.11.2006

⁵¹⁹ Michael G. Doherty, POLITICIANS AS A SPECIES OF "PUBLIC FIGURE" AND THE RIGHT TO PRIVACY

<<http://www.sbc.org.pl/Content/11963/doherty.pdf>>

⁵²⁰ *Times Newspapers Ltd v. United Kingdom* (3002/03; 23676/03), 10.03.2009

⁵²¹ *Sürek v. Turkey* (26682) 31.07.2007

Во Р. Македонија во медиумите и медиумските здруженија не се креирани интерни правила за почитување на приватноста во новинарското известување. Интерните акти на медиумските здруженија немаат утврдено принципи и критериуми според кои треба да се одмерува јавниот наспрема приватниот интерес, ниту конкретни алатки за заштита на приватноста. Кодексот на новинарите на Македонија⁵²² на пример, генерално утврдува на кој начин новинарот треба да информира и во таа насока да ги почитува законите во државата, а притоа да не објави или сокрие нешто што е во спротивност со јавниот интерес. Согласно т. 7 од Кодексот, новинарот ќе ја почитува приватноста на личноста, освен кога тоа е во спротивност со јавниот интерес. Сепак, овој Кодекс не содржи насоки во однос на конкретни мерки што треба да се применат во функција на почитување и заштита на приватноста во конкретни специфични случаи кога ова право е потенцијално загрозувано. Во оваа смисла, поконкретни насоки се утврдени во Прирачникот за етика во новинарството⁵²³ каде на пример, е објаснето дека јавниот интерес вклучува информации кои можат да придонесат за откривање на криминално дело, злоупотреба на положба од страна на носител на јавна функција, загрозување на демократијата, корумпираност, случаи на неправда, кршење на човекови права, дискриминација, загрозување на здравјето и безбедноста на луѓето, немарност и/или неспособност на јавните функционери. Сепак, Прирачникот не содржи насоки за заштита на приватноста и за балансирање од страна на медиумите во конкретни ситуации на конфликт помеѓу слободата на изразување и правото на приватност и покрај тоа што непочитувањето на приватноста во овој Прирачник е оценета како една од најчестите повреди на Кодексот на новинарите. Не може да се смета за доволна само општата формулација дека правото на јавноста да знае мора секогаш да се процени во однос на правото на личноста да ја зачува приватноста. Од друга страна, во Прирачникот за јавниот интерес во новинарството,⁵²⁴ посветен е значителен простор на приватноста и јавниот интерес во контекст на новинарското известување. Помеѓу останатото посочено е дека упадот во приватноста мора да биде оправдан во поглед на јавното добро кое ќе следи по објавување на информацијата и истиот треба да се оправда со обемот на потенцијалната штета што може да произлезе. Тестот на јавен интерес е посочен во овој Прирачник како алатка која треба да им помогне на новинарите да се справат со прашањата и дилемите со кои секојдневно се соочуваат при објавување на информациите и да направат разлика помеѓу прашањата од јавен интерес и оние кои не се од јавен интерес.

⁵²² <<http://znm.org.mk/drupal-7.7/mk/node/440>>

⁵²³ <<http://znm.org.mk/wp-content/uploads/2016/03/Прирачник-за-етика-во-новинарството-maj-2012.pdf>>

⁵²⁴ <<http://respublica.edu.mk/attach/priracnik-mediumi-11-03-2016-MK.pdf>>

3. ИСКУСТВА И ПРЕДИЗВИЦИ ЗА ПРИВАТНОСТА ВО КОНТЕКСТ НА СКАНДАЛОТ СО НЕЛЕГАЛНОТО ПРИСЛУШУВАЊЕ

Современото општество во континуитет генерира ризици за приватноста особено преку моќта на софистицираните технологии за комуникација и нивно користење во функција на контрола на глобалните безбедносни закани. Приватноста на поединците станува сè повеќе ранлива, а можностите за нејзина заштита стануваат сè помали. Дали државите обезбедуваат адекватна, правна и институционална заштита, е дискутабилно. Можеби, вистинското прашање е дали воопшто е можно да се обезбеди ефикасна заштита на приватноста на поединците во услови во кои функционира современиот свет. Притоа, државата има не само обврска да ги заштити граѓаните од упад од трети лица во нивната приватност, туку и самиот државен апарат треба да се воздржи од неовластен упад во приватноста на своите граѓани.

Во скандалот во Р. Македонија предизвикан од сознанието за нелегално следени комуникации објавени беа не само разговори од високо позиционирани функционери во тогашната Влада, туку и разговори на новинари, судии, бизнисмени и други јавни личности, но и на лица помалку познати во јавноста. Факт кој треба дополнително да загрижува. Исто така, сеуште не се знае дали и во колку примероци се мултиплицирани прислушуваниите разговори, како и тоа дали и кој поседува примероци од аудио записите или од транскриптите од следените комуникации. Поразителен е фактот дека некои од прислушуваниите разговори со исклучително приватна, дури и интимна содржина, анонимно и во континуитет се поставуваа на каналот *Youtube* и на *Facebook* фан страни. Истовремено, на информативни портали од други држави беа објавени серија прислушувани разговори на високо позиционирани функционери во политички партии во Македонија, но и новинари и уредници во медиуми. И сето ова се случуваше по донесување на Законот за заштита на приватноста кој требаше да ги заштити граѓаните и да го спречи објавувањето на нови аудио записи, како и по предавање на наводно целокупниот материјал од сите прислушувани разговори од политичката партија која ги поседуваше, до Специјалното јавно обвинителство (СЈО) формирано врз основа на преземените обврски на дел од политичките партии со тн. Договор од Пржино. Не се за потценување и шпекулациите дека во криминалното подземје наводно се тргува со материјали од прислушуваниите разговори и дека истите можат да се користат или веќе се користат како алатка за уцени, закани и други нелегални активности. Споменатите случувања покажаа дека сега веќе не постои целосна контрола или можеби не постои никаква контрола над материјалите од следените комуникации. Извесно е дека може и понатаму да се очекува објавување на компромитирачки разговори, особено

комуникации поврзани со приватниот живот на политичари. Особено во пресрет на нови предизборни кампањи.

Во однос на медиумското објавување на содржината на телефонските разговори, впечатокот е дека во одредени моменти се премина границата на пристојност и минимум почитување на приватност. Не се практикуваше потребната содржинска и персонална селекција на разговорите, а сензационализмот беше присутен во текот на целиот процес на објавување. Се чини дека дел од медиумите, особено електронските, потфрлија во почитувањето на општо прифатените стандарди за пренесување на информација кога е засегнат приватен интерес. Добар дел од објавените разговори несомнено отворија дебата за релевантни прашања од јавен интерес и при внимателна проценка на сите околности, можат да го поминат тестот на јавен интерес. Меѓутоа за дел од разговорите, особено тие со приватна содржина, објавувањето не може да го помине тестот на јавен интерес.

ЗАКЛУЧОК

Случувања со нелегалното следење на комуникации и со објавување на разговорите од следените комуникации, упатуваат на заклучок дека почитувањето на приватноста сеуште не е научена лекција за многу актери на политичката и на медиумската сцена во Р. Македонија. Од овие причини, државата треба да се насочи кон неколку приоритетни цели:

1. Да се ревидира легислативата со која се третира заштитата на приватноста, особено

условите и постапката за отстапување од правото на приватност и правото на тајност на комуникациите. Отстапувањата мора да бидат уредени со јасни и прецизни нормативи кои нема да содржат противречности и празнини. Во таа насока, конкретни препораки во однос на содржината на Законот за следење на комуникации се следните:

- Во системот за следење на комуникациите јасно да се разграничат овластените органи за следење на комуникации во функција на борба со криминал, наспрема следењето кое се презема во функција на безбедноста и контраразувањето. Симплифицирано, тоа значи дека мора да се подвлече граница до каде се овластувањата на УБК за следење на комуникации, а од каде започнуваат овластувањата на Биро за јавна безбедност.

- Да се преиспита предвидениот услов за издавање на усна судска наредба. Најмалку што треба да се направи е да се вратат одредбите кои беа предвидени со основниот текст на Законот за следење на комуникации;

- Да се внесат нормативи за чувањето на транскриптите и за начинот на нивниот трансфер до суд, како и одредби со кои поблиску би се одредиле категориите на лицата кои се одговорни за примена на мерката следење на комуникациите;

- Да се усвои соодветна регулатива за надзорот над следењето на комуникациите и за одговорност во случај на неефикасен надзор.

2. Да се утврди обврска за медиумите за примена на тестот на јавен интерес и обврска за обработка на личните податоци согласно Законот за заштита на личните податоци, особено во однос на обемот на обработката. Во врска со ова, Дирекцијата за заштита на личните податоци како регулаторно тело треба ефикасно да ги идентификува слабостите во заштитата на приватноста и треба да има сугесивен пристап кон медиумите, а истовремено да работи на подигнување на јавната свест за важноста на почитувањето на приватноста.

3. Да се креираат соодветни механизми кои ќе обезбедат доследно почитување на стан -

дартите за заштита на приватноста во медиумското известување. Во таа насока, пред сè треба да се уреди задолжителната употреба на алатки за заштита на приватноста во секоја конкретна медиумска објава. Зависно од ситуацијата, ефикасни алатки се: анонимизирање на лични податоци, дисторзија на глас, замаглување на лик, користење на иницијали наместо полно име и презиме.

Biljana Karovska Andonovska, PhD
assistant professor, Military Academy "General Mihailo Apostolski" -
Skopje

RIGHT TO PRIVACY IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA - LEGAL FRAMEWORK EXPERIENCES AND CHALLENGES

Abstract: The right to privacy protects a wide range of personal interests through which the integrity and dignity of an individual are expressed. Modern society continuously generates privacy risks. For these reasons, providing adequate mechanisms for protection of the right to privacy is a challenge for any modern legal system.

The respect of privacy in the Republic of Macedonia was put to a serious test, when the country faced the fact of illegal interception of communications of allegedly large scale. The events that followed has shown that respect of privacy is still not lesson learned for many actors of the public (political and media) stage.

This paper provides a general overview of the national legal framework that treats the protection of the right to privacy. The purpose of the paper is to note the legal gaps and contradictions, especially those that could be a cause of severe violation of privacy. Hence, this paper will also offer concrete recommendations regarding the announced changes in the legislation on interception of communications, which has direct implications on the privacy of individuals. Furthermore, the paper provides an overview at the forthcoming harmonization of national legislation on protection of personal data with the new European legislation in this area. The applying of the norms and standards for the respect of privacy in media reporting will also be analyzed through the specific cases.

Key words: right to privacy, legal framework, standards, media, public interest

Проф. Иван Русчев, д.ю.н.*

ИСТОРИЧЕСКИ И СРАВНИТЕЛНОПРАВЕН ПРЕГЛЕД НА ОТГОВОРНОСТТА ЗА НАРУШВАНЕ НА ОТНОСИТЕЛНО ПРАВО ОТ ТРЕТО ЛИЦЕ

УДК: 347.447.54:347.447.9 (497.2)
Original research paper

***Резюме:** Относителният характер на притезателните права се изразява във възможността на кредитора да търси желания резултат само от задължените за него лица, като нарушаването на тези права поначало се изразява в неизпълнение от насрещната страна на корелативното им задължение. Отговорността за такова нарушение се урежда от правилата на договорното право, защото лица, които не са страни по договора не могат да придобиват права (т.нар. принцип за относително действие на договора), нито пък те са субекти на задължение да спазват правата произтичащи от договора, доколкото те са чисто относителни и засягат връзката между страните по договора. Правото на кредитора обаче би могло да бъде засегнато и от трети лица, които не участват в договорната облигация. Кое то поставя въпроса за характера на тяхната отговорност, когато действията им са осуетили упражняването на кредиторското вземане. Направеният в изложението исторически и сравнителноправен преглед води до извода, че голяма част от европейските законодателства или съдържат изрично правило за тяхната отговорност или такова се извежда от цялостната уредба на извъндоговорната отговорност, според което трето лице, което нарушава или способства за нарушаване на чуждо облигационно отговаря за причинените от него вреди.*

Относителният характер на притезателните права се изразява във възможността на кредитора да търси целения резултат само от задължените за него лица, като нарушаването на тези права поначало се изразява в неизпълнение от насрещната страна на корелативното им задължение. Отговорността за такова нарушение не се урежда от правилата на договорното право, защото лица, които не са страни по договора, не

могат да придобиват права (т.нар. принцип за относително действие на договора), нито пък са субекти на задължение да спазват правата, произтичащи от договора, доколкото те са чисто относителни и засягат връзката между страните по договора. **Правото на кредитора обаче би могло да бъде засегнато и от трети лица, които не участват в договорната облигация. Като се вземе предвид това, се поставя въпроса: може ли да бъде обоснована отговорност в тежест на третото лице, което въздейства по някакъв начин върху правата на кредитора, като ги нарушава какво е естеството на такава отговорност? Какъв е нейният размер и в какво съотношение се намира тя към отговорността на самия длъжник?**

Задълбочен и изчерпателен отговор тези въпроси не би могло да получат без един, макар и кратък, исторически и сравнителноправен преглед на зараждането и еволюцията на концепцията за отговорност за нарушаване на чуждо относително право.

Исторически преглед на концепцията за отговорност за нарушаване на чуждо относително право

В правната литература се сочи, че корените на отговорността за нарушаване на договор, което е причинено от трето, чуждо за договорната връзка лице могат да бъдат открити в римската концепция *zamanus* и *patriapotestas*, като за пример се сочи хипотезата, в която съпругата е отнета от нейния съпруг от трето лице, дори когато това трето лице е не друг, а самият баща на съпругата⁵²⁵. Подобна възможност (*визира се ангажиране отговорността на третото лице*) е предвидена за *paterfamilias*, когато от неговата власт се отнема негово дете⁵²⁶. Тези примери обаче следва да се считат по-скоро като основа за възникване на отговорността на третото лице във всички случаи на намеса в чужди отношения, а не да се третира като първообрази на отговорността за нарушаване на чужда договорна връзка.

*Юридически факултет, Софийски университет „Св. Климент Охридски“.

⁵²⁵ DIGEST 43.30.2 (Hermogenianus): "Immomagis dI uxore exhibenda ad ducenda pater, etiam quijiliamin potestate habet, a marito recte convenitur. "

⁵²⁶ Filiivindicatio, in latertimes: interdictum dli liberis exhibendis or interdictum dli liberis ducendis.

В литературата ⁵²⁷ като друг възможен източник изобщо на концепцията, че може да се носи извъндоговорна отговорност за нарушаване на относителни права се сочи немското обичайно право забраняващи привличането на чужд слуга или работник ⁵²⁸, като се е предвиждала отговорност, както за слугата престъпил своите задължения и „подчиненост“, така и за третото лице, което е „подмамило“ чуждия работник и по този начин го е „склонило“ да наруши своите задължения. Доказателство в тази насока може да бъде потърсено и в приетия през 1349 г., като последица от чумната епидемия the Ordinance of Labourers ⁵²⁹, с който се е целяло предотвратяване бягството на слуги, като в Глава втора се е съдържало правило предвиждащо затвор, както за избягалия слуга (*като лице задължено да изпълнява определени договорености*), така и за третото лице, което е задържало или помогнало на слугата да престъпи своите задължения и обвързаности ⁵³⁰.

Постепенно такава отговорност на трето лице започва да се извежда и прилага и в случаите, когато продавач не изпълнява поетите задължения, т.к. е бил убеден от трето лице да продаде конкретна вещ, обещана на друг, именно на третото лице. Така например в Дял VIII на Ordinance of the City Court of Basle (*Basler Stadtgerichtsordnung*) от 1719, първият купувач е имал иск срещу третото лице, ако последният е действал недобросъвестно за да придобие той стоките ⁵³¹. Впрочем, според някои автори ⁵³² подобно правило е съдържал и Наполеоновият кодекс в art. 1141, според което ако вещ, собствеността върху която нейният собственик се е задължил да прехвърли последователно по отношение на две лица, но в крайна сметка вещта бъде предадена във фактическата власт на едно от тези лица, то именно това лице следва да бъде предпочетено и

⁵²⁷ Виж Sayre, Francis Bowes Source, Harvard Law Review. Apr 1923, Vol. 36 Issue 6, p23-63. 41p.

⁵²⁸ Виж VYGEN, *supra* note 4, at 71; D. REHBEIN, DIE VERLETZUNG VON FORDERUNGSRECHTEN DURCH DRITTE 4 (1968) [hereinafter cited as REHBEIN]; Fischer, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung, in 12 ABHANDLUNGEN ZUM PRIVATRECHT UND CIVILPROZESS DES DEUTSCHEN REICHES 38 (O.C. Fischer ed. 1905

⁵²⁹ 23 Edw. 3.

⁵³⁰ Така GEWERBEORDNUNG FUER DAS DEUTSCHE REICH (The Ordinance of the German Empire on Trade) [GeWO] § 125; C. TRAV. (French Labor Code) art. L. 122-15 (Fr.).

⁵³¹ Други примери могат да бъдат открити у J. BRUNNEMANN, COMMENTARIUS IN CODICEM JUSTINIANEUM (1608-1672), (1756) Code Maximilianeus bavaricus civilis, Statute IV, 4 § 9; if. ALLGEMEINES LANDRECHT FUER DIE PREUSSISCHEN STAATEN (The Prussian Civil Code) [ALR] I 10 §S 23, 25.

⁵³² Sayre, Francis Bowes, *opt. cit.*

то да се счита собственик на вещта, дори и неговото придобивно основание да е възникнало по-късно. Според други източници първообраз на претенцията за обезщетени за вреди срещу трето лице, за което се твърди, че се е намесило в чужди договорни отношения, е *actio indirecta* от времето на Bracton⁵³³ and Britton, допускащо обезщетяване на вреди и загуби, настъпили за господаря, когато неговите слуги са били бити или по друг начини приведени в безпомощно състояние (от там и негодни да работят).

В прецедентното право на Англия принципната възможност за ангажиране деликтната отговорност на трето лице, което е попречило на изпълнение на задълженията по съществуващо правоотношение се обосновава за първи път в делото *Lumley v. Gye*⁵³⁴, в което е ангажирана отговорността на трето лице затова, че е „подлъгало, подмамил“ оперна певица да наруши задълженията, които същата е поела по договор с известна опера, като и е било предложено да бъде изпълнител в друга опера. Действията на третото лице, което е „убедило и склонило“ оперната певица да наруши поетите вече задължения се квалифицира като противоправни и се определя наличието на непозволено увреждане в подобна хипотеза.

През 1983г. принципните положения, от които съдът в Англия е изхождал в делото *Lumley v. Gye*, биват приети за приложими и отвъд сферата на договорите, предоставящи услуга или тези за лични незаместими действия. Така в прецедента *Quinn v. Leatham*, се съдържа произнасяне, с което се признава съществуване на основно правило, според всяка намеса в чужда облигационна връзка, която не е оправдана (в смисъла, за която намеса няма основание за действията предприети от третото лице), съставлява признато от закона нарушение на чуждо право. Тези разрешения възприети в английското право оказва изключително силно въздействие и върху американското право, като способстват за преодоляване на стриктната тенденция в американското право да бъде отказвано уважаване на претенции срещу трети лица за нарушаване на чужди договорни отношения извън сферата на трудовото право⁵³⁵.

⁵³³Bracton, Tr. I, f. II5., Justinian, Institutes, Book IV, tit. 4, sec. 3.

⁵³⁴(1853) 2 El. & Bl. 216, 118 Eng. Rep. 749.

⁵³⁵Виж. 26. E.g., *Glencoe Sand & Gravel Co. v. Hudson Bros. Comm'n Co.*, 138 Mo. 439, 40 S.W. 93 (1897); *if. 1 HARPER & JAMES*, *supranote 2*, at 493-94; *Harper, Interference with Contractual Relations*, 47 Nw. U. L. REV. 877 (1952-53) [hereinafter cited as Harper]. See also *RESTATEMENT OF TORTS* S 766; *Draft 14*, *supranote 3*, S 766, *Comment d*, at 40

Който и от предлаганите в правната литература възгледи относно първообраза на отговорността за нарушаване на чуждо относително право и да изберем, не става ясно какъв е характерът на тази отговорност при условие, че се касае до нарушаване на права, които имат строго относителен характер и които се развиват, съществуват, упражняват само в рамките договорното правоотношение.

Релативният характер на облигационното право се изразява във възможността да се търси желаният резултат само от задължените за този резултат лица. Безспорно относителните права, в частност договорните вземания и претенции, могат да бъдат нарушени, като нарушението се изразява в неизпълнение на корелативното и противостоящо на правото задължение от страна на задълженото лице. Отговорност за подобно нарушение съответно би следвало да се регулира от правилата на договорното право, респективно договорната отговорност. Това е така, защото лица, които не са страни по договора, не могат да придобиват права (*т.нар принцип за относително действие на договора*), нито пък те са субекти на никакви задължени да спазват правата произтичащи от договора, доколкото тези права са чисто относителни и засягат връзката между страните по договора. Това е и причината например в правната доктрина и съдебна практика в Швейцария да се отрича напълно съществуването на общо правило, по силата на което да може да се ангажира отговорността на трето лице, за което се твърди, че е попречило на изпълнението на съществуваща договорна връзка между други две лица. Широко разпространено е в Швейцария мнението, че отвъд договорите, с които се облагодетелства трето лице (*т. нар.thirdpartybeneficiarycontracts*), договърът има само относително действие между страните и само между тях възникват права и задължения, като се обосновава се, че претенция за вреди, при това на извъндоговорно основание, може да се допусне само като изключение, при това ако се установи противоправно поведение от страна на третото лице, което противоречи на *bonos mores* (*добрите нрави*) по смисъла на Art.41, II OR (*Swiss Federal Code of Obligations*)⁵³⁶. Тази предпазливост на швейцарското

27. Сравни у PROSSER, *supra*note 5, at 930; *Imperial Ice Co. v. Rossier*, 18 Cal.2d 33, 112 P.2d 631 (1941).

⁵³⁶Виж Mutzner,

Zur Frage der rechtlichen Wirksamkeit von Karlellabredengegenueber Aussenseilern, 23 SCHWEIZERISCHE JURISTEN-ZEITUNG [SjZ] 145, 151 (1926-1927); а така и H. OSER &

законодателството може да бъде обяснено с основното правило възприето от римското право *inter alios acta vel iudicata a aliis non nocere*, но то се отнася само до вътрешния ефекта на договорните облигации. Същевременно принципът *inter alios acta vel iudicata a aliis non nocere* регламентира и нещо друго, а именно, че съществуването на договора и неговите последици са факт, който останалите трето лица следва да зачитат. Това разбиране се основава на разграничението между вътрешните последици на договора, които настъпват само между страните и неговите външни последици изразяващи се в това, че договорната връзка може да бъде противопоставена на всяко трето лице – т нар. противопоставимост на договора (*opposabilité des contrats*)⁵³⁷.

Аналогично е впрочем обяснението на основанието на отговорността по чл. 21, ал.2 ЗЗД и в българското право, т.к. макар кредиторът да може да изисква изпълнение само от своя длъжник, да се приеме, че третото лице би могло да се намесва необезпокоявано в облигационното отношение, като знае за съществуването му, би влязло в противоречие с принципите на гражданската добросъвестност и на противопоставимостта на договора, закрепен у нас с правилото на чл. 21, ал. 1 ЗЗД. Именно във връзка с тази противопоставимост на договора и в противоречие с добрите нрави и обществения ред се явява поведението на всяко трето лице, което съзнателното убеждаване друг да не изпълни вече поети договорни задължения.

В такива случаи повечето законодателства на европейски държави признават деликтна претенция, която може да бъде упражнена срещу всяко трето лице, което с поведението си „пречи“ на страните по договора да

W. SCHOENENBERGER, DAS OBLIGATIONENRECHT, 5 KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN ZIVILGESETZBUCH (A. Egger, A. Escher, R. Haab & H. Oser eds. 1929) [hereinafter cited as OSER & SCHOENENBERGER]; A. VON TUHR, ALLEGMEINER TEIL DES SCHWEIZERISCHEN OBLIGATIONENRECHTS, I, § 46, II, 1 (2d ed. A. Siegwart 1942); 1 K. OITINGER, SCHWEIZERISCHES HAFTPFLICHTRECHT: ALLEGMEINER TEIL S 4, II (4th ed. 1975); H. MERZ, BERNER KOMMERTAR: EINLEITUNG UND PERSONENRECHT, EINLEITUNGSKOMMENTAR ZU ART. 2 ZBG, N.564 (1962); B. VON BUEREN, SCHWEIZERISCHES OBLIGATIONENRECHT, ALLEMEINER TEIL 53, N.68 (1964); T. GUHL, DAS SCHWEIZERISCHE OBLIGATIONENRECHT § 24, I, 2 (6th ed. H. Merz & M. Kummer 1972) [hereinafter cited as GUHL]; P. ENGEL, TRAITE DES OBLIGATIONS EN DROIT SUISSE 103, (1973) [hereinafter cited as ENGEL]; M. REHBINDER, GRUNDRISS DES SCHWEIZERISCHEN ARBEITSRECHTS 45 (3d ed. 1975).

⁵³⁷ Противоречивата ситуация, при която нарушение на договор дава основание за ангажиране на деликтна отговорност се определя като *faute opposabilité du contrat par les tiers aux parties* – така Terré/Simler/Lequette, Les obligations 8, no. 490 pp. 482-483.

изпълнят своите задължение. По този начин накърняването на договорна връзка от трето лице следва според френската доктрина да се счита за нарушаване на относителните права на кредитора, които произтичат от договора⁵³⁸. И докато отговорността на третото лице намесило се в чуждо договорна връзка е правило в страни на общото право и във Франция, България, то в Германия и Швейцария възникването на подобна отговорност е обусловен от редица специфични условия.

Съгласно разпоредбите на германското право, по принцип се изключва деликтната отговорност на трето лице, което се намесва в съществуваща договорна връзка между други лица. Това се обяснява с обстоятелството, че договорите не пораждаат абсолютни, а относителни права, които по този начин не могат да бъдат наложени или противопоставени на трети лица⁵³⁹. Въпреки това според правилото на § 826от Германския граждански кодекс, ако вредите са причинени умишлено, възниква отговорност, ограничена до обезщетяването само на имуществени вреди, които според германската доктрина могат да произлязат само от нарушаването на абсолютни права. Налага се заключението, че нарушаването на добрите нрави, неморалният акт, изисква специално разрешение. Така неморалността на определени действия се извежда на преден план когато става дума за активно поведение⁵⁴⁰, което се изразява в склоняване или провокиране на една от страните по договор да не изпълнява своите задължения. В немската доктрина се подчертава, че неморалните действия могат да се изразяват и в подвеждане на една от страните с измама или заплашване, по който начин се склонява една от страните по договора да не изпълнява своите задължения. Подобна отговорност е предвидена и в някои правила

⁵³⁸See R. SAVATIER, TRAITE DE LA RESPONSABILITE CIVILE EN DROIT FRANÇAIS: LES SOURCES DE LA RESPONSABILITE CIVILE no. 144-45, at 187 elseq. (2d ed. 1951); 1 H. MAZEAUD. L. MAZEAUD & A. TUNC, TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DE LA RESPONSABILITE CIVILE DELICTUELLE ET CONTRACTUELLE, no. 144, at 176 elseq. (5th ed. 1957).

⁵³⁹Medicus, Bürgerliches Recht 20, no. 610; същият автор, Schuldrecht II 12, no. 842

⁵⁴⁰ Не е невъзможно поведението на третото лице, което ще доведе до ангажиране на отговорността му съгласно правилото на чл. 21, ал. 2 ЗЗД да се изразява в бездействие, но при все това в преимуществения брой случаи се касае до действие – така и Така Конов, Т. Основание на гражданската отговорност, С. 2010г. стр. 164.

съдържащи се в конкурентното законодателство в **Германия**⁵⁴¹, като се въвежда специалното изискване за начина, по който третото лице следва да е причинило договорното неизпълнение или за целта, обосновава поведението на третото лице да подбуди длъжника да наруши своите договорни задължения.

В **Белгия** съдилищата са утвърдили разбирането, че съществуващата договорна връзка следва да се взема предвид от всяко трето лице. Следователно съдействието за нарушаване на договор, основано дори на небрежен пропуск от страна на третото лице да се осведоми за тези обстоятелства, може да съставлява деликтна вина.

За сравнение, във **Франция** ангажиране на отговорността на третото лице е нужно то да е знаело за съществуването на договор⁵⁴². Според **Италианския граждански кодекс** е необходимо позоваване на случаи, в които кредиторът е претърпял загуба като резултат от увреждането или смъртта на договорния длъжник. Този вид загуба е бил квалифициран в съдебната практика на италианския съд *dannoingiusto*⁵⁴³ по смисъла на CC art. 2043. Погрешен би бил обаче изводът, че формата на увреждането ограничава възможността за ангажиране на отговорност за нарушаване на чуждо договорно задължение. В случаите, в които например сеуговаря една от страните да наруши договорните си задължения, според италианското право се доказва намерение за увреждане – умисъл, който винаги се изисква⁵⁴⁴ като предпоставка за възникване на отговорност в тежест на третото лице.

В правната доктрина на **Полша** се възприема позицията, че нарушаването на относителни парва от трето лице поражда деликтна отговорност в полза на кредитора когато третото лице незаконно и по негова вина прави изпълнението невъзможно⁵⁴⁵, без да се поставят изисквания за вида и формата на вина. За сравнение, в **Гърция** не е допустимо да възникне деликтна отговорност от небрежни действия на

⁵⁴¹ Виж Section 1 of the Statute Against Unfair Competition - Law of June 7, 1909, [1909] Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Statute against the Unfair Competition) [UnlWG] S 1 (Ger.).

⁵⁴² LeTourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, 2004/2005], no. 977
Meroni-Fall Cass. sez. un. 26 January 1971, no. 174, Giur. it. 1971, I, 1, 680, note Visintini; Foro it. 1971, I, 342, 1284, notes Jemolo and Busnelli.

⁵⁴⁴ Cass. 20 October 1983, no. 6160, Giur. it. 1984, I, 1, 439; Cass. 9 January 1997, no. 99, Nouv. giur. civ. comm. 1998, I, 17 and Cass. 15 June 1988, no. 4090, Foro it. 1989, I, 1568 [Same piece of real estate sold twice; liability of the second buyer vis-à-vis the first buyer]

⁵⁴⁵ Radwański and Olejniczak, Zobowiązania częściowo ogólna 5, 17; Czachórski, Zobowiązania 9, 58

трето лице, което се е намесило в чужда правна връзка⁵⁴⁶. Същевременно в гръцката доктрина преобладаващо е мнението, че за да възникне отговорност в тази ситуация необходима предпоставка е намерението за увреждане у третото лице⁵⁴⁷. При все това трактовка на това правило, която съдебната практика в Гърция възприема, твърде силно разширява неговото приложно поле и към случаи, в които е съмнително дали в действителност е налице нарушение на чуждо относително право. Така в мотивите насъдебното решение СА Athens 3148/1982, № В 31/1983 се приема, че прекъсването на доставката на електрическа енергия, причинено от трето лице, съставлява неоправдана намеса и нарушаване на относителното право на наемателя да иска от наемодателя да му бъде предоставяно необезпокояваното ползване на вещ, годна за договорно или обичайно потребление. Иче тази намеса е достатъчна за ангажиране отговорността на третото лице на основание общия деликтен състав, като се взира правилото на art. 914 СС, доколкото Гръцкия граждански кодекс не съдържа нарочна разпоредба, регламентираща отговорността на третото лице, нарушило чужди облигационни права.

Представява интерес, в контекста на отговорността за нарушаване на относително право, да се разгледат и законодателните решения в **Холандия**, където извън случаите, отнасящи се до склоняване към нарушение на договор, други действия рядко дават основание за ангажиране отговорността на третото лице. Спорни са например случаите, в които нарушение на договор от доставчик води до увеличаване разходите на клиент на получателя на доставката и отговорността се възлага на доставчика или когато едно лице продава терен с пълното съзнание, че почвата е заразена и действа, знаейки за намеренията на купувача да препродаде тази земя на трето лице. За последния случай в съдебната практика на Холандия се приема, че възниква извъндоговорна отговорност в тежест на първоначалния продавач. В съдебната практика е признато още, че използването на нечие нарушение на договора за обедняване на кредитора може да съставлява деликт в смисъла на

⁵⁴⁶ Vavouskos, I paraleipsisossimiogonogonoseistaadikimatatouAstikouDikaiou, 83 and CA Athens 4393/1976, NoB 25/1977, 1367

⁵⁴⁷ Виж. СС art. 919, така и Georgiades, FS Larenz 1983, 175, 186; Georgiades and Stathopoulos [-Georgiades], art. 914, no. 46).

незаконно действие⁵⁴⁸, но изричен текст регламентираш тази отговорност липсва.

Подобно изрично правило е липсвало и в отменения Закон за задълженията и договорите (ЗЗД, действал в България от 1892 до 1952г.), което може да се обясни отчасти и с липсата на изрична разпоредба в този смисъл в законодателствата, от които ЗЗД (отм.) е реципиран - Френския и Италианския ГК. При все това в правната ни доктрина⁵⁴⁹ създадена при действието на отменения ЗЗД се изтъква, че отговорността на третото лице има **своеобразно двойно основание** – **веднъж** съществуващото между длъжника и кредитора облигационно отношение, и **на второ място** правилото на чл. чл. 56 ЗЗД (отм.), който по подобие на сега действащия чл. 45 ЗЗД е уреждал т.нар. **генерален деликтен състав**. При все това хипотезите, които цитираният автор изследва и привежда като възможни примери за действия на трето лице, с което последното нарушава чуждо относително право, са твърде разнородни и трудно могат да се подчинят на обща концепция относно спецификите и вида на отговорността на третото лице въобще. Авторът разглежда отговорност на третото лице към кредитора по чл. 140 ЗЗД⁵⁵⁰, който е аналогичен на сега действащия чл. 135 ЗЗД, даващ регламентация на Павловия иск, като разграничава веднъж отговорността на длъжника, от тази на третото лице, а също така изследва възможностите нарушение правото на кредитора чрез сделка⁵⁵¹ между длъжника и третото лице. Изказано е и мнение, че въпросът за отговорността на трето лице за нарушение чужди облигационни права и при две последователни цесии на едно и също

⁵⁴⁸ Така HR 23 December 1955, NedJur 1956, 54). Виж повечедуPerron, OvereenkomstenDerden, no. 287-292; 326-352.

⁵⁴⁹ Виж Вж. Цончев, Кр. Отговорност за нарушаване на чуждо облигационно право, С. 1941.

⁵⁵⁰ Цончев настоява, че :“.....отговорността на третото недобросъвестно лице, въ рамките на чл. 140 ЗЗД, се изгражда на самостоятелно основание и нейните последици се уреждатотъ общото правило на 56 ЗЗД. Отъ това можемъ да заключимъ, че въ чл. 140 ЗЗД е санкциониранъединъчастиченъ случай отъ общата хипотеза на нарушение правото на кредитора отъ трето лице.

⁵⁵¹ Един от особено интересните примери, които тук разглежда Цончев, касае случая, в който при прехвърляне на движими вещи собствеността е преминала „чреззаконно изказано съгласие“, без да е предадена самата вещ, ако продавачът я продаде и предаде втори път на недобросъвестен купувач и този последният от своя страна я отчужди на лице, защитено от чл. 323 ЗИСС и чл. 31 ЗЗД отм. Правилото на чл. 31 ЗЗД отм. е гласяло следното: „Ако вещьта, която някой последователно се е задължилъ да даде или предаде на две или повече лица, е движимостъ по естеството си или ценни книжка на предъявителя, вътакъв случай, лицето, на което е предадено владението, се предпочита отъ другите, макаръ неговото право и да е възникнало по-после, стига само владението да е добросъвестно.“

вземане⁵⁵². При изследване на отговорността на третото лице, цитираният автор се опитва да изведе това като общо правило, обосновавайки виждането, че отговорността между третото лице и длъжника всъщност се основава на солидарност. Това обаче според автора е така само в случаите, в които поведението на длъжника дава основание да се приеме, че едновременно осъществява и договорна и деликтна отговорност. Приема се, че в останалите случаи кредиторът е могъл да насочи иска си към единия от двамата за съответната част, която по правило е равна, а когато единият е платил, той е имал регрес към другия⁵⁵³.

В сега действащия ЗЗД отговорността на трето лице нарушило чуждо относително право е нормативно закрепена в правилото на чл.21, ал. 2 ЗЗД, който гласи, че „трети лица, които недобросъвестно попречат за изпълняването на договора, дължат обезщетение“. Този текст почти единодушно в доктрината се определя като специален деликтен състав, който защитава кредиторското право от трети недобросъвестни лица.

Така направеният в изложението исторически и сравнителноправен преглед е напълно достатъчен да разколебае и дори опровергае изказаното от Кърт Липщайн⁵⁵⁴ в от основополагащите за common law трудове посветен на деликтното право казва, че "разрешенията възприети в англосаксонското, прецедентно право по отношение причиняването на договорно неизпълнение, и в частност относно нарушаването на чуждо относително право от трето за договорната връзка лице, не са познати за континентално (романо- германско) правно семейство“ Напротив, стана ясно, че голяма част от европейските законодателства или съдържат изрично правило за тяхната отговорност или такова се извежда от цялостната уредба на извъндоговорната отговорност, според което трето лице, което нарушава или способства за нарушаване на чуждо облигационно отговаря за причинените от него вреди.

⁵⁵²По подобен начин е поставен и въпросът какво става ако при клауза за неотчуждаемост третото лице е недобросъвестно в момента на сключване отчуждителната сделка, ако знае, че длъжникът е обвързан с уговорка да не отчуждава? Според Цончев в този случай :“ с основание можем да поставим въпроса: дали не следва третото лице да носи отговорност, наред със длъжника, за нарушение правата на кредитора по клаузата за неотчуждаемост?“ Виж Цончев., К. цит. съч с. 42

⁵⁵³ Така изрично Цончев, Кр. Отговорност за нарушаване на чуждо облигационно право, С. 1941., с. 173 – 186, 191 – 194.

⁵⁵⁴Lipstein, Prohibited Interest. in Law of Torts, 1963 CAMBRIDGE L. J. 103.

**PROF. IVAN RUSCHEV, PhD, DCs,
LAW FACULTY, UNIVERSITY OF SOFIA
„ST. CLEMENT OF OKHRIDA“**

**HISTORICAL AND COMPARATIVE REVIEW OF LIABILITY
FOR INFRINGEMENT OF RELATED RIGHT BY THIRD-
PARTY**

Summary: The relative nature of the right of attribution is expressed in the ability of the creditor to seek the desired result only from the persons for whom it is liable, and the breach of these rights is, in the first place, the non-fulfillment by the counterpart of the correlative obligation. Liability for such an infringement is governed by the rules of contract law, because non-parties cannot acquire rights (the principle of relative effect of the contract), nor are they subject to an obligation to respect the rights arising from the contract, as far as they are purely relative and affect the relationship between the parties to the contract. However, the rights of the creditor could also be affected by third parties not participating in the contractual bond, which raises the question of the nature of their liability when their actions have frustrated the exercise of the creditor's claim. The historical and comparative examination made in the report leads to the conclusion that a large part of the European legislation either contains an explicit rule of their responsibility, or is derived from the general rules on non-contractual liability, according to which, third-party, who violates or contributes to a violation of a foreign bond, shall be liable for the damages caused by them.

Key words: liability, tort liability, third-party, claim.

Проф. д-р Александра Деаноска*
Д-р Елена Мујоска Трпевска**

КАЗНЕНО-ПРАВНАТА ЗАШТИТА НА БРАКОТ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА И ПОТРЕБАТА ОД ИНКРИМИНИРАЊЕ НА ДЕТСКИТЕ И ПРИСИЛНИТЕ БРАКОВИ

УДК: 347.62.037 (497.7)
Original research paper

Апстракт: Бракот има клучно општествено значење и условите за стапување во ваквата заедница се законски регулирани. Демократските држави во своите законодавства пред се го штитат моногамниот брак помеѓу полнолетни лица, додека бигамијата претставува кривично дело во современите демократски општества. Во Република Македонија, бракот исто така ужива и казненоправна заштита. Кривичниот законик на Република Македонија предвидува низа инкриминации за заштита на бракот, семејството и младината, како и инкриминации на трговијата со луѓе и трговијата со деца заради присилни бракови. Сепак, ваквата казненоправна рамка треба да се ревидира и дополни со експлицитни инкриминации во духот на Инстанбулската конвенција на присилните и детските бракови. Република Македонија како потписник на оваа Конвенција и други меѓународни инструменти за заштита на човековите права има таква обврска, а таа е дотолку поголема заради фактот што и во некои делови од нашата држава се забележуваат (и за жал, толерираат) присилни и детски бракови.

Клучни зборови: брак, присилни бракови, детски бракови, трговија на деца.

1. Воведни напомени

Во кругот на правни добра и вредности заштитени со казненото право, бракот како нуклеус на семејството кое е основна клетка на општествената заедница зазема посебно место. Бракот е правен институт и оттука, правниот интерес е попретежен во определени сегменти. Така, на пример, правниот интерес за заштита на моногамниот брак е превалентен во поглед на евентуална желба на едно лице да стапи во брак со трето лице додека е во браќсо првото, па таквото дејствие е забрането. Или, на пример, присилувањето на едно лице на брак исто така не е дозволено. Од наведеното заклучуваме дека стапувањето во брак е правнорегулирана материја и дека постојат облици на бракот кои се незаконски.

Институтот брак е предмет на проучување на брачното право, кое е дел, сегмент од семејното право како гранка на правото и научна дисциплина, кое покрај него, ги опфаќа и родителското и старателското право.⁵⁵⁵ Брачното право за свој предмет на проучување ги има нормите за условите, формата и постапката за склучување на брак, односите од личен и имотен карактер помеѓу брачните партнери, како и правните последици по престанокот на бракот.⁵⁵⁶

Во науката за семејното, поточно брачното право се разликуваат повеќе облици на семејства (потесно, пошироко, монородителско, рекомпонирани итн.) и заедници (брачна, вонбрачна, истополови бракови и партнерства и слично), но бракот склучен под присилба претставува забранета форма на брачна заедница во сите современи демократски правни системи.

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

**Соработник во МАНУ.

⁵⁵⁵Мицковиќ, Д, Ристов, А., Семејно право, Скопје, 2015, стр. 15

⁵⁵⁶Ibid., стр. 107

2. Бракот според македонското законодавство

Во Република Македонија бракот е регулиран со Законот за семејството.⁵⁵⁷ Согласно одредбата од чл. 6,⁵⁵⁸ бракот е определен како „со закон уредена заедница на живот на маж и жена во која се остваруваат интересите на брачните другари, семејството и општеството“, а односите меѓу брачните другари се засноваат врз слободна одлука на мажот и жената да склучат брак, врз нивната рамноправност, меѓусебно почитување и заемно помагање.“

Условите за склучување на брак, се регулирани со членовите 15 и 16 од Законот, имено според член 15, брак можат да склучат две лица од различен пол со слободно изјавена волја пред надлежен орган, на начин определен со закон. Во поглед на возрасната граница, законот определува дека брак може да склучат само лица кои наполниле 18 години од животот, но по исклучок брак може да склучи лице кое наполнило 16 години од животот, при што надлежниот суд, во вонпарнична постапка, ќе го дозволи склучувањето на бракотна лицетосо навршени 16 години од животот ако утврди дека тоа достигнало телесна и душевна зрелост потребна за вршење на правата и должностите што настануваат во бракот, а по претходно прибавено мислење од здравствена установа и укажана стручна помош во центарот за социјална работа. Ваквиот предлог до судот го доставува малолетното лице што сака да стапи во брак при што судот ќе го сослуша малолетниот подносител на предлогот, неговите родители, односно старателот и лицето со кое малолетното лице сака да склучи брак.

Со Законот за семејството се забранува склучување на нов брак на едно лице додека порано склучениот брак не му престане, односно се забранува двобрачноста.

Во членот 18 се наведени и неколку забрани за склучување набрак на лица со душевни заболувања или ментална попреченост. Основа за ваквите забрани се манифестните форми на душевно заболување со присуство на психотички симптоми или резидуални знаци од болеста што доведуваат ваквите лица да не се во состојба да го сфатат значењето на бракот и обврските што произлегуваат од него, а кои се истовремено неспособни за расудување, натаму заостанатоста во менталниот (психичкиот) развој, доколку се работи за тешка и најтешка ментална заостанатост со IQ под 36⁰.

⁵⁵⁷Закон за семејството, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/2010, 156/2010, 39/2012, 44/2012, 38/2014, 115/2014, 104/2015 и 150/2015

⁵⁵⁸Види, чл. 6, Закон за семејството

Според одредбата од чл. 18, лицата кои се распоредени како лица со умерени пречки во психичкиот развој, или со лесни пречки во психичкиот развој, како и лица кои имаат тешки наследни заболувања во фамилијата, можат да склучат брак по претходно прибавено мислење за генетската конструкција издадено од институција за ментално здравје или која се занимава со вршење на генетските истражувања.

Една од најважните одредби која определува неполноважност на бракот, а која всушност би требало да претставува забрана е одредбата од чл. 19 која се однесува на бракот кога согласноста е дадена под присила или во заблуда.

3. Казнено-правната заштита на бракот според Кривичниот законик

Кривичниот законик на Република Македонија⁵⁵⁹ во главата дваесетги предвидува инкриминациите во врска со повредата на бракот, семејството и младината како правни добра. Токму на претходното соодветствува и внатрешната систематика на делата од оваа глава, имено тие се групирани на дела против бракот, дела против семејството и дела против младината.

Во групата на казнени дела против бракот спаѓаат инкриминациите од чл. 195 - двобрачност и чл. 196 – овозможување да се склучи недозволен брак

Инкриминацијата од чл. 195 гласи:

(1) Тој што ќе склучи брак, иако веќе е во брак, ќе се казни со затвор од три месеци до три години.

(2) Со казната од став 1 ќе се казни и тој што ќе склучи брак со лице за кое знае дека се наоѓа во брак.

Со неа е опфатена бигамијата, односно биандријата, што значи дека објект на заштита е моногамниот брак, како и личниот интерес на другиот брачен другар.

Постојат два облика на делото. Во првиот случај делото го врши лице што веќе се наоѓа во брак и повторно ќе склучи (нов) брак, додека во вториот случај делото го врши лице кое ќе склучи брак со лице за кое знае дека веќе се наоѓа во брак. Претходниот брак треба да е склучен согласно законските прописи и е ирелевантно дали постои и фактичка заедница на живот или не.

⁵⁵⁹ Службен весник на Република Македонија, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013, 14/2014, 27/2014, 28/2014, 41/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015 и 226/2015

Субјективното битие на ова дело се состои во умисла во која се содржи и свеста дека лицето веќе стапило во брак. Доколку по склучувањето на новиот брак, лицето се разведе или го поништи претходниот брак, нема да дојде до изземање, ослободување од одговорност, туку тоа може да биде земено предвид од страна на судот како олеснителна околност.⁵⁶⁰

За делото двобрачноност законодавецот пропишал казна затвор во траење од 3 месеци до три години.

Казненото дело „овозможување да се склучи недозволен брак“ е инкриминирано во чл. 196 од КЗ и гласи:

Службено лице кое во вршење на својата службена должност ќе овозможи склучување брак иако знаело за законските пречки поради кои бракот е забранет или ништовен, ќе се казни со парична казна или со затвор до три години.

Објект на заштита на оваа инкриминација е општествениот интерес за склучување полноважни бракови и претставува специјален облик на злоупотреба на службената должност. Извршител на делото може да биде само службено лице надлежно за склучување брак, а дејствието на извршување се состои во овозможувањето да се склучи брак за кој сторителот знаел дека ќе биде ништовен или забранет заради постоење законски пречки, како што е на пример, склучувањето на брак со дете или склучувањето брак меѓу блиски роднини.

Субјективната страна на делото се состои во постоење директна умисла и свест за законските пречки кои бракот го прават забранет или ништовен.⁵⁶¹

4. Склучување на присилни бракови и бракови со деца

Присилните бракови претставуваат стапување на лице во брачна заедница против своја волја, без дадена согласност. Можат да се склучат помеѓу деца, дете и возрасен, и возрасни, а основна карактеристика е бракот да биде склучен без согласност од едната страна или пак, под притисок или принуда. Ретки се случаите каде момчињата се принудени да стапат во брак. Како жртви од ваквиот вид злоупотреба, во повеќето случаи, се јавуваат девојчињата.

Во Протоколот за превенција, сузбивање и казнување на трговија со лица, особено жени и деца⁵⁶², се споменуваат присилните бракови, како

⁵⁶⁰ Камбовски, В., Тупанчески, Н., Казнено право – посебен дел, Скопје, 2011, стр. 223

⁵⁶¹ Ibid, стр. 224.

еден вид на трговија со деца. Во случај на присилен брак, девојчињата односно момчињата, добиваат лажни ветувања од лице (кое ги убедува) за подобар живот, работа, образование и сл., но нивната доверба се злоупотребува и тие се предаваат на луѓе со кои се присилени да склучат брак. Лицето, кое всушност го организира склучувањето на присилен брак за тоа добива соодветен паричен надоместок, добра или услуги.⁵⁶³

За разлика од присилните бракови кои можат да бидат склучени како од деца така и од возрасни, браковите со деца се склучуваат само меѓу млади лица кои не наполниле 18 години. Заедничка е карактеристиката, браковите да бидат склучени без соодветна информираност и без дадена согласност, при што во вториот случај кај браковите со деца, согласноста и желбата на децата се сметаат за непотребни.⁵⁶⁴ Појавата на бракови меѓу деца е толерирана во повеќе општества (меѓу кои е и нашето, особено во руралните средини), што претставува еден вид камуфлирана сексуална злоупотреба на деца.⁵⁶⁵ Чести се случаите на договарање на бракови меѓу фамилии, уште од најрана возраст на детето, како начин за обезбедување општествена сигурност, економска стабилност дури и остварување на некои политички врски. Во останатите случаи, пак, родителите на детето (во најголем број случаи се работи за девојчиња) ги принудуваат на брак, со повозрасни лица кои се подготвени да платат паричен надоместок.

Иако надлежните органи во секоја држава, се свесни за негативните последици на децата - жртви од овој вид вознемирување, нивната голема изложеност на психички и здравствени проблеми како резултат на прераното впуштање во сексуални односи и можна бременост или заболувања од сексуално преносливи болести (СИДА, ХИВ), предвремено напуштање на образованието - што уште повеќе ја изложува младата особа на финансиска зависност итн.⁵⁶⁶, се чини, дека ги допуштаат ваквите бракови со неказнување, непредвиденост на соодветна инкриминација или едноставно со наоѓање изговор за нивната постојана толеранција.

Тоа е можеби издржано земајќи го предвид фактот дека и во Конвенцијата за правата на детето во чл.1 се вели „*дете е ...кое не навршило 18 години, доколку, врз основа на закон кој се однесува на*

⁵⁶² United Nations: A/45/49: "Palermo Protocol" - Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, достапен на: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>.

⁵⁶³ Dottridge, Mike Child Trafficking for Sexual Purposes, 2008, стр.18-19

⁵⁶⁴ ECPAT International, Terminology, Forced marriage, достапно на: http://www.ecpat.net/EI/Csec_cst.asp.

⁵⁶⁵ Ibid.

⁵⁶⁶ Progress for Children, стр.10 и натаму, текст достапен на:

http://www.unicef.org/protection/files/Progress_for_Children-No.8_EN_081309%281%29.pdf

детето, полнолетството не се стекнува порано“. Тоа е практика на земјите од Блискиот Исток и Северна Африка. Во нашата држава, како што наведовме погоре, со Законот за семејството изрично се забранува склучување на брак од страна на лице кое не наполнило 18 години од животот.⁵⁶⁷

Склучувањето на присилен брак на определен начин се смета за казнено дело во нашата држава. Со предвидениот член 418-г ст.1, како едно од казните дејствија на трговија со малолетно лице, за кое може да се определи казна затвор од најмалку осум години е и присилниот брак. Но, експлицитна инкриминација за присилниот брак *per se* постои во во нашето законодавство.

5. За феноменот „Child grooming“

Кога ќе се спомене терминот *child grooming*, пред сè се мисли на умислено преземање на дејствија за воспоставување пријателска, блиска емотивна поврзаност со детето, која останува во тајност, со цел да се спречи подоцнежнo потиснување и спротивставување на детето кое е вклучено во сексуални активности.⁵⁶⁸

Оваа појава е тесно поврзана со трговијата со деца за детска проституција или за производство на детска порнографија. Сторителите на ова дело, најпрво преземаат сè што е потребно, вклучувајќи и психолошки манипулации, за да ја придобијат довербата не само на детето, туку и на неговите родители или на лицата кои се одговорни за детето. Откако ќе ја придобијат нивната доверба, преминуваат на изолирање на детето од неговата средина, и постепено емотивно зближување, кое резултира со сексуална експлоатација на детето, без да биде свесно за тоа. Ваквите појави како дел од сексуалните насилства врз деца, се инкриминирани во некои кривични законодавства (такво е Германското КЗ), каде изрично се забранува извршување на било какво влијание врз детето, на пр. преку покажување аудиовизуелни материјали.⁵⁶⁹ Ваквата пракса може да се јави како претходно дело пред присилниот, а особено пред организирањето на склучување на детскиот брак.

⁵⁶⁷ Мујоска, Е., Кривичноправни аспекти на производство и дистрибуција на детска порнографија, одбранет магистерски труд, Правениот факултет Јустинијан I, стр.43.

⁵⁶⁸ Weber Gregory M., *Grooming Children for Sexual Molestation*, достапен на: http://www.vachss.com/guest_dispatches/grooming.html.

⁵⁶⁹ Види: ECPAT International, *Global monitoring, Germany 2006*, стр.19, достапен на: <http://www.ecpat.net/EI/index.asp>

6. Истанбулската конвенција и детските и присилните бракови

Истанбулската конвенција за превенција и борба против насилството врз жените и семејното насилство од 2011 година на Советот на Европа⁵⁷⁰ експлицитно се осврнува на прашањето за детските и присилните бракови. Имено, чл. 37 им налага на државите – потписнички да го инкриминираат умисленото присилување на полнолетно лице или дете да стапи во брак.

Се инкриминира и наведувањето на жртвата да стапи на територија на која таа не престојува или живее со цел да се присили на брак.

Се чини дека ваквата одредба од Конвенцијата повеќе е насочена кон забраната за присилни бракови, тргнувајќи прво од насловот на чл. 37 (присилни бракови), додека бракот со дете е споменат во горенаведениот контекст.

Сепак, случајот на детски бракови е покомплексен за анализа. Соодветна и сериозна казненоправна опсервација, со оглед на тоа што Конвенцијата налага инкриминирање на присилбата за стапување во брак на детето, кое теоретски може и самото да се согласи да стапи во брак, на површината вади едно важно прашање: дали претходноспоменатото ќе значи дека само присилниот детски брак ќе се инкриминира, а доброволниот не? Ова прашање не може да има експлицитен одговор, поточно зарелевантна евентуално би се сметала согласноста на дете кое е на возраст блиска до 18 години, но само доколку националното законодавство тоа го дозволува по исклучок. Ако направиме споредба со казненото дело „полов напад врз дете кое не наполнило 14 години“, ќе забележиме дека согласноста на детето да стапи во полов однос не е релевантна и делото, и покрај неа, ќе постои. Не треба да се заборава фактот дека зависно од возраста, детето најчесто не е способно да изрази релевантна волја по тоа прашање и не е свесно за значењето на бракот и последиците од детскиот брак.

Со стапување во детски брак, брачните другари го ставаат во опасност правилниот психофизички развој, здравје и животот воопшто. Токму затоа, детските бракови кои се дел од традициите и културата кај одредени народи, треба посебно да бидат адресирани и инкриминирани. Конвенцијата посебно укажува на тоа дека определени практики, како што се детските бракови, гениталните мутилации и слично не смее да бидат оправдани/допуштени врз основа на фактот што се дел од определени култури, традиции и концепти на честа.⁵⁷¹

Дополнително, во Конвенцијата се инсистира и на инкриминирање на наведувањето на жртвата (полнолетно лице или дете) да стапи на територија на која таа не престојува или живее со цел да се присили на брак, од причина што таму таа уште повеќе би била изложена на присилба и опасност без можност за ефикасна заштита.

⁵⁷⁰ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, достапна на: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>

⁵⁷¹ Подетално в. чл. 42 од Конвенцијата.

7. Присилните и детските бракови низ статистиките на некои држави

Бројката на присилни и детски бракови во светот тешко може да се утврди од повеќе причини, но високата темна бројка и фактот што ваквите бракови се толерираат во многу држави или се дури дел од културата и традициите уште повеќе придонесуваат кон неможноста за утврдување на распространетоста на ваквите забранети дејствија.

Сепак, заштитата и превенцијата во некои држави се институционално обезбедени, па така, на пример, Одделението за присилни бракови кое дел од креирањето на политиките на Владата на Обединетото Кралство претставува заедничка служба која дејствува на територијата на Обединетото Кралство, како и надвор и им пружа помош на британските државјани, како и на лицата со двојно државјанство. Треба да се напомене и тоа дека во 2014 година оваа држава го инкриминираше присилниот брак.⁵⁷²

Според статистичките анализи на Одделението за присилни бракови, во 2015 година била побарана помош во 1220 случаи или споредено со претходните три години се забележува благо опаѓање на бројките.

Во околу 80% од случаите, жртви се жени, а во околу 20% мажи.

Старосната структура на жртвите, пак, е прикажана во следната табела:

Возраст	Број	Процент
1-15 години	174	14%
16-17 години	155	13%
18-21 години	274	20%
22-25 години	180	15%
26-30 години	105	9%
31-40 години	73	6
41+ години	25	2
Непознато полнолетно лице	248	20
Непознато малолетно лице	13	1

Извор: Forced Marriage Unit; Foreign and Commonwealth Office

⁵⁷² Government of UK, Forced Marriage Unit, достапно на <https://www.gov.uk/government/statistics/forced-marriage-unit-statistics-2015>

Како што може да забележиме, најголемиот број на жртви на присилните бракови се на возраст од 18 до 21 година, но дури 27% од вкупниот број жртви се деца (на возраст под 18 години) што значи дека во скоро една третина од случаите се работи за комбинација на детски и присилен брак!

Во следната табела, пак, се прикажани т.н. фокус држави, односно државите каде што најверојатно би бил склучен присилниот брак или чиј жител е барем еден од идните брачни другари. Како што може да се забележи на Пакистан му припаѓаат скоро половината од сите жртви на присилни бракови за кои асистенција пружишло Одделението.

Држава	Бројка	Процент
Пакистан	539	44 %
Бангладеш	89	7%
Индија	75	6%
Сомалија	34	3%
Авганистан	21	2%
Ирак	17	1%
Судан	15	1%
Саудиска Арабија	12	1%
Египет	9	1%
Шри Ланка	9	1%
Мароко	8	1%
Романија	8	1%
Кенија	7	1%
Турција	7	1%
Иран	6	0%
52 други држави	109	9%
Обединетото кралство	175	14%
Непознато	80	7%
Вкупно	1220	100

Извор: Forced Marriage Unit; Foreign and Commonwealth Office

Што се однесува пак до детските бракови, од следната табела може да заклучиме дека ваквата појава е широко распространета пред сè во државите од Африка, но и други. Три четвртини од двојчињата во Нигерија се мажат пред 18 годишна возраст, а слична е ситуацијата и во Чад, Бангладеш, Централната Африканска Република и други.

Држава	% на девојчиња омажени пред да наполнат 18 г.
Нигерија	75%
Чад	68%
Централна Африканска Република	68%
Бангладеш	66%
Гвинеја	63%
Мозамбик	56%
Мали	55%
Буркина Фасо	52%
Јужен Судан	52%
Малави	50%
Мадагаскар	48%
Еритреја	47%
Индија	47%
Сомалија	45%
Сиера Леоне	44%
Замбија	42%
Доминиканска Република	41%
Етиопија	41%
Непал	41%
Никарагва	41%

Извор: UNICEF State of the World's Children, 2013 - data from UNICEF Multiple Indicator Cluster Surveys (MICS), Demographic and Health Surveys (DHS) and other national surveys, and refers to the most recent year available during the period 2002-2011.

8. Наместо заклучок

Бракот е сериозна институција и основна клетка во општеството која има клучно значење и условите за стапување во ваквата заедница се законски регулирани. Државите во своите законодавства пред се го регулираат и штитат моногамниот брак помеѓу полнолетни лица од различен пол. Бракот склучен под присилба или во заблуда нема да биде полноважен.

Постојат држави во кои се дозволени и истополовите бракови, но секогаш моногамните, додека бигамијата претставува кривично дело во современите демократски општества.

И во Република Македонија како и во компаративното право, бракот ужива и казненоправна заштита. Особено е од интерес да биде забранет детскиот брак заради заштита на психофизичкиот развој на детето и воопшто на неговиот живот и здравје.

Не треба да забораваме дека Кривичниот законик на Република Македонија предвидува низа инкриминации за заштита на бракот, семејството и младината, како и инкриминации на трговијата со луѓе и трговијата со деца заради присилни бракови. Сепак, ваквата казненоправна рамка треба да се ревидира и дополни со експлицитни инкриминации во духот на Инстанбулската конвенција на присилните и детските бракови. Република Македонија како потписник на оваа Конвенција и други меѓународни инструменти за заштита на човековите права има таква обврска, а таа е дотолку поголема заради фактот што и во некои делови од нашата држава се забележуваат (и за жал, толерираат) присилни и детски бракови.

Проф. д-р Александра Деаноска – Трендафилова
М-р Елена Мујоска

**КАЗНЕНО-ПРАВНАТА ЗАШТИТА НА БРАКОТ ВО
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА И ПОТРЕБАТА ОД
ИНКРИМИНИРАЊЕ НА ДЕТСКИТЕ И ПРИСИЛНИТЕ
БРАКОВИ**

***Abstract:** The marriage is of crucial social importance and the conditions for this institute are legally regulated. The modern democratic countries in their legislation protect the monogamous marriage between adults while the bigamy constitutes a crime in all modern democratic societies. In the Republic of Macedonia the marriage also enjoys criminal law protection. The Criminal Code of the Republic of Macedonia provides a series of incriminations for protection of marriage, family and youth, and also the incrimination of human trafficking and trafficking of children for forced marriages. However, this criminal law framework should be revised and supplemented with explicit incrimination in the spirit of the Istanbul Convention, on forced and child marriages. Macedonia as a signatory of the Convention and other international instruments for protection of human rights has such an obligation, and this obligation is even bigger due to the fact that in some parts of our country forced and child marriages can also be met and are unfortunately tolerated.*

THE RIGHT ON PRIVATE PROPERTY AND THE RESTORATION OF DEPRIVED PROPERTY

УДК: 342.23.037(497.7)

Original research paper

Abstract: *The right to property is recognised by the Macedonian Constitution as well as by international treaties passed by the United Nations, Council of Europe and other international institutions as one of the basic human rights. Property, possession and housing rights are an essential part of everyone's lives; hence their protection through domestic and international laws is a necessary feature of human dignity. The need to restitute property in case it is unlawfully confiscated by the State emerges from this basic human right to property.*

The process of deprivation of private property in Macedonia by the previous communist regime and the subsequent legislative measures to restitute property will be described and analyzed. This paper, shortly analysis and presents the major obstacles and problems which have occurred in the process of restitution and compensation. This analysis is relevant to assess the degree of enforcement in Macedonia of enacted property rights. In Macedonia, the restoration of deprived property is considered as one of the most important issues to create a stable and economically viable State. It is also one of the most difficult objectives to achieve in view of the fact that the deprivations took place in a 50 years' time span by the subsequent rulers of Macedonia.

Keywords: *private property, restitution, property rights, international law.*

Introduction

The rights to property are recognised by the Macedonian constitution as well as international treaties passed by the United Nations, European Union, Council of Europe and other international institutions as one of the basic human rights. Property, possession, and housing rights are essential also in exercising many other rights. The necessity of legal security in everyday's people's lives is also one of the most basic requirements of the state of law; hence their protection through domestic and international laws and agreements is more than necessary.

The restitution of property and the protection of such accessory rights emerge from this existing basic human right. The right to restitution should precede any

property rights emerging from transactions of unlawfully confiscated property, done prior to its restitution.

The restoration of the deprived property⁵⁷³ is considered as one of the most important and just decisions of the new political regime, especially by those affected from unlawful nationalization and confiscation of their private property. Taking this step was not easy at all, especially if we are aware of the fact that the deprivations took place in a 50 years' time- span by the previous regimes and the sufferings caused by them are not all forgotten.

The change of the political regimes in ex-communist or Bolshevik-socialist states brought considerable novelties in the area of law-making and application regarding real property⁵⁷⁴.

In line with other Eastern European states, the Republic of Macedonia decided to transform its political, economic and social regime after the dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia on the basis of the basic tenets of a modern state: creating a civil society, a democratic political system and a functioning market economy. In this line, one of the tasks in carrying out the preconceived political-economic transformation was the restoration of the previous private property structure⁵⁷⁵.

The general consensus among the political forces in favour of the restoration process was the necessary celerity of it thus avoiding any unnecessary political or social problems. But the practice of returning the properties to their original owners showed to be more complicated and tedious than it was primarily thought, because it had to comply with two mainly antagonistic claims: to satisfy the former owners justified claim for restoration and at the same time taking into the consideration and possibly avoid harming the interests of the nationalizations' beneficiaries, because as time have passed by, the legal status of the immovable property became more and more complicated. The nationalized or confiscated property was later transferred or

*Assistant Professor at Faculty of Law, Southeast European University, Tetovo,
b.nuhija@see.edu.mk

⁵⁷³ The application of this socialist communist economic procedure affected all the citizens of the former Yugoslavia (since Macedonia was part of it) the peasants, farmers, the lower and middle classes and especially the aristocracy. By those measures all kind of properties were affected significantly or decisively: pasturelands, forests, agricultural land, houses, objects, economic facilities etc.

⁵⁷⁴ Many of the ex-communist countries in which these measures were applied (with the exception of Serbia) attempted to restore the confiscated property in kind or compensate the previous owners

⁵⁷⁵ The primary goal of the Law on Denationalization was retributive justice

sold by the state to new private owners, thus houses and apartments were sold to the tenants which inhabited them for many years⁵⁷⁶. The same happened with the commercial facilities which were also sold or given into concessions at the end of the privatization process of the former state-owned companies.

But the delay which occurred during the process of solving past injustices can be very harmful in the end as the clarification of the ownership issues are shown to be the one of the main preconditions of economic development and the creation of a state functioning on the basis of the rule of law. The validity of such considerations was proven by the experience of the more advanced ex-socialist countries: those which have started the restitution process earlier were proven to be more efficient in their attempts to transform their planned economies into market economies (ex. Hungary, Slovenia, Czech Republic), while those who were delaying it are suffering its economic consequences (ex. Romania, Serbia, Macedonia).

1.The restoration of real property rights in the Republic of Macedonia from international law perspectives and in the light of the country's accession process to the EU

In this paper I will highlight some considerations concerning the restoration process from the perspective of international and European legal commitments which became part of the Macedonian legal system through adhesion, ratification, statal succession or any similar ways. I will also present the opinion of the EU following the permanent monitoring of the accession process, including that of the restoration of the pre-existent ownership structures, necessary for the establishment of a functioning market economy, opinion expressed in the pertinent country reports encompassing the period from 2008 to 2012, inclusively.

2.The International and European Laws on Property Rights and the Republic of Macedonia

One of our fundamental laws the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) has set up a number of principles every democratic state who respects itself and its citizens must abide to. Among the fundamental human rights we can find the right to have property-including real property-- and enjoy all the benefits emerging from such ownership. So the Declaration which has been incorporated in many constitutions and other organic laws of fundamental

⁵⁷⁶ They were sold to the tenants for a much lower price than the market price

character declares in its article 17 that it protects the private property of the individuals as well as that of the communities, otherwise called collective property⁵⁷⁷. This declaration prohibits arbitrary property deprivation in a sense, undertaken without legal basis or based on unfair procedures, without the existence of the public purpose necessary to justify the legal act and without providing just or fair compensation for the property and in a suitable timeframe. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)⁵⁷⁸ of the UN was ratified by Macedonia in 1994 as the successor of Yugoslavia which on its turn had signed the Covenant on 8 August 1967 and ratified it on 2 June 1971.

The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination in its Article 5 protects property rights and states: “Everyone has the right to equality before the law without distinction to race, colour and national or ethnic origin, including the right to own property alone as well as in association with others”. These principles were embedded in the Yugoslav and moreover in the Macedonian constitution of 1991.

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women extends the ownership right to wives as well declaring in its article 16 that “both spouses have the same rights respecting the ownership, acquisition, management, administration, enjoyment and disposition of property, whether free of charge or for a valuable consideration”. This convention was ratified by Macedonia in 1994 as the consequence of its succession of Yugoslavia (SFRY), which had adopted and ratified it during its existence. This in fact presents no real actuality for Macedonia, since the equal legal standings of men and women were already adopted by the communists when they came to power in 1945. Moreover Yugoslavia the predecessor of the present Republic of Macedonia has ratified the equality of women and men regarding all rights⁵⁷⁹ earlier, as through the adherence to the ICESCR. The fact that in some, mainly Islamic communities this equality is not recognized or not fully recognized is rather hidden and constitutes disrespect for the existing laws rather not the inexistence of the domestic law implementing the international convention. Similarly, the Convention on the Protection of the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families and the Convention relating to the Status of Refugees prohibit discrimination among people in relation to property rights.

⁵⁷⁷ The Universal Declaration of Human Rights, for more please see:

<http://www.un.org/en/documents>

⁵⁷⁸ Abbreviated as ICESCR, this multilateral treaty was adopted by the United Nations General Assembly in 1966, and came into in 1976

⁵⁷⁹ Article 3, Les Etats parties au present Pacte s'engagent a assurer le droit egal

qu'ont le homme et la femme au benefice de tous les droits economiques, sociaux et

culturels qui sont enumeres dans le present Pacte.- Pacte internationale relative aux droits economiques, sociaux et culturels -- ICESCR

Some international agreements protect even the rights of the tenants, also in cases where they occupy an estate illegally or do not have any proof of a formally lawful possession right⁵⁸⁰. These rights are protected by Article 11 of the Convention on Economic, Social and Cultural Rights of the United Nations, which was interpreted it⁵⁸¹ that the right to adequate housing is a human right of economic, cultural and social character and such a provision in favour of the tenants entails a guarantee of secure tenure of the residential buildings and therefore they cannot be evicted arbitrarily.

Getting closer, into Europe, the right to property is also protected in several regional conventions. Therefore, I will turn to protection of property rights within the framework of the Council of Europe and of the European Union's *acquis communautaire*.

Among the several international agreements signed by the member countries of the Council of Europe, the European Convention on Human Rights is the most important⁵⁸² one which also provides enforcement mechanisms for the protected rights - through the European Court of Human Rights. Macedonia has become member of the Council of Europe in 1995 and became an official candidate country for joining the European Union in 2005.

In this line, the European Convention on Human Rights provides protection from deprivation of property by the state⁵⁸³ extended with the Article 1 of the Protocol no.1 of the Convention⁵⁸⁴ which states that "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except for the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. A derivative right of not to be disturbed in the possession of someone's

⁵⁸⁰ For more see the report of the committee on migration, refugees and population, document nr.12106" Solving property issues of refugees and displaced persons", available at <http://assembly.coe>

⁵⁸¹ Zejnullah Gruda, *International Protection of Human Rights*, Second Edition, Published by Univeristy of Prishtina, Prishtine, 2001, pp46-48

⁵⁸² Protecting civil and political rights

⁵⁸³ Article 8 of this Convention provides that "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home, and his correspondence" and prohibits interference with this right by the state, unless the interference is in accordance with law and necessary in the interests of national security, public safety, economic well-being of the country, prevention of disorder or crime, protection of health or morals, or protection of the rights and freedoms of others".

⁵⁸⁴ Article 1 of the Protocol nr.1 states that "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except for the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

residence is set forth in Article 8 of the European Convention on Human Rights⁵⁸⁵, which was signed by Macedonia in 1995 and ratified it in 1997 when it has also entered into force .

This bulk of international agreements signed or ratified by Macedonia at its time makes us wonder why they weren't implemented at home (in Macedonia) and why had 10 years to pass –until year 2000, for the adoption of a single usable law regarding the restoration of nationalized property, when most of its present or former citizens were affected by nationalization, confiscation, requisition or other forms of deprivation of property, given that was carried out on a very large scale, encompassing most members of the communist society, from 1944 onwards and it was one of the main obstacles of establishing a sustainable market economy. Such an economy cannot exist without well defined property rights and allocated to existing persons in order to know that there exists a responsible or careless owner for everything, in order to avoid the tragedy of the commons happening continuously, on a very large scale.

3.The accession process and the role of the European Union

After the accession to the Council of Europe, Republic of Macedonia expressed its willingness to become a full member of the European Union and this presumes the creation of a functioning market economy, among others, which on its turn requires stable and clearly established ownership structures and the rule of law. It was evident for any candidate country that during the process of legal harmonization with the EU one of the spiniest and most difficult issues was the creation of these ownership structures which meant in fact privatization and reprivatization, most of the latter being denationalization de confiscation and similar measures aiming at restoring the pre-existent ownership structures before the advent of communism.

In this bid for membership process the European Commission country reports are highly regarded by policymakers of the candidate state, since they provide a check-list of requirements to be fulfilled and a timely report about the stage of their fulfilment therefore are considered reference tools for the elaboration of national policies in those 30 fields which fall under harmonized legislation. In this sequence of ideas the issue of property restitution has been always addressed in the country reports from the perspective of human rights.

The European Commission's progress report for year 2008, Published on the 5th of November 2008 in its part referring to the protection of property rights found that the process of returning property confiscated in Macedonia

⁵⁸⁵ Known formally as the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

during the period of existence of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia was still not completed and has also stated that it was little progress in the speeding up of the solutioning of restitution claims. The EU commission report has also found that no progress was achieved in the field of restoring the property of the religious communities⁵⁸⁶.

The EU commission's progress report for year 2009, published on the 14th of October 2009 in its relevant section regarding the protection of property rights found that the process of returning confiscated property during the period of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia has still to be completed; the progress in dealing with restitution claims was considered insufficient. The report has also found that legal disputes regarding restoration of property were often delayed beyond the legal deadlines set for solutioning and in some cases both the decision regarding a claim and the appeal against it were brought by the same judges and no progress was registered in returning property of the religious communities⁵⁸⁷.

The Commission's progress report for year 2010 published on 09.11.2010 found that "the *right to property*" has been further ensured with the establishment of a land register for over 97.5% of the country's territory. The Law on Denationalization was amended in that way so that the appeal procedure was transferred from the second instance committees to the administrative courts. This aims to reduce delays in reaching the final verdict, however, the process of restoring confiscated property during the period of ex-Yugoslavia is very slow and regularly overpasses the established legal deadlines and the "enforcement of restitution claims receiving a final decision is not satisfactory"⁵⁸⁸.

The Commission's progress report for year 2011 from 12.10.2011 found that the process of returning confiscated property during the period of the ex-Socialist Yugoslavia is extended substantially beyond the legal deadlines. It was mentioned as a positive sign that the Macedonian Constitutional Court annulled the retroactive effect of the amendments brought to the Law on Denationalization. On the other hand the return of property in kind was replaced by compensation bonds. The Constitutional Court also annulled the provisions of the Law on Denationalization that excluded its applicability to the religious communities. However the enforcement of the final decisions concerning restitution claims remained unsatisfactory. The backlog of property disputes continued to cause delays. Breaches of property rights linked to the process of denationalization alone accounted for 32% of petitions lodged with the

⁵⁸⁶ For more please see:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:2695:FIN:EN:PDF>

⁵⁸⁷ For more please see: <http://www.abhaber.com/mk.pdf>

⁵⁸⁸ http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2010/package/mk_rapport_2010_en.pdf

Ombudsman. It was finally noted that there was again no progress shown in the field of restoring the property of religious congregations⁵⁸⁹.

I can sum up that in spite of some progress, the EU Commission's findings were that the real property restoration process proves to be tedious and slow, Macedonia lacking the adequate administrative capacities which prevent its improvement and increasing its celerity. Even final decisions often prove difficult to enforce and the religious congregations' claims are continuously grossly disregarded.

4. The legal framework of the restoration

The restoration process commenced with the adoption of a Law on Expropriation in 1995, followed by the first Law on Denationalization in 1998, later amended substantially in 2000 and less significantly in the coming years: 2003, 2007, and 2010. Laws related to construction of land, property and other real rights were brought in 2001 followed in 2002 by a law on compensation bonds, followed by the emission of 10 series of compensation bonds so far, having a 10 year maturity each..

The aim of this chapter is to present the content and evolution of the denationalization laws, applied as the consequence of the former expropriation, nationalization, confiscation laws during the communist socialist regime as well as the presentation of the modern restitution law, brought during of the new political regime and under the conditions of the market economy.

5. The Law on Denationalization/restoration of 1998

Similarly to other former communist countries but considerably later, Macedonia started to initiate the creation of a restoration law in line with that of the other former communist countries in order to restore private property nationalized in different ways from 1944 onwards.

Preparatory work on the Denationalization Law was faced with the following dilemmas:

1. Which should be the time period that this process of restoration was to encompass?
2. Would the real properties acquired before the 2nd of August 1944 be restored? Restoration would apply only for deprivations carried out on the basis of laws or also for those performed without such basis or as a result of an abuse?

⁵⁸⁹ http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2011/package/mk_rapport_2011_en.pdf

3. The former owners are supposed to be returned the same property (in kind) or another one of a similar value?
4. Could they be compensated financially as an alternative?
5. Which would be the forms of compensation?
6. Still existing nationalized building occupied presently by tenants can be returned without restrictions to the former owners?
7. Restoration should be limited only to the original owners and their first generation heirs? Foreigners, former Yugoslav emigrants are entitled to request the return of or compensation for their deprived property?
8. Is the state able to fairly and efficiently identify legal owners, to make a realistic assessment of the property in question and fairly compensate the former owners?
9. What kind of procedures and institutions must be created, on central and local level to ensure the fast and adequate return of the property?

The first initiatives to make a Law on Denationalization took place in late 1994 and were motivated by the moral obligation to compensate the former owners and their heirs who were dispossessed of their property under the violent rules of the former communist regime. Some details of the bill were under debate until the 29th of April 1998, when the National Assembly of Republic of Macedonia adopted the Law on Denationalization nr. 20/1998⁵⁹⁰, which came into force on the 7th of May 1998.

When the law entered into force, the application of the law was suspended by provisions of the law itself, which stated that a claim for restitution could be submitted only on a form established by the Minister of Finance. It is interesting that this made the application of the entire law dependent on the goodwill of the executive power – the minister, who did not draft the necessary form in the 2 years that followed, so the denationalization could not be applied until 2000 to the detriment of all the interested citizens.

After the independence in 1991, the restitution of property wasn't among the priorities of the new state, but the constitution of the Republic of Macedonia states that, like elsewhere in the civilized world, "the right to ownership of property and the right of inheritance are guaranteed", as well as "no person may be deprived of his/her property or of the rights deriving from it, except in cases concerning the public interest as such determined by law" and "in case of expropriation, rightful compensation not lower than its market value is guaranteed." The constitution also mentions the ownership issues of foreign citizens, and here we are most interested not in the situation of present day immigrants but of former Yugoslav citizens. The constitution sends this issue to be regulated by a future specific regulation. This legislation failed to appear so far.

⁵⁹⁰ Official Gazette of the Republic of Macedonia, nr.20/1998, Published on the 29th of April, 1998

But since restitution was in full swing in the neighbourhood and heavily advocated by the EU and US as a prerequisite for becoming a market economy significant individual demands appeared claiming restitution. However restitution started slowly -- in 1995 the country adopted a new Law nr.33/1995 on Expropriation. The Law on Expropriation was amended 11 times ever since, the last being made in 2009. In order to realize the country's obligation to restore expropriated property, a Law on Denationalization was necessary as well as undertaking a series of measures and activities for its implementation. Seen from aspect of the legal regulation and its implementation, it must be taken into a consideration that it was a very extensive and serious undertaking since it was necessary to resolve many cases of disputed ownership.

Therefore a Law on Denationalization was passed on the 29th of April 1998 and at the same time the Law on Expropriation was amended. The Law on Denationalization of 1998 did not precisely determine all the procedural rules on the basis of which the property was nationalized. The law was disputed in the constitutional court also, which revoked many of its provisions since it has found 11 articles of it as being anti-constitutional.

The Law on Denationalization formally was left in force, but due to a number of weaknesses its implementation did not take place for a considerable time. The amendment nr.31/2000 on the Law on Denationalization brought significant changes including also legal persons in the circle of possible claimants, besides citizens of the Republic of Macedonia. Thereby the congregations', monasteries', churches' and evkavs⁵⁹¹, property were recognized as lawful claimants for restitution. Hence, by enacting the Law on Modification and Amendments to the Law on Denationalization, this gap was corrected by article 2 according to which "the nationalized private property will be returned or compensation will be given to the former owners based on the same legal basis on which its legal foundation of expropriation has lied. The law has also suffered modifications due to the constitutional court decisions nr.18/1999 and nr.64/2003, which amended it.

For instance, the 18/1999 constitutional court decision came as a response to the initiative of an organization for the protection of rights of owners of nationalized estates from Skopje and challenged the constitutionality of several articles of the law, for instance that of article 38 which limited the amount of compensation to max 100, 000 DM per claimant irrespective of the value of the expropriated or nationalized property. The restoration law didn't target "restitutio in integrum" or the restoration of ownership relations existing before the creation of the Yugoslav kingdom, albeit expropriation and confiscation was also commonplace in between 1913-1941.

The law respects all the previous disposals of the state as the rightful owner of the seized property and given that since the state has sold, allocated or

⁵⁹¹ Islamic congregation

donated many properties to individuals, or legal persons, this disposal which is a natural consequence of its fully fledged property right, cannot be questioned ultimately. So in fact the Law on Denationalization actually made a re-privatization of the state property subject to denationalization.

As a consequence of this, the former owners had no right to compensation for that period when the state used their property and they could not make use of it. The decision of the competent authority for denationalization is declarative and not constitutive of rights in each case. The denationalization law establishes the right to claim the restoration of real property ownership, but the owner hasn't acquired the right in its material legal term. Such right will be acquired only by its registration in the land books in accordance with the principles of real rights' acquisition, so the successor will be the rightful owner only by the time of registering his ownership in the land books and the simultaneous deletion of the state as owner.

For the solution of compensation provided in the form of bonds, the Republic of Macedonia issued denationalization bonds, regulated by the Law on Issuing Bonds Regarding Denationalization. The first denationalization bonds were issued on the 11th of June 2002 having a maturity of 10 years. The face value of the bond was to be paid in ten annual installments starting from the 1st of June 2003, bearing also a simple interest of 2% per year, starting from the date of entry into force of the law. Now there exists a free secondary market for the bonds. Under article 10 of the Law on Denationalization, the Government of Macedonia brought an ordinance regarding "The manner and procedure for determining the value of the property which is subject to denationalization" in year 2000. The evaluation was based on the construction value of the residential buildings and apartments as well as the commercial value of their location which is determined by the provisions of the law for the sale of state owned apartments, the directive on the criteria and ways of defining the sales price of state owned apartments and the decision of the Government of the Republic of Macedonia for determining the value of the assessment points presented in the tables included in the thesis.

Still after many years from the entrance into force of the Law on Denationalization, and according to the Government's data, only 10 percent of the deprived property has been restored. The Islamic Community of Macedonia claims that in a significant number of cases, disclosure of evidences or actions on determination of the type and character of the land and its designation in accordance with the existing urban planning and on-site inspection were made under the influence of political and business structures, who were also involved in the illegal privatization of land subject to denationalization.

The Republic of Macedonia is considered to be one of the last countries in Europe which started its restitution process, which is still unfinished. The cases reviewed by the state commissions indicate occasional discrimination against certain successors in exercising their inheritance rights. These commissions took a number of administrative actions through different administrative bodies in order to prevent the proper exercise of property rights of certain citizens. Furthermore, even when a clear legal obligation for returning expropriated property existed towards the heirs of the former owners, usually there were very low amounts of compensation offered to them, which didn't even come close to the real market prices of the estates in question. It happened often that even urbanization plans were changed to satisfy someone else's private interests by harming the former owners' interests.

Privatization and restitution of the property may become two conflicting procedures. If privatization is done before the property issues are settled correctly, that would generate conflicts among the new and the former owners and the mistakes done in the process may create long term consequences which can generate hostilities between these two categories of owners.

The process of restitution of the real property in Macedonia proved to be quite inappropriate and it is mainly the result of poor Macedonian governance in general, generated by an ineffective, inoperative public administration. The institutional path the former owners of nationalized property had to follow was bulky, unclear and very bureaucratic. Practice shows that there were cases where applications had been submitted but the property was sold to someone else, or given into long-term lease beforehand instead of restitution. Supporting documents for the existence of former property relations, like land book registries and acts of nationalization, confiscation or forced deprivation were often missing to accompany the formal requests because it was hard to obtain them or they were simply not provided to the former owners by the empowered state institutions neither by the time of their implementation. The restitution commissions' work was unbalanced in general. A few of them were deciding on 100 up to 120 requests monthly, while some others solved one or two in a month. Also, one of the reasons for this was the slow work of the cadastral offices, which needed a timeframe of 6 to 10 months to issue a certificate on the ownership history of the plot.

The restitution law in Macedonia was not applied uniformly not even in two separate districts within the same city and the same holds obviously for two or more cities within the Republic. The Macedonian judicial system is characterized by courts overloaded with cases, long and expensive lawsuits, while the final decisions were often unpredictable due to the lack of unified jurisprudence. The collection of the evidences and other reliable data from the state administration proved to be hard in general and at the same time contributed to the increase of the duration and costs of the trials. Another setback was the lack of transparency and accuracy of the legal provisions concerning property rights and restitution. This is especially valid if we analyze

the way how the population was informed about the aims and the overall procedure of restitution as they were laid down in the Law on Denationalization.

One of the most serious lacks of progress is manifesting in the restitution of religious communities' property, as it is also noted in the EU Commission's progress reports. Another key problem in the process of implementation of the Law on Denationalization appears to be corruption. This is because the bureaucrats abused of their positions in the process of restitution in all levels: from the phase of collection of supporting documents to accompany the applications, continuing in the front of the first and second instance commissions, as well as in front of the courts, by manipulating the decisions on the property subject to denationalization, for the purpose of gaining personal benefits for themselves or for their political parties. Even that the current Law on Denationalization allows compensation where the restitution in kind is impossible, the real market value and the one determined and offered by the state authorities⁵⁹² do not match. Many claims are still pending usually due to missing documents or procedural mistakes which impeded or delayed the adoption of a final decision. Only after year 2000, and under the pressure of the EU pre-accession monitoring process, the quality of governance in Macedonia has improved to a certain extent, including the process of property restitution.

Generally I conclude that the process of denationalization is very slow, inconsistent, and it is conducted subjectively and the legal and administrative procedures are not coherent, having a considerable number of pending cases left or delayed in all phases of the restitution process due to the inaccuracy, non-efficiency and clientele selective procedures and lack of coordination of the state institutions

⁵⁹² According to the methodology for the establishment of compensations,

Recommendations

I think the Macedonian Government should take immediate actions in order to speed up the restitution process and carry out its completion, by returning the deprived property in kind and where that is not possible by offering adequate compensation according to the internationally acceptable compensation standards.

The lack of documentary evidence and absence of property records should not prevent the restitution of property rights. Peoples whose property was deprived may often not be in a position to present documentary evidence in support of their restitution claims. A property restitution process should use flexible evidentiary standards like parole evidence and all efforts should be made to assist the claimants to obtain such evidence;

Access to property data should be much more visible and available to interested parties and the general audience. A binding deadline should be foreseen within the Law on Denationalization for the start and finish of the procedure, including administrative and court procedures, including anti-corruption and integrity measures. Transparency and access to information's and other relevant data have to be increased at all levels, while making the bills, other future policy documents, and the requested property registers to be returned. The denationalization decisions and other relevant statistical data should also be accessible to the general public.

The fact that the proper and fair denationalization is not a condition for the Macedonian roadmap to the EU and the fact that there is almost no leverage from the international community in relation with the denationalization policies raises suspicions that this matter will never be adequately or fairly resolved. The international community should give special attention to this issue as a starting point of the establishment of a market economy. The issue of denationalization, the respect of property rights as part of the principles of the rule of law, democracy and market economy are a precondition for the free movement of capital, people, goods and services, i.e. the basic principles of the European integration. Therefore the effective, timely, fair and just implementation of the restitution laws and international treaties should become accession criteria for Macedonia towards the EU.

Д-р Арта Селмани-Бакиу*
Д-р Емине Зендели**

ПРАВО НА ДЕТЕТО ДА ГО ЗНАЕ СВОЕТО ПОТЕКЛО

УДК: 342.7:347.631/.633:342.7
Original research paper

Апстракт: *Право на детето да го знае своето потекло е едно од најосновните права гарантирано со меѓународните документи. Во трудот се анализира почитување на оваа право на детето преку две ситуации: правото на посвоените деца за пристап до информации за нивните биолошки родители и правото на децата зачнати преку вештачко оплодување за информациите од „генетскиот карактер.“ Освен тоа, во трудот се дава преглед на судските одлуки од Европскиот суд за човекови права во врска со ова прашање како и приказ на уредување на оваа право на детето во двата најзначајни меѓународни документи – Конвенција за правата на детето и Европската конвенција за човековите права и основни слободи. Покрај ова, во трудот се изнесуваат правните контрадикции во нашето законодавство и тоа во самиот текст на поранешниот и изменетиот Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување во случај на соопштување на податоците за гестацискиот носител и за начинот на зачнување и раѓање на детето, како и несогласувања на Законот за семејство со одредбите на членот 7 на КПД како и членот 8 на ЕКЧП. Врз основа на утврдените несоодветни законски решенија и правни празнини, се дават предлози за измени и допонувања на македонското законодавство, кои се темелат на најзначајните меѓународни документи, решенијата на европскиот суд за човекови права, како и решенијата предвидени во современите законодавства се со цел оваа право на детето да се воведи и во нашето семејно законодавство со кое доследно ќе се имплементира начелото на „најдобар интерес на детето“ во почитување на неговото право да го знае своето потекло.*

Клучни зборови: *право на идентитет, биолошки родители, посвојување, дете зачнато со вештачка инсимиација*

ВОВЕД

Во современото општество, последниве децении непостои еден универзален, општоприфатен модел на семејството и на родителството. Дел од секојдневниот развој на науката е и промената на човековите вредности предизвикани од технолошките иновации. Од овој прогрес на науката и на технологијата, во кои како примат стои човекот, произлегуваат многу етички, морални, филозофски и правни дилеми, за кои се очекува да даде одговор науката која се занимава со изучување на човечкото суштество. Во оваа насока, прогрес секако има, и во науката која го проучува семејството, вклучувајќи ги во овој процес и новите форми на човечката репродукција, кои се разликуваат од природниот процес на зачнување дете, методи кои, од друга страна, овозможуваат поголема слобода на планирање на семејството. Како дел од овој пресврт на концептот на човечката репродукција, многу важни етички, морални и правни прашања се дискутираат во однос на чување на тајната на возрастите, немајќи ја предвид границата која се протега до слободата и правото на детето за вистината.

Основна цел на овој текст е да се даде сеопфатна анализа на македонското законодавство во врска со ова право на детето, и врз основа на утврдените несоодветни законски решенија и правни празнини да се дадат предлози за измени и дополнувања во законодавството, кои ќе се темелат на најзначајните меѓународни документи, јурисдикцијата на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП), како и на решенијата предвидени во европските земји. Сепак, за да може да се дадат соодветни предлози за понатамошните реформи во нашево законодавство, треба да се направи подетална анализа на правото за дознавање на потеклото. Поради тоа, првин ќе се истакне значајноста на личниот идентитет које интегриран елемент за психофизичкиот стабилен развој на детето. Покрај ова, во трудот ќе се даде и компаративен преглед во земјите на Европската Унија кои го промовираат концептот на дознавање на вистината и голем дел од нив го имаат воведено како основно начело во своите национални закони. Посебно внимание во трудов ќе се даде на судската практика на ЕСЧП⁵⁹³ која служи како извор на правото, повикувајќи се на заштита на личниот идентитет преку почитување на приватниот и семејниот живот гарантиран со членот 8 на Европската конвенција за човекови права и основни слободи (ЕКЧП).⁵⁹⁴

*PhD Arta Selmani-Bakiu- Faculty of Law - South East European University arta.selmani@seeu.edu.mk

**Asst.Prof. Emine Zendeli- Dean of Faculty of Law -South East European University zendeli@seeu.edu.mk

⁵⁹³Поголем дел на случаите кои се изнесени во овој текст се преземени од официјалната страница на Европскиот суд за човекови права во Стразбур:

<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>

⁵⁹⁴European Convention on Human Rights, opened for signature in Rome on 4 November 1950 and came into force in 1953 (ECHR-ЕКЧП), Преземена

Дознавање на потеклото —суштествен елемент на личен идентитет

Динамиката на општествените промени во условите на глобализација има влианије и врз процесот на зачнување на детето, кој секогаш не е биолошки. Затоа, тенденција на современата семејна политика е да сеусовршуваат сите биомедицински репродуктивни методи за зачнување дете и да сеследат потребите на паровите на кои им е ускратена можноста на природното родителство. Прогресот во науката за семејното право во биомедицината придонесе за промовирање на новите форми на човечката репродукција, преку која може да се заснова родителството. Токму овие новите вештачки репродуктивни технологии (ВРТ⁵⁹⁵ - вештачка инсеминација, ин витро фертилизација, сурогат-мајчинство)⁵⁹⁶ за зачнување дете, а во оваа насока и посвојувањето, се концепти кои тесно се поврзани со правото на детето во одреден период на својот живот да има потреба да го преиспита својот личен идентитет преку дознавање на своето потекло.

Правото на детето за личен идентитет се однесува на запознавање со фактот кои се неговите биолошки родители и право да ги воспоставува и одржува личните односи ако за тоа покажуваат интерес и двете страни. Секако дека со почитување на правата на децата се исполнува и едно од барањата на семејното право, а тоа е почитување на човековото достоинство. Правото на човечко достоинство се категоризира како неотуѓиво право. Според ова право секое човечко суштество има право на социјална вредност и почит и „животот во развој“ (ембрионот) како и

од: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf, ратификувана од Република Македонија на 10 април 1997 год.

⁵⁹⁵На англиски ART – assisted reproductive technology.

⁵⁹⁶Според професорот Мицковиќ, „...новите репродуктивни технологии, како што се вештачката инсеминација, ин витро фертилизацијата, сурогат-мајчинството, постхумната инсеминација и клонирањето не соочуваат со сите дилеми што ги носи брзиот научно-технолошки развој; но, за разлика од технолошките иновации во другите области од науката, овие технологии го доведуваат во прашање самиот концепт за тоа што сме ние, што претставува човечкото суштество. Со примената на новите репродуктивни технологии се загрозуваат самите основи на нашата цивилизација и нејзините основни компоненти, кои се нераскинливо поврзани со нашиот идентитет како човечки суштества: дали човечкото суштество настанува со сексуален однос помеѓу маж и жена и дали неговиот генетски материјал е резултат на случајно комбинирање на материјалот на неговите родители или човекот може да настане во лабораторија, со генетски инженеринг или со клонирање, односно „копирање“ на генетскиот материјал на друг човек. Новите модели на репродукција ги отвораат прашањата за улогата на сексуалноста во раѓањето деца и „природноста“ на вештачката репродукција; прашањата за тоа што претставува мајка и кој треба да се смета за татко; прашањата за љубовта, бракот и семејството; прашањата за правата на децата и односот помеѓу репродуктивната слобода и интересите на децата...“ Види повеќе кај Дејан Мицковиќ ‘Постхумната репродукција и наследното право’ (Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu Vol.61 No.2 , 2011), (519-543), стр.521.

човекот после смртта е опфатен со заштита на правото на достоинство.⁵⁹⁷ Достоинството на човекот во однос на современото семејно право, најмногу се одразува во однос на институтот на правата на детето⁵⁹⁸ и заштитата на лицата лишени од деловната способност. Увид во овие институти, за кои е во пораст заинтересираноста како причина на промена на свеста поради загрозеноста на одредена категорија лица, ни дава можност да ја изучуваме нивната правна основа. Во овој дел, секако се наоѓа одговорот околу квалитетот и опсегот на човечкото достоинство на лицата како членови на едно семејство.⁵⁹⁹ Затоа покрај сите специфични права на детето, кои се гарантирани со меѓународни инструменти, особено со Конвенцијата на ОН за правата на детето (КПД),⁶⁰⁰ посебно се издвојува и правото на детето на својот идентитет.

Поимот *идентитет* се толкува од неколку аспекти: правен, личен, психолошки, социолошки аспект за кои секако се дават специфични дефиниции. Надворзувајќи се на ова, и правото да се знае генетското потекло претставува еден важен елемент во утврдувањето на идентитетот на едно лице кое има право да добие релевантни информации за утврдување на вистината поврзана со идентитетот на неговите родители. Освен значењето што го има запознавањето со фактите околу генетското потекло за достоинството на една личност, ова право се протега и кон други важни аспекти: од една страна е медицинскиот аспект,⁶⁰¹ кој е многу релевантен за дознавање на медицинската историја на целото семејство и суштинските медицински информации поврзани околу генетиката на донорот. Друг важен аспект кој се издвојува е правото за воспоставување на контактите со донорот или, пак, засновање родителски однос,⁶⁰² аспект кој секако треба да се разгледа од призмата на

⁵⁹⁷Види повеќе кај Željko Galić, 'Pravo na saznanje podrijetla i najbolji interes djeteta' (Zbornik radova Drugi međunarodni naučni skup 'Najbolji interes djeteta u zakonodavstvu i praksi' Dani porodičnog prava, Mostar, 2013), (114-129), стр.118.

⁵⁹⁸Види член 23 на Конвенцијата за правата на детето, која гарантира достоинствен живот за детето, Convention on the Rights of the Child (Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into force 2 September 1990) (UNCRC- КПД), (Преземена од) <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx> ратификувана и од Република Македонија во 1993 год.

⁵⁹⁹Hrabar D, 'Deontološka prosudba ljudskog dostojanstva u obiteljskom pravu' Bogoslovska Smotra Zagreb Vol.77 No.1, 2007), стр. 34.

⁶⁰⁰UNCRC (n 6).

⁶⁰¹Медицинска историја во повеќе случаи е важна за превентивниот и дијагностичкиот третман на болестите. Можноста да му се даде пристап на детето до информациите за донорот секако му обезбедува една комплетна слика за медицинската историја за донесување здравствени одлуки кога тие се потребни за некоја болест. Види повеќе кај Brigitte Clark. "A balancing act? The rights of donor-conceived children to know their biological origins" Georgia journal of international and comparative law, Vol.40 No.3, 2012 (621-658), стр.650.

⁶⁰²Vardit Ravitsky, 'The right to know one's genetic origins and cross-border medically assisted reproduction' (Israel Journal of Health Policy Research 6:3, 2017), стр.3.

балансирање на правата на донорот и детето, ако за тоа покажуваат заеднички интерес и двете страни. Дознавањето на генетското потекло секако дека е многу значајно и за спречување на инцестуозни односи помеѓу роднини кои не знаат дека генетски се поврзани.⁶⁰³

Меѓународно гарантирано право на детето да го знае своето потекло

За постигнување на највисоките стандарди за правна заштита на индивидуалните права и слободи, тенденцијата на современото законодавство е ориентирана кон промовирање заштита на најдобриот интерес на детето.⁶⁰⁴ Ова начело е предвидено со сите внатрешни законски прописи и со меѓународни документи и конвенции. Но, правната посветеност на ова начело започнала да се афирмира со усвојување на КПД,⁶⁰⁵ документ со кој се кодификуваат правата и интересите на децата, а притоа давајќи му огромно значење на статусот на детето како субјект-носител на права.⁶⁰⁶

⁶⁰³Професорката Игновска издвојува низа причини значајни за промовирање на правото на детето да го дознае своето потекло:Еднаквост на сите деца, без дискриминација во однос на начинот на нивното зачнување и репродуктивниот избор на нивните родители;Приоритет на најдобриот интерес на детето при постоење на битни медицински информации за наследни и генетски болести;Промовирање на правото на личен идентитет како сложена конструкција во контекст на семејниот живот, родителските односи и сродството;Промовирање на концептот кој ги третира децата како активни субјекти и ги цени нивните ставови како важни за прашањата кои ги засегаат наспроти патерналистичкиот пристап на родителите да носат одлуки за нив; Осознавањето на генетските врски може да превенира инцестуозни односи со роднини со кои децата крвно се поврзани;Психолошка безбедност на децата, донорите и правните родители како олеснување од анксиозноста на чувањетатајни. Елена Игновска Игновска Е, 'Правото на детето да го знае генетското потекло'(20.10.2016) Превземено од: <http://www.akademik.mk/>

⁶⁰⁴Има многу теории за тоа како и врз основа на кои принципи да се дефинира најдобриот интерес на детето. Според Тревор (Trevor)најдобриот интерес на детето треба да се бара во три категории, и тоа: основните интереси, развојните интереси и интересот на автономијата. Основните интереси на децата се однесуваат на потребата на детето за непосредна физичка, емоционална и интелектуална заштита. Во рамките на развојните интереси на децата се набројуваат потребите на децата за да се оптимизира нивниот целосен развоен потенцијал со тоа што ќе имаат еднаков пристап до соодветни ресурси. Автономијата на децата се однесува на нивната потреба да бидат слободни и самостојно да одлучуваат за своите животи. Trevor Buck *International Child Law* (3 rd edn, London & New York: Routledge 2014), стр. 25.

⁶⁰⁵ UNCRC (n 6).

⁶⁰⁶ Со овој меѓународен правен инструмент на детето му се признаваат права како на една самостојна индивидуа, меѓу кои се: правото на слободно изразување, правото на детето да учествува во донесување одлуки, правото на развој, правото на детето да го знае своето потекло, право на име, националност и семејни врски, право да живеат со своите родители, право на живот, правото на почитување на најдобриот интерес, право да не бидат одвоени

Една од многуте значајни права промовирани преку оваа Конвенција секако е и правото на детето да го знае своето потекло. Според членот 7 ст.1 на Конвенцијата: „Детето се регистрира веднаш по раѓањето и со раѓањето има право на име, право на грижа, државјанство и „доколку тоа е можно“ (*as far as possible*), право да знае кои му се родителите и право на нивна грижа. Со овој член во корелација е и одредбата од членот 8, според која: „Државите членки се обврзуваат да го почитуваат правото на детето за зачувување на својот идентитет, вклучувајќи ги државјанството, името и семејните врски како што е признаено со закон, без законско мешање. Во случај кога детето незаконски е лишено од некои или од сите елементи на својот идентитет, државите членки му даваат соодветна помош и заштита, за да му биде што побрзо вратен идентитетот.“

Правото на детето да знае кои се неговите биолошки родители е утврдено и со членот 8 на ЕКЧП.⁶⁰⁷ Во овој члене нагласено дека: „Човек има право на почитување на својот приватен и семеен живот,⁶⁰⁸ домот и преписката. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.“

Ова право на детето е гарантирано и со Нацрт-конвенцијата за посвојување деца од 2007 год.⁶⁰⁹ Во оваа Конвенција како основен принцип, секако се започнува од заштита на правото на детето да го дозне

од своите родители против нивната волја, право на одржување на личните односи и непосредни контакти со родителите ако се разделени, право на почитување на приватноста, право на социјална заштита. Оваа конвенција, правата на децата ги истакнува на ниво на елементарните и основните права, на кои им се дава посебно значење во системот на правните вредности во правниот поредок на една држава. Правата на децата опфатени во овој меѓународен „каталог“ се прифатени на глобално ниво речиси од сите држави во светот, документ преку кој државите членки преземаат одговорност да ги почитуваат тие права. Arta Selmani-Bakiu & Emine ‘The Parenting Responsibility in the context of the Convention on the Rights of the Child and protection before the European Court of Human Rights’ (Balkan Social Science Review, Vol.8No.8, 2016), (65-79), стр.67.

⁶⁰⁷ECHR (n 3).

⁶⁰⁸Во однос на термините „семеен живот“ и „приватен живот“ од членот 8 на Конвенцијата, по една долга дискусија од Комисијата за нивното значење како издвоени дефиниции или како еден поим „приватен и семеен живот“, беше одлучено во самиот текст на Конвенцијата да се прикажуваат со автономно значење и како такви се толкуваат. Види кај: Małgorzata Andrzejczak-Świątek. ‘The right of the child to know his or her parents’ in Bronisław Sitek, Jakub J. Szczerbowski, Aleksander W. Bauknecht (eds), *The Rights to Knowledge and Information in a Heterogenic Society* (Cambridge Scholars Publishing, 2009), (393-404)стр. 397.

⁶⁰⁹Види член 22 ст.3 на Нацрт-конвенција за посвојување, Draft Convention of the Council of Europe on the adoption of children (revised), Doc. 11274, 27 April 2007, (Преземено од) <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11670&Lang=EN>

своето сопствено потекло, т.е. право да знае кои се неговите родители (доколку тоа е можно). Но, во овој документ се истакнува ставот на „помирување“ на две права, кои според Конвенцијата се комплементарни. Од една страна, правото на биолошките родители да не го откриваат својот идентитет и од друга страна правото на детето да го знае своето потекло. Според членот 22 ст.3 „Посвоеното дете ќе има пристап до податоците за своето потекло, податоци кои ги поседуваат надлежните органи. Во врска со правото на биолошките родители да не го откриваат својот идентитет одлука донесуваат надлежните органи, така што зависно од законските прописи, можат да одлучат да го откријат идентитетот на родителот, секогаш базирајќи се на околностите и на правата на детето и на биолошките родители.“ Имајќи го предвид правото на лицето да ги знае својот идентитет и своето потекло, важните податоци во врска со посвојувањето, надлежните органи ќе ги чуваат најмалку педесет (50) години од донесувањето одлука за посвојување. Многу случаи од практиката укажуваат на тоа дека посвоениците започнуваат потрага по своите биолошки родители кога и самите ќе станат родители или кога посвоителите веќе не се живи. Сепак, Конвенцијата укажува на фактот дека правото на детето да го знае своето потекло не мора да се квалификува како апсолутно право, така што треба да се најде балансот помеѓу правото на детето да го знае своето потекло и правото на биолошките родители да останат анонимни. Според Конвенцијата, за ова суштинско прашање одлучуваат надлежните органи.⁶¹⁰

Исто така, значаен меѓународен документ кој го гарантира правото на дознавање на потеклото е и Хашката конвенцијата за заштита на децата и за соработка во областа на меѓународното посвојување (1993 год.). Одредбата од членот 30 на оваа Конвенција ги обврзува надлежните органи од земјите членки во случај на меѓународно посвојување да обезбедат механизми за зачувување на информациите во врска со потеклото на детето, особено информациите за идентитетот на неговите родители и неговата медицинска историја, како и да му овозможат на детето да има пристап до информациите за неговиот потекло.⁶¹¹

Во однос на генетските тестирања за родителството релевантни за утврдување/оспорување на мајчинство/татковство треба да се истакне и Конвенцијата за заштита на човековите права и достоинството на

⁶¹⁰Види повеќе Dijana Jakovac-Lozić, ‘Ususret novoj Europskoj konvenciji o posvojenju djece’ (Zbornik radova petog međunarodnog savjetovanja: Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, 2007) (91-121), стр. 97-98.

⁶¹¹ Види член 30 на Хашка конвенцијата за заштита на децата и за соработка во областа на меѓународното посвојување, The Hague Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption (Concluded 29 May 1993, entry into force 1 May 1995) (Преземена од) <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>, ратификувана од РМ во 2008 год.

човечкото суштество во однос на примената на биологијата и медицината.⁶¹²

Друга значајна иницијатива на европските експерти по семејно право е и изготвување на начелата поврзани со засновањето на родителството и со нејзините правни последици. Овие начела се инкорпорирани во Белата книга на начелата за засновањето и правните последици на родителството.⁶¹³ Право на детето за да го знае своето потекло е воведено како едно од начелата кои се назначени во Белата книга.⁶¹⁴ Според начелото 28 на Белата книга секогаш треба да се има предвид интересот на детето за да го запознае своето биолошко потекло.

Компаративен преглед на правото на детето да го знае своето потекло

Правото на детето да го знае своето потекло години наназад се апострофира како едно витално право и право кое треба да се почитува, имајќи го предвид најдоброт интерес на детето. Општо земено, ова право на детето не е толку изразено кога детето е родено во брачна заедница, затоа што, од моментот на раѓањето, мајката и таткото се познати, освен во

⁶¹²Convention 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 (opened for signature on 4 April 1997, European Treaty Series - No. 164, entered into force on 1 December 1999). Оваа конвенција е ратификувана од Република Македонија во 2009 год., со Закон за ратификација на конвенцијата за заштита на човековите права и достоинството на човечкото суштество во однос на примената на биологијата и медицината, содополнителниот протокол за забрана на клонирање на човечки суштества и дополнителниот протокол за трансплантација на органи и ткива од човечко потекло, Службен весник на РМ бр.55 од 28.04.2009.

⁶¹³Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – “The White Paper”, 1997 (Малта), (Преземено од) [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%20\(2011\)%20OJ%204%20E.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%20(2011)%20OJ%204%20E.asp). Како резултат на XXVII Колегиум на европското право за проблемите поврзани со родителството, во Валета – Малта 1997, се состана работна група на експерти, од кои беше изготвена *Белата книга на начелата за засновањето и правните последици на родителството*, усвоена од CJ-FA (Советот на Комисија на експерти за европско семејно право), а во 2001 е објавена за понатамошните коментари и консултации. Види покеќе кај Nigel Lowe ‘Report for The Attention of the Committee of Experts On Family Law (CJ-Fa) Containing an Evaluation of the Council of Europe Legal Instruments in The Field of Family Law’ (Council of Europe, Strasbourg, 2006), стр. 10.

⁶¹⁴Белата книга содржи 29 начела поделени на три главни дела: Начела за засновање на родителството; Начела за правните последици на родителството; Можните правни последици кога родителството не е засновано. Овие начела иако немаат правно-обврзувачки карактер, но можат да им послужат на земјите членки на Советот на Европа за изготвување на законските прописи во врска со регулирање на родителските односи. На пример членот 14 на белата книга ги повикува државите членки на Советот на Европа да ги стават на располагање новите медицински и генетските техники, како и информациите во врска со утврдување / оспорување на мајчинство или татковство.

случаи кога правното и биолошкото родителство не се совпаѓаат. Меѓутоа, прашањето околу потеклото се испитува од страна на вонбрачните деца, посвоените деца, како и децата родени преку биомедицинско потпомогната репродукција.⁶¹⁵ Од друга страна, правото на анонимноста на донорот⁶¹⁶ во случај на алогенеичко оплодување (донирани полови клетки или ембриони) е *vis a vis* со правото на детето да ги знае своето генетско потекло и начинот на неговото зачнување. Судирот меѓу овие две права е дел од долгогодишни научни дискусии и дебати.

Последниве години сè поголем е бројот на државите кои во своите законодавства го имаат воведено концептот на дознавање на вистината и правото на добивање на релевантните информации околу генетското потекло, кои законодавства се поделени во врска со категоризирање на оваа право на детето и правото на анонимноста на родителот/донорот, за кое се дава појаснување во понатамошниот дел на текстот. Од историски аспект, ова право на детето започна да му се гарантира преку националните уставни и законски одредби во доцните 1980-тите години. Правото на детето да го дознае своето потекло Велика Британија им го признава на посвоените деца од 1975 год., а на децата родени преку ВРТ ова право им се признава од 2005 год. Значајно е да се нагласи фактот дека многу европски земји ја усвоија политиката што ја започна Шведска во 1984 год., а потоа Австрија во 1992 година, што му овозможува пристап до информациите за донорот на лицето зачатото преку донирани гамети кога ќе достигне одредена возраст. Ова важи и во Швајцарија (со закон од 1998 год., кој е во сила од 2001 год.), за посвоените деца од 2002 год., апострофирајќи го како апсолутно право на детето, Норвешка во 2003 год., Холандија (со закон од 2002 година, кој е во сила од 2004 год.), Финска од 2006 год.⁶¹⁷

За современите законодавства како и за правната практика, како што е наведено и погоре, особено деликатно е прашањето на кое право да му се

⁶¹⁵Olga Cvejić Jančić 'Rights of the Child in a Changing World' in Cvejić Jančić O (ed) *Rights of the Child in a Changing World - The UN Convention on the Rights of the Child: 25 Years After* (Vol.13, Springer International Publishing, Switzerland 2016) (1-36), стр.12. Исто така види и Samantha Besson. 'Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights' (International Journal of Law Policy and the Family 21(2) 2007), (137-159), стр. 138.

⁶¹⁶Правото на анонимноста на донорот е регулирана со внатрешни прописи од страна на секоја држава, со тоа што се раздвојуваат држави кои на донорот му го признаваат правото на анонимноста како што се Шпанија, Франција и Данска. Во некои држави, донесени се закони со кои на детето му се признава право да има пристап до информациите за донорот на гамети (Шведска, Австрија, Австралиската држава Викторија, Швајцарија, Холандија, Норвешка, Велика Британија, Нов Зеланд, Германија, Ирска и Финска). Види повеќе кај Margaret K. Nelson, Rosanna Hertz & Wendy Kramer, K. Nelson M, Hertz R, Kramer W, 'Gamete donor anonymity and limits on numbers of offspring: the views of three stakeholders' (Journal of Law and the Biosciences 2015), (39-67), стр.43.

⁶¹⁷Esther Farnós Amorós, 'Donor anonymity, or the right to know one's origins?' (Butlletí del Comitè de Bioètica de Catalunya 15, 2015), (1-11), стр.4.

даде приоритет во ситуациии кога родителите сакаат да останат анонимни и кога тоа право е во спротивност со правото на детето да го знае своето потекло. Желбата за (не)родителство во многу случаи е попресудна од вистината за потеклото, односно родителството во повеќе ситуации се заснова преку заедничката желба и на двајцата партнери така што во овој контекст ѝ се дава приоритет на желбата за потомството, а не на биолошката врска. Овој аспект особено е изразен во правото на анонимно раѓање, утврдување и оспорување на (вон)брачно татковство, разните методи на биомедицинска потпомогната репродукција, некои ситуации со посвојувања.⁶¹⁸ Поради ова, разгледувајќи ги компаративните правни искуства, зависно како го категоризираат ова право на детето и на донорот се издвојуваат неколку држави:

1. Законодавства кои ја гарантираат апсолутната анонимност на донорот на генетскиот материјал и кои исклучуваат секаква одговорност на донорот кон роденото дете. Овој систем е прифатен од француското законодавство, кое обезбедува не само анонимност на донорот, туку и гарантира дека не може да се бара засновање на родителскиот однос меѓу донорот и детето родено преку ВРТ, т.е. не може да се бара утврдување на татковство или на мајчинство на донорот.⁶¹⁹ Треба да се нагласи и дека француското законодавство го гарира правото на мајката да остане анонимна при раѓањето на детето и да не се запишува во матична книга на родените како мајката на детето (види случај *Одиевре против Франција-Odièvre v. France*).⁶²⁰ Освен во Франција, право на анонимно породување на мајките, им се гарантира и во Чешка, Италија и во Луксембург.

2. Држави кои преку свои закони обезбедуваат една општа и релативна анонимност на донорот. На пример, во Шпанија е дозволено детето да се информира околу донорот, но не и за неговиот идентитет, а само во случаи кога тој вид информации се потребни за здравјето на детето. Информацијата околу идентитетот може да се открие и кога тоа го бараат

⁶¹⁸Željko Galić, (n 5) стр.127.

⁶¹⁹Види го членот 311-19 на Француски граѓански законик, (English version-Translated by Georges Rouhette, & Anne Rouhette –Berton).

⁶²⁰Случај *Odièvre v. France* App.no. 42326/98; (ECHR, 13.02.2003). (Преземено од http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_ENG.pdf. Интересно е дека во овој случај Европскиот суд за човекови правасо својата пресуда ѝ има дадено предност на заштита на правото на анонимноста на мајката наспроти правото на детето да го знае своето потекло, истакнувајќи дека на овој начин се спречува абортусот и чедоморство. Исто така, судот преку својата одлука го релативизира формалното родителство нагласувајќи ја вредноста на планираното и посакуваното родителство. Види Nenad Hlača 'Pravo majke na anonimnost poroda – »l'accouchement sous x – porod pod x«' (Gynaecologia et Perinatologia, Zagreb, Vol.16 No. 3, 2007), (157-160). Види исто така Brigitte Clark(n 9), стр.632.

одредбите на Законот за кривична постапка.⁶²¹ Понатаму, Граѓанскиот закон на Квебек, ова право им го препишува и на потомците.⁶²²

3. Законодавства според кои може да се добијат информациите околу идентитетот на донорот, но не го обрзуваат на родителска одговорност. Според шведското право,⁶²³ ова право детето го има од полнолетство, а според австриското право, откако ќе наполни 14 години.⁶²⁴

4. Законодавства кои му го признаваат правото на детето да го дознае идентитетот на донорот, но и право на поведување постапка за утврдување татковство на донорот. Ова право не се прифаќа како апсолутно право, туку само во ситуациите кога татковството на сопругот на мајката со кое детето живее не можело да се утврди.⁶²⁵

Како што може да се забележи, законодавствата во Европа се поделени во однос на ова право на детето и правото на анонимноста на донорот. Тоа значи дека правото на детето да го знае своето потекло во европското поднебје нема карактер на императивна норма, што подразбира дека во некои ситуации ова право може да биде ограничено или неговата реализација да биде и невозможна (типичен е случајот *Одиевре (Odièvre) против Франција*). Значи исполнувањето на ова право на децата секако може да им биде овозможено, „доколку е можно“ (*as far as possible*),⁶²⁶ со тоа што нема да се загрозува правото на родителите кои одлучиле да останат анонимни (при давање согласност за посвојување или при донаирање на јајце-клетка или сперма во случај на вештачко оплодување). Но, имајќи ги предвид правата и интересите на родителите или на донорот, доминантен концепт треба да биде најдобриот интерес на детето. Правото на детето да го дознае своето потекло треба да се третира како апсолутно и фундаментално човеково право. Само на овој начин детето ќе се факторизира како вистински субјект на правото кое е основно барање на КПД.

Судската практика на Европскиот суд за човекови права за заштита на правото на личен идентитет

Во однос на другите меѓународни документи, со КПД меѓу другите права се гарантира и правото на дознавање на потеклото, а се разликува со тоа што содржи посебен систем на заштита на правата на детето. Но,

⁶²¹Види Art. 5.5 of the Spanish Law 35/1988.

⁶²²Hernán F. Corral, 'Filiation and assisted reproductive technology' (Revue Générale de Droit U. de Ottawa, No. 31, 2001), (701-729), стр.717.

⁶²³Види Art 4 of the Swedish Law 1,140 of December 29, 1984.

⁶²⁴Hernán F. Corral, (n 30).

⁶²⁵Ибид.

⁶²⁶Małgorzata Andrzejczak-Świątek(n 16) стр. 400.

имајќи предвид дека не постои можност државата која го повредила правото на детето да биде тужена намеѓународно ниво, КПД нема ефикасна правна заштита.⁶²⁷ Покрај КПД, правата на детето се уредени и со Конвенцијата за остварување на правата на детето, Конвенцијата за контактите во врска со децата и со бројни други меѓународни документи за човековите права, чии одредби можат да се применуваат и на децата. Од наведените документи, најважна е ЕКЧП поради тоа што за повредите на правата заштитени со оваа Конвенција одлучува Европскиот суд за човекови права. Судот во својата досегашна практика овозможува да бидат заштитени не само правата и интересите на детето предвидени со ЕКЧП, туку и посредно тој овозможува заштита на правата предвидени со Конвенцијата на ОН за правата на детето.⁶²⁸ КПД како најважен меѓународен правен инструмент, со кој се заштитуваат правата на детето, е документ на чии одредби се повикуваат на ЕСЧП како и на Комитетот на ОН за човекови права.

Поднесените случаите пред ЕСЧП за заштита на правото на личниот идентитет се повикуваат токму на одредбите на членот 8 на ЕКЧП. Имено, пред ЕСЧП се разгледани многу предмети во врска со утврдување или со оспорување на татковството преку ДНК-тестирања, заради утврдување на биолошката врска на таткото со детето, сè со цел за да се дознае потеклото. На пример случај Микулиќ (*Mikulić*) против Хрватска,⁶²⁹ а

⁶²⁷ Дејан Мицковиќ & Ангел Ристов, *Семејно право* (Стоби Трејд, Скопје, 2015), стр. 212.

⁶²⁸ Ибид.

⁶²⁹ *Mikulić v. Croatia* App no. 53176/99 (ECHR, 07.02.202), Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-489754-491011#{\"itemid\":\[\"003-489754-491011\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-489754-491011#{\) Овој случај се однесува за постапка за утврдување на татковството која е поведена во текот на неколку години, но според Законот за семејството на Р.Хрватска, во предметите за утврдување татковство, судот треба да постапува експедитивно. Подносителите на барањето пред ЕСЧП се вонбрачната ќерка Монтана Лорена Микулиќ (Montana Lorena Mikulić) и нејзината мајка. Тужителите во своето тужбено барање до ЕСЧП навеле дека постапката за утврдување на татковството поднесена пред хрватските судови траела подолго од „разумниот рок“, со тоа што е повредено нејзиното право за почитување на приватниот и семеен живот. Иако Националниот суд му закажувал шест пати ДНК-тестирање на тужениот Х.П., тој не го исполнил барањето на Судот. Исто така, Судот утврдил дека во хрватскиот правен систем не постои законска мерка со која се обврзува мажот против кого е поднесена тужбата да се подложи на ДНК-тестирање и дека не постои некоја непосредна одредба со која се одредуваат последиците поради неучествување во ДНК-тестирање. Но, ЕСЧП донел одлука со која утврдува дека во овој случај од Р. Хрватска се прекршени член 6 ст.1 на Конвенцијата, член 8 и член 13. Во овој случај, ЕСЧП утврдил дека во постапката за утврдување на татковството, судовите треба да го земат предвид почитувањето на начелото на најдобриот интерес на детето. ЕСЧП смета дека во конкретниот случај не е воспоставен правичен баланс меѓу правото на подносителот на барањето за да се утврди вистината во врска со нејзиниот личен идентитет со тоа што ќе се избегне долгогодишната неизвесност и правото на нејзиниот татко да не се подложи на ДНК-тестирањето. Со ова се смета дека заштитата на интересите во овој случај не е пропорционална.

слични се и случајот *Мизи (Mizzi) против Малта*,⁶³⁰ *Шофман (Shofman) против Русија*⁶³¹ (во случаите *Mizzi* и *Shofman* – судот утврди повреда на правото на оспорување на татковството поради истекување на роковите утврдени со националните закони), или, пак, интересен е предметот *Јаги (Jaggi) против Швајцарија*⁶³² – во овој случај тужителот наведува дека не му било дозволено да изврши *post mortem* тестирање, т.е. ДНК-тестирање од ткиво на починатиот за кого верувал дека е неговиот татко за да се утврди биолошката врска. Во случајот *Шнајдер (Schneider) против Германија*, пак, иако детето живее со мајката и со нејзиниот сопруг, т.е. веќе е засновано брачното татковско, сепак, ако е во интерес на детето треба да му се даде можност на утврдување на вонбрачното (биолошкото) татковство.⁶³³ За повреда на членот 8 на ЕКЧП за лишување на правото за дознавање на личниот идентитет се набројуваат и други низа предмети пред ЕСЧП: случајот *Гаскин (Gaskin) против Велика Британија*;⁶³⁴ *Ебру и Тајфун Енгин Чолак (Ebru and Tayfun Engin Çolak) против*

⁶³⁰ *Mizzi v. Malta* App no. [26111/02](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1551378-1623734#{) (ECHR 12.01.2006) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1551378-1623734#{"itemid":\["003-1551378-1623734"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-1551378-1623734#{)

⁶³¹ *Shofman v. Russia* App no. [74826/01](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (ECHR 25.03.2004) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Shofman v. Russia"\],"kphthesaurus":\["451","559","425"\],"documentcollectionid2":\["DECGRANDCHAMBER"\],"ADMISSIBILITY":\["ADMISSIBILITYCOM"\],"itemid":\["001-23842"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶³² *Jaggi v. Switzerland* App no. [58757/00](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{) (ECHR, 13.07.2006) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-1736071-1820318"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

⁶³³ *Schneider v. Germany*, App no. [17080/07](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (ECHR 15.09.2011) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-106171"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) Во овој случај, тужителот (биолошкиот татко на детето) од судот во Германија (во Фулда) барал да му се одобри правото на контакти со неговото дете двапати месечно како и правото на редовни информации за неговиот развој. Судот го одби барањето во октомври 2005 година, наоѓајќи дека тужителот, дури и под претпоставка дека бил биолошки татко на детето, нема право на одржување на личните односи и непосредните контакти со детето според законските одредбите на германскиот граѓански закон. Особено, тој не бил правен татко на детето. Неговото признание за татковство не било валидно. Тој немал право и да ги оспори брачното татковство на детето, бидејќи постоел социјален и семеен однос помеѓу брачниот татко и детето со тоа што тужителот немал блиски врски со момчето, бидејќи никогаш не живеел со него. ЕСЧП забележал дека, иако тужителот и мајката на детето никогаш не живееле заедно, неспорно е дека тие имале врска која траела една година и четири месеца. Тужителот покажал доволен интерес за детето, со тоа што и двајцата го посакувале раѓањето на тоа дете, мајката ја придружувал на медицински прегледи и го признал татковство дури и пред раѓањето на детето. Судот исто така не ја отфрлил намената на тужителот со детето да се интерпретира како „семеен живот“ според членот 8. Судот утврдил дека германските судови не направиле баланс на правата на сите вклучени лица. Оттука, смета дека во овој случај има повреда на членот 8 од Конвенцијата. Види во European Court of Human Rights, *Research Report – Bioethics and the case law of the Court*, 2014, стр. 106, Преземено од: http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_ENG.pdf

⁶³⁴ *Gaskin v. The United Kingdom* App no. [10454/83](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (ECHR 07.07.1989) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57491"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Турција; ⁶³⁵ Финикаридоу (*Phinikaridou*) против Кунар; ⁶³⁶ Калачева (*Kalacheva*) против Русија; ⁶³⁷ Гронмарк (*Grönmark*) против Финска и Баклунд (*Backlund*) против Финска; ⁶³⁸ Паскод (*Pascaud*) против Франција; ⁶³⁹ Ласко (*Laakso*) против Финска; ⁶⁴⁰ Роман (*Röman*) против Финска; ⁶⁴¹ Константинидис (*Konstantinidis*) против Грција; ⁶⁴² Калин и други (*Călin and Others*) против Романија v. *Romania*; ⁶⁴³ Годели (*Godell*) против Италија.⁶⁴⁴

Заклучно со изнесените случаи од практиката на ЕСЧП, судот го зазема ставот дека членот 8 на ЕКЧП го гарантира правото на личен идентитет. Деталите на поединецот во врска со идентитетот и интересот за дознавање на информациите потребни за откривање на вистината за важните аспекти на личниот идентитет, како на пример идентитетот на родителот (случај *Одиевре против Франција*), имаат значајна улога за личен развој. Раѓањето и околностите околу раѓањето се суштествени елементи од приватниот живот на детето. „Податоците во врска со личните аспекти на детството, развојот и минатото можат да служат како примарен извор на информациите во врска со личната животна историја“ (случај *Гаскин против Обединетото Кралство*), ⁶⁴⁵ затоа неовозможувањето на детето да има пристап дотие релевантни информации, претставува лишување од правото на дознавање на својот

⁶³⁵ *Ebru and Tayfun Engin Çolak v. Turkey* App no. 60176/00 (ECHR 30.05.2006) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-75510"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶³⁶ *Phinikaridou v. Cyprus* App no. 23890/02 (ECHR 20.12.2007) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-2353"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶³⁷ *Kalacheva v. Russia* App no. 3451/05 (ECHR 07.05.2009) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-2727681-2979041"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶³⁸ *Grönmark v. Finland* App no. 17038/04 & *Backlund v. Finland* App no. 36498/05 (ECHR 06.07.2010) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["003-3192579-3553578"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

⁶³⁹ *Pascaud v. France* App no. 19535/08 (ECHR 16.06.2011) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-3577951-4048365"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶⁴⁰ *Laakso v. Finland* App no. 7361/05 (ECHR 15.01.2013) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-115861"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶⁴¹ *Röman v. Finland* App no. 13072/05 (ECHR 29.01.2013) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-115864"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

⁶⁴² *Konstantinidis v. Greece* App no. 58809/09 (ECHR 3.04.2014) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-142457"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶⁴³ *Călin and Others v. Romania* Apps. no 25057/11, 34739/11, 20316/12 (ECHR 19.07.2016) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-165374"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁶⁴⁴ *Godelli v. Italy* App no. 33783/09 (ECHR 25.09.2012) Преземено од: [http://hudoc.echr.coe.int/fre-press#{"itemid":\["003-4089584-4796295"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre-press#{) - Тужителка била напуштена од својата мајка и поради доверливоста (тајноста) на информациите во врска со нејзиното раѓање и невозможноста да го дознае потеклото, тврдела дека претрпела тешка штета како резултат на незнаење за нејзината лична историја, откако не можела да пронајде ниту еден од нејзините корени.

⁶⁴⁵ Во овој случај, на тужителот, г. Гаскин, му е повредено правото заштитено со членот 8 од ЕКЧП за добивање информации релевантни за дознавање на своето детство кои според правото на Велика Британија се третираше како тајни информации.

личен идентитет гарантирано со членот 8 на ЕКЧП.⁶⁴⁶ Исто така, заклучокот кој е прифатен во меѓународното право е дека со членот 8 се гарантира заштита на правото на чување на идентитетот на детето. Преку овој член се обезбедува заштита од незаконското мешање во личниот идентитет, вклучувајќи ги државјанството, името и семејните врски. Заклучно, со овој член се гарантираат соодветна помош и заштита кога детето незаконски е лишено од суштествените елементи од неговиот идентитет за да му се овозможи негово повторно утврдување.⁶⁴⁷

Законска рамка и контрадикции во македонското законодавство околу правото за дознавање на потеклото

Семејното законодавство на нашата држава апострофира дека, по засновањето на потполно посвојување во матичната книга на родените, како родители на детето се запишуваат посвоителите, а како место на раѓање на детето се запишува местото што спогодбено ќе го определат посвоителите (чл.111 ст.1).⁶⁴⁸ Посвоителите се сметаат за родители на посвоеникот од моментот на неговото раѓање.⁶⁴⁹ Од друга страна, со самиот факт дека податоците за заснованите посвојувања се службена тајна (чл.123-а, ЗС), на детето му се оневозможува придобивање на податоците за неговите биолошките родители. Гледајќи од перспектива на заштита на правата, Законот за семејството ги заштитува правото на анонимноста на биолошките родители и фактот на посвојувањето, т.е. им дава предност на правата на родителите. Со ова нашиот Закон не го заштитува правото на посвоеното дете за дознавање на податоците за своите биолошки родители гарантирано со членот 7 ст.1 на КПД. Оваа законска одредба е во спротивност и со членот 22 ст. 3 на Европска конвенција за посвојување деца според која се гарантира правото на детето да има пристап до информациите за неговото/нејзиното потекло. На посвоените деца ова право им се ограничува и преку неовозможување на

⁶⁴⁶European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), The Council of Europe, The Registry of the European Court of Human Rights, *Handbook on European law relating to the rights of the child*, 2015, стр.65.

⁶⁴⁷Ибид.

⁶⁴⁸Закон за семејството на РМ, Консолидиран текст, ноември 2015 год.

⁶⁴⁹Кога се посвојува дете од 12-годишна возраст, за засновање на посвојувањето е потребна и неговата согласност. Со ова се констатира дека тоа дете ја знае вистината за неговото посвојување. Но, во ситуациите кога се посвојува помало дете, тоа секако дека има право да биде информирано за своето потекло и за неговото посвојување.

утврдување татковство или мајчинство, кој концепт секако заслужува посебна критика.⁶⁵⁰

Според семејното законодавство, посвоеното лице нема право на вистински општествен однос со биолошките родители, неговото право да добие грижа и родителство го исполниле родители-посвоители, па тука се исцрпува неговото право. Сепак, нему не треба да му биде ускратена информацијата која му е потребна за да стекне една доследна слика за своето потекло и објаснување за тоа како дошло на овој свет.⁶⁵¹ Од друга страна, родителите-посвоители немаат законска обврска на детето да му ја соопштат информацијата околу посвојувањето и неговото потекло. Но, практика покажува дека детето по одреден временски период, сепак, ја дознава вистината околу неговите биолошки родители.⁶⁵²

Кога станува збор за децата зачнати преку биомедицинската потпомогната репродукција, проблематично е и тоа што информациите за потеклото на донорот се сметаат за класифицирана тајна, што е спротивно на членот 7 од КПД, кој му гарантира право на детето да знае кои се неговите родители. Оваа право исто така е подвлечено и во рамките на членот 8 од ЕКЧП и се толкува во смисла на почитување на приватниот и семејниот живот на детето. Во однос на ова прашање, дополнително не се согласуваат одредбите на Законот за семејството како и одредбите на поранешниот и изменетиот Закон за биомедицинско потпомогнато оплодување (ЗБПО).⁶⁵³ Имено, во измените на ЗБПО, од една страна, во случај на сурогат-мајчинство,⁶⁵⁴ се дозволува да му бидат соопштени

⁶⁵⁰ Види член 75 на Законот за семејството (не е дозволено утврдување или оспорување мајчинство и татковство во случај кога родителскиот однос настанал со посвојување).

⁶⁵¹ Mary Lyndon Shanley 'Кон нови разбирања на посвојувањето: поединци и односи во меѓурасното и отвореното посвојување' (Детето, семејството и државата, by Stephen Macedo, Iris Marion Young, York University Press (македонско издание ТАБЕРНАКУЛ 2003), стр. 28.

⁶⁵² Во овие случаи секако дека е пожелно од посвоителите во одредено време да му ја соопштат вистината, притоа водејќи сметка за возраста на детето. Прикривањето на вистината и убедувањето на тоа дете дека е нивно биолошко, ги уништува вградените емоционалните врски. Преку искреноста тие ги искажуваат својата љубов и вредноста што ја има тоа дете за нив. Соопштување на вистината е еден елемент на здраво родителско воспитување што секако игра голема улога во психофизички развој на детето.

⁶⁵³ Закон за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на РМ, бр. 37/2008, Закон за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, Службен весник на РМ, бр. 149 /2014.

⁶⁵⁴ Институтот на сурогатство во РМ, во семејно-правната наука и во биомедицината датира од крајот на 2014 година. Сурогат-мајчинството строго беше забрането со Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување од 2008 година, но во октомври 2014 год. беше донесен Закон за изменување и дополнување на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување, со кој им се признава правото на стекнување на родителското право преку сурогатство на сите брачните партнери кои преку биолошки пат не можат да имаат деца. Види повеќе кај Arta Selmani-Bakiu, 'Стекнување на родителското право преку сурогат мајка- посебен осврт на Законот за изменување и дополнување на законот за биомедицинско потпомогнато оплодување' (Conference proceeding from the Third International scientific conference Social change in the global world- Center for Legal and

податоците за гестацискиот носител и за начинот на зачнување и раѓање на детето по навршување на петгодишна возраст (чл. 12-в), додека, од друга страна, овластените здравствени установи се задолжуваат да „...обезбедат заштита на сите лични, медицински и генетски податоци за гестацискиот носител, брачната двојка и за детето.“ Ваквите одредби се повеќе од концептуално збунувачки, особено доколку се има предвид долгогодишната правна традиција на „чување тајни“ во сферата на „вештачко оплодување“ и посвојувањето во Република Македонија, која самата по себе заслужува критика.⁶⁵⁵ Во оваа насока, една од најпознатите банки на сперма во светот – данската „Криос“ (од која увезуваат најголем број земји во Европа, вклучувајќи ја и РМ), на својата официјална веб-страница претпазливо најавува: „Ние имаме склучено договор со страните (донори и оние кои сакаат да бидат родители), но немаме склучено договор со идните деца и не можеме да влијаеме на нивното однесување, на нивните барања и потреби.“⁶⁵⁶

Тргувајќи од тоа дека вистината секогаш се дознава, потребно е во Законот за семејството да биде регулирано и ова прашање,⁶⁵⁷ преку конкретни законски измени и дополнувања со кои ќе се вгради почитување на личниот идентитет на детето.

Political Research, Правен Факултет, Универзитетот Гоце Делчев, Штип, 2016), (129-152), стр.136.

⁶⁵⁵ Елена Игновска, Правно-етичките дилеми за новите репродуктивни технологии како начин на настанување на семејството (25.10.2015) (Преземено од) <http://www.akademik.mk/>

⁶⁵⁶ Ибид.

⁶⁵⁷ Во врска со оваа прашање се преземени конкретни иницијативи кои беа дебатирани и образложени на Конференцијата одржана на 9 март 2017 год. на Правниот факултет „Јустинијан Први“ под наслов „Правото на информација за генетското потекло како суштествен елемент од личниот идентитет на посвоените деца“ - од присутните, односно професори, здруженија на граѓаните како и од Првата детска амбасада во светот „Меѓаши“ беше посочена потребата за измените во Законот за семејството преку кои законски одредби ќе им се овозможи на посвоените деца да имаат право да ги знаат своите биолошки родители, а треба да имаат за цел заштита на најдобриот интерес на детето, *„Посвоените деца треба да имаат право да го дознаат идентитетот на биолошките родители: се иницираат измени на Законот за семејство“*

Преземено од: <http://www.akademik.mk/posvoenite-deca-treba-da-imaat-pravo-da-go-doznaat-identitetot-na-bioloshkite-roditeli-se-initsiraat-izmeni-na-zakonot-za-semejstvo/>

ЗАКЛУЧОК

Рапидниот напредок на репродуктивните технологии го доведува човештвото под голем прашалник. Во оваа смисла се поставува следново прашање: Дали има еден стабилен и универзален модел на поимот „семејство“ и „родителство“? Од друга страна, новите вештачки репродуктивни технологии ја зголемуваат можноста на продолжување на потомството за сите партнери кои се одлучуваат за овој начин на засновање на семејството. Како што е истакнато и погоре, посвоените деца, како и децата родени преку некоја од методите на ВРТ, можат да се најдат во ситуацијата да ги бараат и да се заинтересираат за информациите околу своето потекло. Развојот на овие технологии има удел и во зајакнување на процесот на ДНК-тестирања, кои секако го олеснуваат процесот на утврдување на генетското потекло. Затоа потребата за правното регулирање на ова прашање е проследена со низа причини од кои преку овој текст се издвојуваат најзначајните: еднаков третман со децата родени преку природен пат за утврдување/оспорување на мајчинство или татковство; медицинските индикации, т.е. потребата за запознавање со медицинската историја за идентификување некои генетски или наследни заболувања; спречување евентуални инцестуозни односи. Поради овие и слични ситуации, авторките преку овој труд истакнуваат дека ова право на детето треба да се факторизираи да му се даде карактер на апсолутно право, право со кое секако ќе се обезбеди и почитување на најдобриот интерес на детето и во родителскиот однос.

Од друга страна, важно е да се анализира и правото на алтернативно воспоставување на односите помеѓу донорот и детето, т.е. правото на детето, се протега до запознавање со неговото потекло, а засновањето на родителството како и продолжувањето на односите и контактите треба да остане врз основа на нивното слободно одлучување, само кога тоа претставува заеднички интерес. Оттука, секако правото на детето за одржување на лични односи и контакти хоризонтално се протега кон правото на биолошките родители (во случај на посвојување) и донорот (алогенеичко оплодување).

Преку овој труд авторките дадоа посебен осврт и кон македонското законодавство во врска со ова право на детето. Тие истакнуваат дека Република Македонија ги има прифатено во националниот правен поредок сите нови репродуктивни технологии како начин на засновање на родителството. Посвојувањето како и биомедицински потпомогната репродукција години наназад се покажаа како спас за сите брачни парови кои не можат да имаат свои потомци. Преку анализата на сите прописи кои го регулираат ова прашање, авторките укажаа дека македонското законодавство не е усогласено со меѓународните документи кои Република Македонија ги има ратификувано и кои го гарантираат правото на детето да го знае своето потекло. Исто така, голем пропуст се забележува и во

однос на непочитување на судската практика на ЕСЧП која е извор на македонското право и секако треба да се почитуваат нејзините препораки при толкување на членот 8 на ЕКЧП кој повикува на заштита на приватниот и семејниот живот.

Авторките исто така издвојуваат дека македонското законодавство доминантно е фокусирано на интересот на паровите кои не можат да имаат свои биолошки деца, отколку на интересот на децата кои ќе бидат посвоени или ќе бидат родени преку некоја од биомедицински потпомогнати методи. Поради оваа „стигматизација“ ова дете е маргинализирано и не се третира како вистински и активен субјект на правото. Затоа, овој нерамноправен третман на децата се издвојува како една од основните слабости на македонското законодавство. Затоа авторките предлагаат, во Законот за семејството да се воведат експлицитна одредба која на детето ќе му го гарантира правото на личен идентитет. Преку оваа препорака авторките нагласуваат дека, со промовирање на концептот на дознавање на вистината, ќе се надминат стереотипите и предрасудите околу тајноста на податоците за генетското потекло. Исто така, авторките ја посочуваат и потребата за хармонизацијата на Законот за биомедицинско потпомогнато оплодување со Законот за семејството во делот на проширување на начините за засновање на родителството за да се отстранат правните контрадикции во оваа насока.

Поаѓајќи од ставот дека секое национално законодавство, па така и семејното законодавство, е насочено кон предизвикот за хармонизација и унификација со европските семејно-правни стандарди,⁶⁵⁸ во таа смисла Република Македонија како земја која има стратегиска цел за зачленување во Европска Унија, треба посериозно да се фокусира во овој правец. Само преку овие процеси во македонското законодавство доследно ќе се имплементира начелото на најдобриот интерес на детето и во родителските и семејните односи преку почитување на неговиот личен идентитет.

⁶⁵⁸Видно е дека органите на ЕУ се активни во однос на реализирање на процесот на унификација и хармонизација на семејното право. Но, целиот овој процес е многу амбициозен и тежок до потполно финализирање. Тешкотиите се евидентни особено кога станува збор за семејните односи кои се лични и многу чувствителни, вклучувајќи ги тука и семејните права на децата. Правното регулирање на правата на децата е под значително влијание на традицијата, културите, религијата, обичаите, историја, пречки кои сами по себе го отежнуваат целиот процес за унифицирање. Сепак, интензивно се работи на реализација на овој план на европско ниво, особено во однос на хармонизација на меѓународното приватно право и семејното материјално и процесно право и во делот на правата на децата.

The right of the children to know their origin

The right of the children to know their origin is one of their fundamental rights guaranteed by international documents. This article analyzes the implementation of this right having in mind two situations: firstly, the right of adopted children to access to information related to their biological parents and secondly, the right of donor inseminated children to know their genetic origins. Furthermore, the article will look at the decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) in regard to this issue, as well as give an overview of the regulation of this right of the child in the two most important international documents – The Convention of the Rights of the Child (CRC) and the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The article will also look at the juridical controversies seen in the Macedonian legislation, especially in the former and later amended Law on Bio-Medically Assisted Insemination in reference to the regulation of the announcement of the information regarding the gestation holder and the manner of conception and birth of the child, as well as the contradiction of the Family Law Act with the Art. 7 of CRC and Art. 8 of ECHR. Based on the inappropriate legal solutions as well as the numerous legal gaps, the article provides recommendations and suggestions for amending and completing the Macedonian legislation, based on the most important international documents, the decisions of the ECtHR as well as solutions found in contemporary legislations, with the aim that this rights is introduced to the Macedonian Family Law Act which will ensure the efficient implementation of the “child’s best interest” principle through ensuring the right of the child to know their origin.

Keywords: right of identity, biological parents, adoption, donor inseminated children

RELIGIJSKA UVERENJA USVOJITELJA I HRANITELJA KAO LIČNA SVOJSTVA KOD ZAŠTITE DETETA BEZ RODITELJSKOG PRAVA

УДК:347.633:316.647.7/.8
Original research paper

Apstrakt: Usvojenje deteta predstavlja najpotpuniji oblik zaštite deteta bez roditeljskog staranja ili deteta koje ima roditelje ali roditelji nisu podobni ili ne žele da vrše roditeljsko pravo. Savremeno porodično pravo ima imperativ neutralnosti pri svom delovanju. Da dodeli roditeljsko pravo, da odluči o pravu na kontakt, da odluči o usvojenju, hraniteljstvu, bez pozivanja na pol, godine, materijalni status, religiju, nacionalnost, državljanstvo, ukratko, bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Ipak i u savremenom, sekularizovanijem društvu, prilikom procene najboljeg interesa deteta u slučajevima dodele roditeljskog prava, zasnivanja usvojenja ili hraniteljstva, sud može uzeti u obzir religijsko opredeljenje roditelja, usvojitelja, hranitelja i deteta. Kako se savremeno usvojenje posmatra, pre svega, iz ugla deteta i treba da bude u njegovom najboljem interesu, dotadašnje (religijsko) vaspitanje deteta može biti važno za njegovu integraciju u usvojiteljsku porodicu. Posebno se religijska uverenja usvojitelja nameću kao bitno pitanje kod međudržavnog usvojenja. Pri posmatranju budućih usvojitelja, teži se da oni imaju, što je moguće više, sličnih emotivnih, fizičkih, intelektualnih i kulturnih načela koja se slažu sa detetovim. Za razliku od nekadašnjih vremena, sada su religija i rasa postale fakultativni a ne obavezni uslov za zasnivanje usvojenja. Postoji primer iz inostrane sudske prakse da je sud odbio da dozvoli usvojenje jevrejskim hraniteljima koji su se brinuli o dva katolička deteta tokom tri godine, usled toga što je bilo podobnih usvojitelja katoličke veroispovesti. Roditeljima prilikom smeštaja deteta u socijalnu ustanovu treba omogućiti da odluče o tome da li će dete na hraniteljskom smeštaju biti religijski vaspitavano ili bez uticaja religije. Religija usvojitelja nije i ne sme biti odlučujuća okolnost za zasnivanje usvojenja ili odbijanje zahteva usvojitelja. Religijski identitet deteta, ukoliko ono ima potrebnu zrelost da je isti steklo, treba ceniti kao i druge okolnosti koje utiču na najbolji interes deteta u postupku usvojenja. Ako je dete odraslo u porodici u kojoj je formiralo određeni religijski identitet, ili je, pak, odgajano u religijskoj socijalnoj instituciji, obaveza socijalnih službi jeste da cene da li će dete u usvojiteljskoj porodici moći da razvija svoj religijski identitet.

Ključne reči: Usvojenje; Hraniteljstvo; Religija; Religijska uverenja usvojitelja; Religijska uverenja hranitelja; Religija deteta; Zabrana diskriminacije.

Uvod

Usvojenje deteta predstavlja najpotpuniji oblik zaštite deteta bez roditeljskog staranja ili deteta koje ima roditelje ali roditelji nisu podobni ili ne žele da vrše roditeljsko pravo. Postupak zaštite deteta putem ustanove usvojenja nije jednostavan i do zasnivanja usvojenja ne dolazi se lako, iako npr. u Srbiji, prema podacima iz Jedinственог ličnog registra usvojenja koji je uveden Porodičnim zakonom iz 2005. godine,⁶⁵⁹ ima mnogo više usvojitelja nego dece. Jedan od razloga je usled toga što usvojitelji žele "određeno" dete, dete određenih karakteristika.⁶⁶⁰ Lične osobine usvojitelja su predmet razmatranja od strane socijalnih službi. Navodi se koje osobine usvojitelji ne smeju imati. Kod usvojenja postoji dilema da li se detetu obezbeđuje porodica ili osobe bez dece imaju pravo na roditeljstvo, te se postavlja pitanje u čijem je interesu usvojenje - usvojenikovom ili budućih usvojitelja.⁶⁶¹ Kako se savremeno usvojenje posmatra, pre svega, iz ugla deteta i treba da bude u njegovom najboljem interesu, dotadašnje (religijsko) vaspitanje deteta može biti važno za njegovu integraciju u usvojiteljsku porodicu. Posebno se religijska uverenja usvojitelja nameću kao bitno pitanje kod međudržavnog usvojenja. Iako je nekada smatrano da je usvojenje deteta moguće samo ako je usvojiteljska porodica iste religije kao i dete, u savremeno doba ovakav zahtev je napušten usled zabrane diskriminacije na osnovu religije,⁶⁶² pola, jezika, nacionalnosti.⁶⁶³ Ipak, prilikom

* docent, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, uros.novakovic@ius.bg.ac.rs

⁶⁵⁹ Porodični zakon, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

⁶⁶⁰ U. Novaković, Jedinствени lični registar usvojenja u Porodičnom zakonu Srbije, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2/2007, str. 219.

⁶⁶¹ D. Hrabar, Posvojenje na razmeđi interesa posvojitelja i posvojenika, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, Vol. 58, Issue 5, (2008), str. 1108.

⁶⁶² Navodimo jedan primer diskriminacije na osnovu religije. Komitet za ljudska prava izrazio je zabrinutost povodom izuzetka od zabrane diskriminacije religijski motivisanog zapošljavanja na osnovu engleskog Zakona o standardima i okvirima u školama iz 1998. godine. Ovaj zakon je dozvoljavao školama sa religijskim karakterom da favorizuju zapošljavanje kandidata koji ispovedaju istu religiju kao i škola (poslodavac). Dozvoljeno je da se 1/5 profesora zaposli prema kompetentnosti da pruži religijsko obrazovanje u skladu sa školskim pravilima. Nastavak angažovanja ovih nastavnika uslovljen je mišljenjem da li su oni pružili adekvatno religijsko obrazovanje. Koliko je rasprostranjeno religijsko obrazovanje u Velikoj Britaniji, svedoče podaci da je 2010. godine bilo 616 verskih škola u srednjoškolskom obrazovanju, sa 565 120 učenika, što čini 18% ukupnog broja srednjih škola, i 6216 verskih škola u osnovnom obrazovanju, sa 1 206 540 učenika, što čini 37% učenika. Više o tome, Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen McColgan, Labour Law, Cambridge, 2012, str. 358.

⁶⁶³ Evropska konvencija o ljudskim pravima u članu 14. predviđa zabranu diskriminacije: "Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status." Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu osnovnih prava i ljudskih sloboda "Službeni list Srbije i Crne Gore - međunarodni ugovori", broj 9/2003 Zabranjena diskriminacije postoji i u pozitivnom srpskom pravu. Prema članu 1. Zakona o zabrani diskriminacije Republike Srbije "diskriminacija" i "diskriminatorno postupanje" označavaju

zasnivanja usvojenja, ukoliko sud odlučuje o usvojenju, nekada odluke o usvojenju nisu lišene religijskih i moralnih stavova.⁶⁶⁴

1. Religija usvojitelja i deteta u procesu usvojenja

Davanje deteta na usvojenje povlači pitanje ličnih osobina usvojitelja. I to u većoj meri nego kod vršenja roditeljskog prava. Za razliku od roditelja koji imaju primarnu odgovornost za dete *ab initio*, koji kada se dete rodi ne treba da imaju lična svojstva, kod usvojitelja se traži da pokažu podobnost za sticanje roditeljskog prava. Pri posmatranju budućih usvojitelja teži se da oni imaju, što je moguće više, sličnih emotivnih, fizičkih, intelektualnih i kulturnih načela koja se slažu sa detetovim.⁶⁶⁵ Elementi koji se odnose na opštu podobnost usvojitelja. Uticaj religije deteta i(li) usvojitelja cení se posredno, kroz period probnog prilagođavanja koji traje, u srpskom pravu, šest meseci i tokom koga se pokazuje kako konkretno dete i već utvrđeno opštepodobni usvojitelji funkcionišu u životnim uslovima i pod uticajem našeg posmatranog činioca - religijskih uverenja. Od ličnih karakteristika usvojitelja, problem za podudaranje interesa deteta i usvojitelja mogu da predstavljaju rasna i religijska pripadnost. Religijski stavovi posredno utiču na to da i seksualna orijentacija usvojitelja može biti okolnost koja se razmatra kao lično svojstvo usvojitelja.⁶⁶⁶ Međutim,

svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima. Zakon o zabrani diskriminacije "Službeni glasnik Republike Srbije" broj 22/2009.

⁶⁶⁴ Heather L. Milligan, The Influence of Religion and Morality Legislation on the Interpretation of Second-Parent Adoption Statutes: Are the California Courts Establishing a Religion, California Western Law Review, Vol. 39, Issue 1, Fall 2002, str. 146.

⁶⁶⁵ Pri usvojenju, teži se da se religija deteta i usvojitelja poklope, Notes, The Establishment Clause and Religion in Child Custody Disputes: Factoring Religion into the Best Interest Equation, Michigan Law Review, Vol. 82, June 1984, str. 1710; Savezna država SAD Masačusets, imala je izričitu odredbu u svom zakonodavstvu o neophodnosti postojanja iste religije deteta i usvojitelja, L. Pfeffer, Religion in The Upbringing of Children, Boston Law Review, Vol. XXXV, Num. 3, June 1955, str. 378.

⁶⁶⁶ Videti, Helen Costigane, Catholic Adoption Agencies and Gay Adopters, *Law & Justice - The Christian Law Review*, Vol. 161, Issue 1, 2008, str. 98-110. Da se i ESLJP izjašnjavao povodom mogućnosti da homoseksualna osoba usvoji dete, *Frete v France*, predstavka broj 36515/97, presuda od 26. februara 2002. godine. Podnosilac, francuski državljanin, podneo je zahtev da usvoji dete. Njegov zahtev je odbijen sa obrazloženjem da njegovo opredeljenje neoženjenog homoseksualca ne pruža garancije da mu se može poveriti dete na usvojenje. On se žalio da takva odluka francuskih vlasti pravi diskriminaciju između usvojitelja na osnovu njihovog stila života i seksualnog opredeljenja. Žalba je od strane francuskih vlasti prvo prihvaćena, a zatim odbijena. Podnosilac se žalio da je odluka o odbijanju usvojenja na osnovu njegovog seksualnog opredeljenja povredila njegovo pravo na ravnopravnost u vezi sa pravom na poštovanje

odbijanje usvojenja samo na osnovu toga što je religija usvojitelja različita od religije roditelja deteta daje osnov za žalbu usvojitelja.⁶⁶⁷ Odbijanje zasnivanja usvojenja isključivo na osnovu toga što su budući usvojitelji ateisti smatra se protivustavnim.⁶⁶⁸ Davanje deteta u usvojeničku porodicu drugačijih religijskih uverenja ili boje kože,⁶⁶⁹ sprovodi se samo ako nije moguće da dete bude u porodici iste religije ili rase.⁶⁷⁰ Dok rasa (npr. usvojenje "crnog deteta" od strane "belog para") predstavlja spoljni manifest usvojenja, religiju smatramo unutrašnjim, s obzirom na to da je rasa vidljiva, religijska shvatanja i vaspitanje nemaju obavezu spoljnu manifestaciju. Međutim, za razliku od nekadašnjih vremena, u savremeno doba su religija i rasa postale fakultativni a ne obavezni uslov za odobrenje usvojenja.⁶⁷¹ Tako je u SAD u određenim zakonima saveznih država predviđeno da se religija usvojitelja uzme u obzir ako je to moguće.⁶⁷² Religija deteta i usvojitelja može biti odlučujući faktor prilikom ocene posebne podobnosti usvojitelja - perioda probnog prilagođavanja, i to samo kod dece starijeg uzrasta. Ovo potkrepljujemo i praksom američkih sudova koji stoje na stanovištu da samo dete koje je dovoljno zrelo (ne ispod sedam godina), može da iskaže svoje mišljenje povodom religijskih potreba.⁶⁷³ Identično, želje roditelja povodom religije budućih usvojitelja ne smeju da imaju obavezni već fakultativni karakter pri odabiru budućih usvojitelja. Uzrast deteta igra značajnu ulogu prilikom usvojenja deteta i njegovih religijskih uverenja, s obzirom na to da ukoliko je religija deteta čvrsto utemeljena, kao

porodičnog života. ESLJP je primetio da je odluka da se podnosiocu ne dozvoli usvojenje usled njegovog "stila života" u potpunosti bila zasnovana na kriterijumu homoseksualnosti. Odluka da se u prethodnoj fazi odbije usvojenje zasnovana je na zaštiti zdravlja i prava deteta. ESLJP je istakao da su države članice Saveta Evrope daleko od konsenzusa u pogledu usvajanja dece od strane homoseksualnih osoba, i da je, stoga, državama ostavljeno veoma široko polje slobodne procene u ovom pogledu. Nacionalne vlasti su u značajno boljoj poziciji da procene razloge za dozvolu usvajanja osobama istog pola, nego što je to u stanju ESLJP. U postupcima usvojenja vodi se računa o najboljem interesu deteta, s obzirom na to da je cilj usvojenja obezbeđenje porodice detetu, a ne deteta određenim usvojiteljima. Iz navedenih razloga, ESLJP nije utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života.

⁶⁶⁷ L. Pfeffer, Religion in The Upbringing of childre, Boston law Review, Vol. XXXV, Num. 3, June 1955, str. 347.

⁶⁶⁸ Donald L. Beschle, God Bless the Child: The Use of Religion as a Factor in Child Custody and Adoption Proceedings, Fordham Law Review, Vol. 58, Issue 3, December 1989., str. 405.

⁶⁶⁹ Da su se sudovi u SAD na početku XXI veka pri zasnivanju hraniteljstva i usvojenja manje rukovodili kriterijumom rase deteta, K. Eyer, Constitutional Colorblindness and the Family, University of Pensilvania Law Review, Vol. 162, Num. 3, February 2014, Philadelphia, str. 580.

⁶⁷⁰ S. N. Katz, Family Law in America, Oxford, 2011, str. 172. Dok je usvajanje deteta tanme puti od strane para bele rase uobičajena pojava, gotovo je nezabeleženo da tamnopusiti parovi usvajaju belu decu. Jedno od objašnjenja svodi se na to da tamnopusiti parovi usvajaju beli parovi, s obzirom na to da ima zanemarljiv broj tamnopusitih parova podobnih da usvoje decu.

⁶⁷¹ Tako je u saveznoj državi Nju Jork 1921. godine u Ustavu izričito zahtevano da se prilikom usvojenja poklapaju religija usvojitelja i religija deteta, L. J. Sshwartz, Religios Matching for Adoption: Unraveling the Interests Behind the "Best Interest" Standars, Family Law Quarterly, Vol. XXV, Num. 2, Summer 1991, str. 179.

⁶⁷² Donald L. Beschle, God Bless the Child: The Use of Religion as a Factor in Child Custody and Adoption Proceedings, Fordham Law Review, Vol. 58, Issue 3, December 1989, str. 405.

⁶⁷³ Slučaj *Bonjour v. Bonjour* 592 P. 2d 1233 (Alaska 1979).

deo njegovog identiteta, drugačija religijska uverenja usvojitelja sprečavaju uspešnu integraciju deteta u usvojiteljsku porodicu. Savremeno usvojenje se posmatra iz ugla deteta i njegovih interesa, te se unapred posmatra kako religijska uverenja usvojitelja mogu da utiču na dete, kao i kako ista utiču tokom perioda probnog prilagođavanja. Ovo posebno može biti problem kod nepotpunog, otvorenog usvojenja, gde dete zadržava lične odnose sa biološkom porodicom a prelazi da živi kod usvojitelja. Tu dete može biti izloženo religijskom vaspitanju dve različite religije. Kad su u pitanju deca mlađeg uzrasta, religijsko vaspitanje deteta i religijska praksa usvojitelja ne igra tako veliku ulogu, kao što je to slučaj kod dece starijeg uzrasta koja su imala dodira sa određenim religijskim vaspitanjem, pod uticajem bioloških roditelja ili čak u socijalnoj ustanovi u kojoj su boravila. Moguće je da su deca koja su odgajana u ustanovi koja ima izraziti religijski karakter pod uticajem te religije stvorila pripadnost religiji, usled čega će se religija budućih usvojitelja pokazati kao bitan činilac. Pa ipak, čak i mala deca mogu posedovati religijski identitet, pre svega, kroz proces religijske inicijacije putem različitih formi obreda (kršćenja, obrezivanja).

Religija usvojitelja se posmatra samo u procesu usvojenja. Kada je usvojenje zasnovano, a dete stekne određeni uzrast, na izbor religije se primenjuje pravo deteta na (samostalan) izbor povodom pitanja za koje ima kapacitet, kao i pravila o roditeljskom pravu. Ukoliko dođe do slučaja da su usvojitelji namerno sakrili svoja religijska uverenja (npr. Jehovini svedoci), a ta uverenja bi odlučujuće uticala da se ne dozvoli usvojenje, usvojenje bi moglo biti poništeno usled toga što je saglasnost roditelja data u zabludi, ili ako dete nema roditelje, usled neispunjenja pretpostavki za usvojenje koje se tiču ličnih karakteristika usvojitelja, pozivanjem na najbolji interes deteta.

Posebno se pitanje podudarnosti religije usvojitelja i deteta postavlja kad jedna osoba, npr. bračni ili vanbračni partner roditelja deteta usvaja dete, ili kada novi (van)bračni partner usvojitelja deteta želi da usvoji već usvojeno dete, tzv. proširenje usvojenja. Pri ispitivanju buduće usvojiteljske porodične sredine u kojoj će dete biti odgajano okolnost da se (van)bračni partner usvojitelja protivi usvojenju smatra se bitnom činjenicom.⁶⁷⁴ Isto važi i ukoliko (van)bračni

⁶⁷⁴ *E.B. v France*, predstavka broj 43546/02 presuda od 22. januara 2008. godine. Podnositeljka je francuska državljanka koja je dok je bila u vezi sa svojom partnerkom, osobom istog pola, u februaru 1998. godine podnela zahtev da usvoji dete. Partnerka podnositeljke je izjavila da ne želi da se stara o detetu ukoliko dođe do usvojenja. Socijalne službe su utvrdile da je podnositeljka psihološki stabilna, emotivno prijemčiva, sa potrebnim kapacitetom da odgaja dete. Međutim, pozivajući se na nemogućnost da obezbedi detetu potrebne karakteristike porodice i ulogu oca, njen zahtev je odbijen. Sve naknadno podnete žalbe sudskim vlastima, odbijene su pozivanjem na diskreciono pravo socijalnih službi da odbiju usvojenje u slučajevima kada su kao usvojitelj javlja samo jedna osoba. Podnositeljka se žalila da je odluka o odbijanju usvojenja povredila njeno pravo na ravnopravnost i poštovanje privatnog i porodičnog života iz člana 8 Konvencije. Sud se najpre nije složio sa stavom domaćih vlasti da je propust podnositeljke u tome što nije pokazala da će određena osoba iz njenog okruženja imati ulogu oca u životu usvojenog deteta. ESLJP je u potpunosti prihvatio stav domaćih vlasti da je stav partnerke podnositeljke od izuzetne važnosti za buduće usvojenje, s obzirom na to da će dete živeti u toj zajednici i da će na svakodnevni boravak itekako uticati negativan stav partnerke prema usvojenju. Domaće vlasti su dužne da pre konačnog utvrđivanja statusa deteta ispitaju sve okolnosti koje postoje u vezi sa boravkom deteta

partner, ne i usvojitelj deteta, poseduje religijska uverenja koja bi mogla štetno uticati na blagostanje deteta.

3. Religija kod hraniteljstva

Prilikom davanja deteta na hraniteljstvo država ima obavezu da svojim delovanjem dovede do toga da dođe do ponovnog spajanja deteta i roditelja. Hraniteljska zaštita je privremenog karaktera. Imajući u vidu da je jedno od prava hranitelja da vaspitavaju dete, budući da oni neposredno odgajaju dete, nameće se pitanje religijskog vaspitavanja deteta. Ako hraniteljska porodica ne vodi računa o dotadašnjem religijskom vaspitanju deteta, ili ako dete indoktrinira u skladu sa drugom religijom, to može dovesti u pitanje primarni cilj ponovnog spajanja deteta i roditelja. Tako, sud je odbio da dozvoli usvojenje jevrejskim hraniteljima koji su se brinuli o dva katolička deteta tokom tri godine usled toga što je bilo podobnih usvojitelja katoličke veroispovesti. Čak ni želje majke da dete usvoji jevrejski par nisu mogle da prevagnu nad religijskim aspektom hranitelja - budućih usvojitelja.⁶⁷⁵ Vidimo da je ovo u direktnoj suprotnosti sa najboljim interesom deteta i željama roditelja. Roditeljima prilikom smeštaja deteta u socijalnu ustanovu treba omogućiti da odluče o tome da li će dete na hraniteljskom smeštaju biti religijski vaspitavano ili bez uticaja religije.⁶⁷⁶ U srpskom pravu u podzakonskim aktima o hraniteljstvu nema odredbi o religiji hranitelja, niti se socijalne službe bave ovim pitanjem. U SAD, iako nema pravila da hranitelji treba da budu iste religije kao dete,⁶⁷⁷ u praksi socijalne službe⁶⁷⁸ teže da dete smeste u porodicu

u usvojiteljskoj porodici. Stoga, za razliku od slučaja *Frete*, u ovom slučaju zahtev podnositeljke nije odbijen pozivanjem na njen „životni stil“, i činjenicu da je homoseksualnog opredeljenja. Međutim, ESLJP je zaključio da je, ako ne eksplicitno, ono implicitno, homoseksualno opredeljenje podnositeljke bilo odlučujući razlog za odbijanje usvojenja. Na taj način, ostali kvaliteti podnositeljke za usvajanje su zanemareni. ESLJP je utvrdio povredu prava na ravnopravnost u vezi sa članom 8. Konvencije. Smatramo da u svim slučajevima kada jedna osoba podnosi zahtev za usvojenje, ukoliko se ta osoba nalazi u životnoj zajednici sa drugom osobom, protivljenje partnera osobe koja podnosi zahtev da usvoji dete, treba da ima karakter odbijajuće činjenice za zasnivanje usvojenja. Naime, protivljenje usvojenju osobe koja će, ukoliko se usvojenje zasnjuje, živeti sa detetom, nikako ne može biti u interesu deteta. Kao i u slučaju *Frete*, smatramo da ne može biti reč o povredi prava na poštovanje porodičnog života s obzirom na to da nije uspostavljen zajednički život usvojiteljke sa detetom, već je reč o prethodnim (opštim) uslovima za usvojenje.

⁶⁷⁵ L. J. Schwartz, *Religious Matching for Adoption: Unraveling the Interests Behind the "Best Interest" Standards*, *Family Law Quarterly*, Vol. XXV, Num. 2, Summer 1991, str. 180.

⁶⁷⁶ J. W. Whitehead, *Accommodation and Equal Treatment of Religion: Federal Funding of Religiously-Affiliated Child Care Facilities*, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 26, 1989., str. 588.

⁶⁷⁷ Socijalne službe u saveznoj državi Nju Džersi imaju obavezu, prema Pravilniku, da detetu koje se nalazi na hraniteljstvu omoguće da ispoveda religiju i prisustvuje religijskim službama u skladu sa religijom roditelja, C. N. Brown, *In The System: Facilitating The Reunification of the Child and the Parents Through Religion*, *Hofstra Law Review*, Vol. 42, 2013, str. 609.

istih religijskih uverenja sa argumentacijom da se time omogućava kontinuitet u podizanju deteta.⁶⁷⁹

Da religija hranitelja, kao procena ličnog svojstva, nije strana ni evropskoj sudskoj praksi, svedoči slučaj iz 2013. godine povodom religije roditelja i odgajanja deteta od strane hranitelja. Naime, dete, turski državljanin, dato je iz Turske u hraniteljsku porodicu u Holandiju homoseksualnom paru (dve žene). Roditelji deteta su podneli žalbu na tu odluku, sa navodom da je smeštaj deteta na hraniteljstvo u homoseksualnu porodicu u suprotnosti sa njihovom religijom.⁶⁸⁰ Prilikom davanja saglasnosti za usvojenje od strane roditelja, u srpskom pravu, označavanje usvojitelja ima obavezujuću ulogu za organ starateljstva. Dodajemo, osim ukoliko isti u toku postupka usvojenja ne utvrdi da religija usvojitelja može štetno delovati na vaspitanje i odgajanje deteta. Favorizovanje izbora religije, kao prava deteta da samostalno odluči koju će religiju ispovedati, implicira da dete smešteno u socijalnu instituciju treba da bude izloženo i katoličkom i protestantskom učenju, da bi, kada stekne potrebnu zrelost, moglo samostalno da odluči koju religiju će izabrati.⁶⁸¹ Ako hranitelj ne sme da odlučuje o bitnim pitanjima za život deteta, onda roditelji, dok je dete na hraniteljstvu, imaju primarno pravo da dete bude religijski vaspitavano u skladu sa njihovim željama.⁶⁸² Prilikom smeštaja deteta na hraniteljstvo potrebno je voditi računa o kulturnom, etničkom i verskom poreklu deteta. Ako je dete odgajano u ateističkom okruženju, protivno njegovom najboljem interesu, bio bi smeštaj u hraniteljsku porodicu izrazito verskog opredeljenja i *vice versa*, ako je dete vaspitavano u skladu sa određenim religijskim uverenjima, smeštaj u ateističku porodicu ili porodicu druge religije ne bi pravilno odgovorio na razvoj deteta. Briga o deci koja su napušena ili nemaju roditelje, smatra se u muslimanskim državama, religijskom obavezom.⁶⁸³ Odvajanje dece iz jevrejske porodice i smeštaj u katoličku socijalnu instituciju smatran je štetnim po blagostanje deteta.⁶⁸⁴

⁶⁷⁸ Uticaj religijskih uverenja socijalnih ustanova gde se deca nalaze na smešaju do trenutka dok ne budu usvojena, vidimo na primeru u SAD gde su katoličke dobrotvorne organizacije zadužene za usvojenje u saveznm državama Illinois, Vašington i Misuri zatvorene, stoga što nisu, u skladu sa svojim religijskim uverenjima, davale decu na usvojenje homoseksualnim parovima, što je zahtevano zakonskim normama, J. Waltman, *The Landscape of Contemporary Jurisprudence Regarding Free Exercise of Religion*, Politikologija religije, Vol. 7, No. 2, 2013, Beograd, str. 275.

⁶⁷⁹ R. Taylor, *Parental Responsibility and Religion*, u R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, str. 132.

⁶⁸⁰ M. Jonker, M. van den Hoven, W. Schrama, *Religion and Culture in Family and Law*, *Utrecht Law Review*, Vol. 12, Issue 2, June 2016, str. 1.

⁶⁸¹ L. M. Friedman, *The Parental Right to Control The Religious Education of a Child*, *Harvard Law Review*, Vol 29, Issue 5, 1916, str. 499.

⁶⁸² Tako i C. N. Brown, *In The System: Facilitating The Reunification of the Child and the Parents Through Religion*, *Hofstra Law Review*, Vol. 42, 2013, str. 622.

⁶⁸³ S. Ishaque, *Islamic Principles on Adoption: Examining the Impact of Illegitimacy and Inheritance Related Concerns in a Context of a Child's Right to Identity*, *International Journal of Law Policy and Family*, Vol. 22, Num. 3, October 2008, str. 401.

⁶⁸⁴ B. Haugen, O. Backes, *Religion in Custody Proceedings*, *North Dakota Law Review*, Vol. 38, Issue 1, 1962, str. 89.

4. Religijska uverenja u praksi Evropskog suda za ljudska prava

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predstavlja međunarodni ugovor, akt Saveta Evrope, koji je potpisan u Rimu 4. novembra 1950. godine. Na snagu je stupio nakon tri godine, 3. septembra 1953. godine, u trenutku kad ga je potpisalo 15 država članica Saveta Evrope. Potpisnice Konvencije su sve države članice Saveta Evrope. Srbija je ratifikovala Evropsku konvenciju o ljudskim pravima u aprilu 2003. godine.⁶⁸⁵ Konvencijom je predviđeno osnivanje posebnog suda - Evropskog suda za ljudska prava sa sedištem u Strazburu. Presude ovog nadnacionalnog suda imaju obavezujući značaj za sve države potpisnice Konvencije.⁶⁸⁶

Savremeno porodično pravo karakteriše imperativ neutralnosti u svom delovanju.⁶⁸⁷ Da dodeli roditeljsko pravo, odluči o pravu na kontakt, odluči o usvojenju, hraniteljstvu, bez pozivanja na pol, godine, materijalni status, religiju, nacionalnost, državljanstvo, ukratko, bez diskriminacije po bilo kom osnovu.⁶⁸⁸ Ipak i u savremenom, sekularizovanijem društvu, prilikom procene najboljeg interesa deteta u slučajevima dodele roditeljskog prava, usvojenja ili hraniteljstva, sud može uzeti u obzir religijsko opredeljenje roditelja i deteta.⁶⁸⁹

⁶⁸⁵ Pored Konvencije, Srbija i Crna Gora ratifikovala je još: Prvi Protokol od 20. marta 1952, godine, Protokol broj 4 koji obezbeđuje određena prava i slobode koje nisu uključene u Konvenciju od 16. septembra 1963. godine i prvi Protokol uz nju, Protokol broj 6 o ukidanju smrtne kazne od 28. aprila 1983. godine, Protokol broj 7, Protokol broj 12 i Protokol broj 13 o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima.

⁶⁸⁶ O obavezujućoj ulozi presuda ESLJP na domaće pravo govori i Ustavni sud Nemačke koji je povodom *Görgülü* slučaja, naveo da "u nemačkom pravnom sistemu EKLJP ima položaj federalnog zakona i mora biti uzeta u obzir pri tumačenju domaćeg prava. Presude ESLJP imaju obavezujući karakter za sve državne organe i nameću obavezu da u okviru svoje nadležnosti spreče kontinuiranu povredu Konvencije i da stvore situaciju koja je u skladu sa Konvencijom.", vid. A. Hanke, *Custody and Visitation Rights in Germany After the Decisions of the European Court of Human Rights*, *Family Law Quarterly*, Vol. 45, Num. 3, Fall 2001, str. 359.

⁶⁸⁷ U prilog tvrdnji da porodično pravo ne može biti neutralno: de Aguirre Carlos Martinez, *Is "Living Together, Loving Each Other" Enough for Law? Reflections on Some "Brave New Families"*, *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, 3/2012, Buffalo, str. 51.

⁶⁸⁸ Suprotno, u islamskom pravu se zahteva da roditelj koji vrši roditeljsko pravo bude muslimanske veroispovesti: C. Y. Kuek, E. S. Tay, *Unilateral Conversion of a Child's Religion and Parental Rights in Malaysia*, *Singapore Academy of Law Journal*, Vol. 24/2012, str. 107.

⁶⁸⁹ Tako, u jurisprudenciji srpskih sudova retke su presude u kojima se govori o religiji roditelja kao okolnosti koja utiče na dodeljivanje i vršenje roditeljskog prava. Stoga, od izuzetnog značaja je presuda osnovnog suda u Velikoj Plani od 07. maja 2009. godine u kojoj se govori o religijskoj opredeljenosti majke (Jehovin svedok) u svetlu parnice oko vršenja roditeljskog prava između majke i oca koji oboje imaju prebivalište u stranoj državi (Belgija). Tako, sud navodi "...*Sud je u toku postupka pribavio mišljenje Centra za socijalni rad u V. Plani i Centra za socijalni rad u Smederevu. Iz izveštaja Centra za socijalni rad u Smederevu potvrđuje se da je tužilac procenjen kao kompetentan roditelj, emotivno zreo i sposoban da prepozna razvojne potrebe mal. deteta, da je isti duboko motivisan da vrši roditeljsko pravo nad detetom. Budući da isti deluje kao pouzdana ličnost a da versko opredeljenje tužene ostavlja prostora za sumnju kako bi se ista ponašala kada bi mal. detetu trebalo ukazati medicinsku pomoć predlog ove ustanove je bio da se do pravosnažnog okončanja postupka mal. dete poveri tužiocu na negu i staranje iako je majka za vreme trajanja zajednice bila negujućim roditelj i nikakvih kriza u odgoju deteta nije bilo...*" Sud

Takođe, država ima obavezu da uzme u obzir religijska uverenja roditelja i zaštiti dete ukoliko religijska praksa roditelja preti da ugrozi dete. Evropski sud za ljudska prava nije odlučivao, direktno, povodom religijskih uverenja usvojitelja ili hranitelja prilikom zasnivanja usvojenja ili hraniteljstva, ali, analogno sa standardima iz presuda Suda povodom vršenja roditeljskog prava, nameće se zaključak da ukoliko bi religijska praksa usvojitelja ugrožavala dete, a domaće vlasti pozivanjem na takva religijska uverenja odbiju zasnivanje usvojenja, to ne bi dovelo do povrede prava na poštovanje privatnog i(li) porodičnog života. Ovo pitanje može se javiti ako se kao usvojitelji pojave pripadnici izvesne religijske sekte (Jehovini svedoci). U nedostatku prakse iz Strazbura, povodom zahteva za usvojenjem osoba sa "specifičnim religijskim identitetom", iščekujemo potencijalne odluke koje ćemo analizirati. Sa druge strane, odbijanje zasnivanja usvojenja isključivo na osnovu religijske pripadnosti povlačilo bi povredu prava na poštovanje privatnog života, ako je do odbijanja došlo u prethodnoj fazi, prilikom utvrđivanja opšte podobnosti, odnosno povrede prava na poštovanje porodičnog života, ukoliko su usvojitelji već uspostavili porodični život sa detetom, posebno u toku ili nakon probnog smeštaja. Evropska konvencija o ljudskim pravima u članu 9. izričito proklamuje slobodu veroispovesti. Tako, svako ima pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti. Ovo pravo uključuje slobodu promene vere ili uverenja i slobodu čoveka da, bilo sam ili zajedno s drugima, javno ili privatno, ispoljava veru ili uverenje molitvom, propovedi, običajima i obredom.

Pozivanje domaćih sudova na veroispovest roditelja, u kontekstu donošenja odluke o poveravanju dece i vršenju roditeljskog prava, predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života.⁶⁹⁰ Tako je odlučeno u slučaju *Hoffman* protiv Austrije,⁶⁹¹ kada je Evropski sud za ljudska prava istakao da su domaći sudovi cenili da li je majka podobna da vrši roditeljsko pravo uzimajući u obzir njenu religiju povodom zabrane transfuzije krvi, izostanka proslave tradicionalnih praznika (Božić, Uskrs) i načina života pripadnika ove religije

nije našao da je izveštaj Centra za socijalni rad V. Plana, o opasnosti verskog opredeljenja majke, po blagostanje deteta, opravdan, s obzirom na to da navedena sumnja nije potkrepljena niti dokazana. Presuda opštinskog suda u Velikoj Plani P.674/08.

⁶⁹⁰ Iako se u SAD predviđa mogućnost religijske arbitraže povodom vršenja roditeljskog prava, odluke ovih religijskih neformalnih tela nemaju obavezujući karakter za građanske sudove: Halloran McLaughlin Julia, Taking Religion Out of Civil Divorce, Rutgers Law Review, Vol. 65, Issue 2/2013, str. 445.

⁶⁹¹ *Hoffman v Austria*, predstavka broj 12875/87, presuda od 23. juna 1993. godine. Podnositeljka je austrijska državljanka koja je 1980. godine zaključila brak i dobila dvoje dece rođene 1980. i 1982. godine. Oba supružnika bila su katoličke veroispovesti. Supruga je promenila veru i postala pripadnik Jehovinih svedoka. Ona je 1983. godine pokrenula postupak razvoda braka i odvela decu sa sobom. Brak je razveden 1986. godine, a oba supružnika su podnela zahtev za vršenjem roditeljskog prava. Prvostepeni i drugostepeni sudovi su na osnovu mišljenja eksperta i vezanosti dece za majku, njoj dodelili roditeljsko pravo. Međutim, Vrhovni sud je u septembru 1986. godine odlučio da religija majke štetno utiče na decu i dodelio roditeljsko pravo ocu. Podnositeljka se žalila da je promena odluke o vršenju roditeljskog prava povredila pravo na poštovanje porodičnog života.

koji se razlikuje od većine domaćih državljana. Vrhovni sud nije cenio izjavu majke da će u slučaju potrebe dozvoliti transfuziju krvi, kao i da je spremna da deca provode verske praznike (Božić i Uskrs) kod oca.⁶⁹² Takođe, nije dovoljno razmatran negativan efekat koji deca mogu imati usled promene odluke o vršenju roditeljskog prava. Na taj način, domaći sud je propustio da uvaži mišljenje sudskih eksperata i odluku o dodeljivanju roditeljskog prava zasnovao isključivo na religiji roditelja.⁶⁹³ Utvrđena je povreda prava na poštovanje porodičnog života u vezi sa pravom na ravnopravnost.⁶⁹⁴

U drugom slučaju *Palau-Martinez* protiv Francuske,⁶⁹⁵ Sud je naveo da odluka domaćeg suda o dodeljivanju dece ocu nakon što su tri godine živela kod majke predstavlja mešanje u porodični život. Sud je pri proceni uslova u kojima deca žive kod oba roditelja, tretirao roditelje različito u pogledu ispovedanja religije majke. Odluka suda nije pružila nikakve konkretne okolnosti da religija majke štetno utiče na svakodnevno vaspitanje dece. Dodatno, domaći sud nije tražio mišljenje eksperata – socijalnih službi ili psihologa, da utvrde uticaj religije na odgajanje dece.⁶⁹⁶ Nije utvrđena veza između štetnosti interesa dece i njihovih životnih uslova u domu majke. Evropski sud za ljudska prava je

⁶⁹² Da izjava roditelja koji praktikuje religijska shvatanja može biti uzrok za izmenu odluke o vršenju roditeljskog prava: Wah Carolyn R., Religion in Child Custody and Visitation Cases: Presenting the Advantage of Religious Participation, Family Law Quarterly, Vol. 28, Num. 2/1994, str. 271. Tako je ocu dodeljeno roditeljsko pravo jer je majka, pripadnik Jehovinih svedoka, izjavila da u slučaju opasnosti po dete neće o tome obavestiti oca.

⁶⁹³ Potpuno suprotan stav od Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Hoffman* zauzeo je Apelacioni sud Nebraske u slučaju *Garett v Garret* 527 N.W.2d. 213 (Neb. Ct. Ap. 1995), navodeći da sud ne može odlučiti (samo) na osnovu hipotetičke buduće povrede deteta koja bi iziskivala medicinsku intervenciju, J. A. Drobac., For the Sake of Children: Court Consideration of Religion in Child Custody Cases, Stanford Law Review, Vol. 50/1998, str. 1654.

⁶⁹⁴ G. Van Bueren, The International Rights on the Rights of the Child, Hague, 1998, str. 79.

⁶⁹⁵ *Palau-Martinez v France*, predstava broj 64927/01, presuda od 16. decembra 2003. godine. Podnositeljka je francuska državljanka rođena 1963. godine, majka dvoje dece rođene 1984. i 1989. godine. Ona je nakon odlaska supruga iz porodičnog doma, 1994. godine, pokrenula brakorazvodni postupak. Sud je u septembru 1996. godine odredio zajedničko vršenje roditeljskog prava. Deca su imala prebivalište kod majke, a ocu je priznato pravo na kontakt sa decom. Tokom boravka dece za vreme školskog raspusta u leto 1997. godine kod oca, on je decu zadržao i upisao ih u lokalnu školu. Sud je u januaru 1998. godine izmenio prvobitnu odluku i dodelio vršenje roditeljskog prava ocu, dok je majka imala pravo na kontakt. Obrazloženje suda ogledalo se u tome da majka deluje suprotno interesima dece s obzirom na to da je ona pripadnik sekte Jehovini svedoci. Odluka je potvrđena od strane Vrhovnog suda u julu 2000. godine. Podnositeljka se žalila da je odluka da se ocu dodeli roditeljsko pravo na osnovu toga što je ona pripadnik sekte dovela do povrede prava na poštovanje porodičnog života.

Slično odluci Evropskog suda za ljudska prava u ovom slučaju, italijanski sudovi stoje na stanovištu da je sama pripadnost roditelja Jehoviniim svedocima protivna interesima deteta. Tako, "...samostalno vršenje roditeljskog prava treba dosuditi uvek kada roditelj ne može da omogućiti detetu vladajući obrazovni model koji garantuje detetu socijalizaciju, kao i sigurnost koja je neophodna za stabilan razvoj...dok pripadnost majke Jehoviniim svedocima očigledno destabilizuje dete i pruža detetu obrazovni model koji čini pravilnu socijalizaciju nemogućom..." O tome: Troiano Stefano, Parental Responsibility and Religious Education, International Journal of the Jurisprudence of the Family, Vol. 5/2014, str. 209.

⁶⁹⁶ G. Shannon, Child Law, Dublin, 2010, str. 100.

utvrdio da različit tretman nije imao opravdanja i da je kumulativno došlo do povrede člana 14 i člana 8 EKLJP.⁶⁹⁷ Mišljenja smo da religija roditelja može biti diskreditujuća okolnost samo ukoliko određeno versko opredeljenje roditelja štetno deluje na dobrobit deteta. Nepostojanje potencijalnog ugrožavanja interesa deteta ne treba da povlači dodeljivanje roditeljskog prava pozivanjem na religiju roditelja. Činjenica da je majka izjavila da će dozvoliti preduzimanje medicinske intervencije, kao i da će dete proslavljati verske praznike sa ocem, eliminiše postojanje potencijalne, apstraktne opasnosti po dete, samim tim i osnov da religija roditelja bude odlučujuća činjenica za dodeljivanje roditeljskog prava. Dodatno, nije postojala niti jedna okolnost koja ukazuje na već nastale štetne efekte po dete. U ovom slučaju nije postojala, niti apstraktna, niti konkretna opasnost religijskih uverenja po blagostanje deteta. U drugom slučaju, slično, nije dokazana niti jedna činjenica da religija majke negativno utiče, ili je već uticala, na dobrobit dece, te nije bilo osnova da se izmeni odluka o vršenju roditeljskog prava.

⁶⁹⁷ Videti slučaj, *Cosac v Romania*, predstavka broj 28129/05, presuda od 14. januara 2010. godine.

Zaključak

Religija usvojitelja nije i ne sme biti odlučujuća okolnost za omogućavanje usvojenja ili odbijanje zahteva usvojitelja. Religijski identitet deteta, ukoliko ono ima potrebnu zrelost da je takav identitet steklo, treba ceniti kao i druge okolnosti koje utiču na najbolji interes deteta u postupku usvojenja. Ako je dete odraslo u porodici u kojoj je formiralo određeni religijski identitet, ili je, pak, odgajano u religijskoj socijalnoj instituciji, obaveza socijalnih službi jeste da cene da li će dete u usvojiteljskoj porodici moći da razvija svoj religijski identitet. Ista pravila važe i ukoliko se dete daje na hraniteljstvo. Imajući u vidu da dete kod hraniteljstva ima pravo da održava lične odnose sa roditeljima, ako je ono vaspitavano u skladu sa određenom religijom, hranitelji treba da imaju obavezu da dete ili ne vaspitavaju u skladu sa svojim uverenjima, ako su ona različita od detetovih, ili da ga vaspitavaju u skladu sa dotadašnjim religijskim identitetom. Religijski identitet deteta uslovljen je uzrastom deteta, te što je ono starije to postoji mogućnost da je religija deo njegovog identiteta koji je potrebno razvijati i u novoj usvojiteljskoj ili hraniteljskoj porodici. Posebno se postavlja pitanje opšte podobnosti usvojitelja kada se kao usvojitelji javljaju osobe koje su pripadnici religijskih sekta (npr. Jehovini svedoci). Odbijanje podobnosti za usvojenje samo na osnovu religijskog opredeljenja usvojitelja povlačilo bi postojanje diskriminacije. Međutim, u ovim slučajevima bi, prema našem mišljenju, trebalo tražiti davanje prethodne saglasnosti usvojitelja da će u slučaju da detetu bude potrebna medicinska intervencija, roditelji (usvojitelji) dozvoliti preduzimanje intervencije i pored protivnosti takvih medicinskih intervencija sa religijskim pravilima. U suprotnom, zahtev za usvojenjem bi trebalo odbiti pozivanjem na suprotnost sa najboljim interesom deteta.

Uroš Novaković, PhD,
assistant professor, University of Belgrade, Law Faculty

RELIGIOUS CONVICTIONS OF THE ADOPTIVE PARENTS AND FOSTER PARENTS AS PERSONAL CHARACTERISTIC THROUGH PROTECTION OF THE CHILD WITHOUT PARENTAL RESPONSIBILITY

***Abstract:** Child adoption is the most complete form of the child protection without parental responsibility or a child with parental responsibility but the parents are not suitable or do not want to exercise parental responsibility. Modern family law has the imperative of neutrality in its operation. To grant parental responsibility, to decide on the right to contact, to decide on adoption, foster care, without reference to sex, age, material status, religion, nationality, citizenship, in short, without discrimination on any ground. Nevertheless, in a contemporary, secularized society, when assessing the best interest of a child in cases of granting parental responsibility, establishing adoption or foster care, the court could take into account the religious orientation of the parents, adopters, foster parents and the child.*

As modern adoption is viewed, first of all, from the perspective of the child and should be in his best interests, the child's previous (religious) upbringing may be important for his integration into the new adoptive family. Especially the religious beliefs of adoptive parents pose as an important issue in international adoptions. When social services assessing future adopters, they tend to have, as much as possible, similar emotional, physical, intellectual and cultural principles that match with the child's. Unlike past times, in contemporary period, religion and race have become an optional not the mandatory condition for the adoption. There is example from foreign jurisprudence that the court refused to permit the adoption of two Catholic children to Jewish foster parents who were raising them for three years, regarding there was suitable Catholic adoptive parents. Parents should be allowed, when placing the child in a social institution to decide whether a child on a foster care will be religiously nurtured or without religious education. The religion of adoptive parents is and should not be a decisive circumstance for enabling the adoption, neither for refusal of their request. The child's religious identity, if it has maturity to form it, should be estimated as well as other circumstances that affect on the best interests of the child in the process of adoption. If a child grew up in a family in which he formed a certain religious identity, or was raised in a religious social institution, the obligation of social

services is to evaluate whether a child in an adoptive family will be able to develop his or her religious identity.

Key words: *Adoption; Foster care; Religion; Religious convictions of the adopters; eligious convictions of the foster parents; Child's religion; Prohibition of discrimination.*

Д-р Михаил Малчев*

ПРАВОТО НА ЗАЧИТАНЕ НА СЕМЕЙНИЯ ЖИВОТ
СЪГЛАСНО ЧЛЕН 8 ОТ ЕВРОПЕЙСКАТА КОНВЕНЦИЯ
ЗА ЗАЩИТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА

УДК: 347.61/.64:[341.231.14:341.24 (4-672ЕУ)
Original research paper

Анстракт: Статията е посветена на защитата, която чл.8 от Европейската конвенция за защита правата на човека (ЕКПЧ) предвижда относно правото на семеен живот. Разпоредбата на чл. 8, § 1 ЕКПЧ прогласява четири права (неприкосновеност на личния живот, семейния живот, жилището и кореспонденция), всяко от които подлежи на автономно тълкуване. Това тълкуване дава отговор на важния въпрос за приложимостта на чл. 8 в конкретния случай, като определя дали посочените в жалбата до Европейския съд по правата на човека оплаквания попадат в приложното поле на чл. 8, § 1. За осъществяването на тази преценка е необходимо детайлно познание на съдържанието на понятието „семеен живот” според Конвенцията. Изясняването на понятието семеен живот се осъществява въз основа на анализ на практиката на Европейския съд по правата на човека. В тази насока детайлно са обсъдени проявите форми на правото на семеен живот. Посочени са някои от най-актуалните и дискуссионни въпроси от областта на семейното право в практика на Европейския съд по правата на човека. Специално внимание е обърнато на постановените решения от Съда по дела срещу Република България. Семейният живот е фундаментален аспект на личния живот. Специално внимание е отделено на защитата на правото на семеен живот. Тя се предоставя в случаи, когато има много близки лични връзки между участващите страни, като не е задължително страните да живеят заедно. Понятието за семейство се развива непрекъснато, а в последните 15 години то е значително разширено чрез съдебната практика на ЕСПЧ, който взема под внимание нарастващото многообразие на съвременните семейни форми и структури.

Ключови думи: Европейска конвенция за защита правата на човека, право на личен живот, право на семеен живот, защита на правото, нарушение на правото, съдебна практика.

I. Въведение

Член 8 (чл. 8) е един от най-важните членове от Европейската конвенция за защита правата на човека (по-нататък наричана ЕКПЧ; Конвенцията). Той има за цел да защитава лицата срещу всякакви своеволни действия от страна на държавните органи в областта на личния и семейния живот. Първият параграф съдържа основния принцип: „Всеки има право на неприкосновеност на личния и семейния си живот, на жилището и на тайната на кореспонденцията”. Вторият параграф определя границите на това право: „Намесата на държавните власти в упражняването на това право е недопустима, освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите”.

Не съществува изчерпателно определение на интересите и правата, защитени по чл. 8, поради което той може да се адаптира към променящите се социални и правни схващания. Член 8 е една от разпоредбите на Конвенцията с най-неограничен обхват. През годините той обхваща нарастващ брой въпроси и разпростира своята защита до много широк кръг от интереси:

Правото на зачитане на личния и семейния живот е свързано и с принципа, прогласен в чл.14 ЕКПЧ. При упражняването на правата и интересите, защитени по чл. 8, не е допустима никаква дискриминация. Различното третиране е равностойно на дискриминация, освен ако то няма обективно и разумно оправдание. Това е принципът, залегнал в чл. 14 от Конвенцията и чл. 1 от Протокол № 12 (2000). Член 14 гласи: „Упражняването на правата и свободите, изложени в тази Конвенция, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация, основана на пол, раса, цвят на кожата, език, религия, политически и[ли] други убеждения, национален или социален произход, принадлежност към национално малцинство, имущество, рождение или друг някакъв признак.” Съгласно чл. 1, § 1 от Протокола: „Упражняването на всяко право, предвидено в закона, следва да бъде осигурено без всякаква дискриминация, основана на пол, раса, цвят на кожата, език, религия, политически и други убеждения, национален или социален произход, принадлежност към национално малцинство, имущество, рождение или друг някакъв признак”.

Постановените решения на Европейския съд по правата на човека (по-нататък наричан ЕСПЧ; Съдът) относно чл. 8 разглеждат последователно два въпроса. Първият от тях се отнася до приложимостта на чл. 8, като се обсъжда дали оплакванията, посочвени в жалбата до ЕСПЧ, попадат в приложното поле на чл. 8, § 1. Положителният отговор

на първия въпрос е основание за изясняване на втория – осъществено ли е нарушение на чл. 8? При разглеждането на този въпрос Съдът извършва преценка имало ли е някаква намеса от страна на държавата и дали тази намеса е оправдана съгласно чл. 8, §2, респективно държавата имала ли е позитивно задължение, което да не е адекватно изпълнено?

Разпоредбата на чл. 8, § 1 ЕКПЧ прогласява четири права (неприкосновеност на личния живот, семеен живот, жилището и кореспонденция), всяко от които **поделжи на автономно тълкуване**. Това тълкуване дава отговор на важния въпрос за приложимостта на чл. 8 в конкретния случай, като определя дали посочените в жалбата до Европейския съд по правата на човека оплаквания попадат в приложното поле на чл. 8, § 1. За осъществяването на тази преценка е необходимо детайлно познание на съдържанието на понятието „семеен живот” според Конвенцията.

II. ПОНЯТИЕ И ПРИЛОЖНО ПОЛЕ НА СЕМЕЙНИЯ ЖИВОТ

Семейният живот е фундаментален аспект на личния живот. Защитата на семейния живот се предоставя в случаи, когато има много близки лични връзки между участващите страни, като не е задължително страните да живеят заедно. Понятието за семейство се развива непрекъснато, а в последните 10 години то е значително разширено чрез съдебната практика на ЕСПЧ, който взема под внимание нарастващото многообразие на съвременните семейни форми и структури. Не се допуска никаква разлика между деца, родени в или извън брака съгласно забраната на дискриминацията, уредена в чл. 14 от Конвенцията. Например в решението по делото Апауо с/у Германия, 2007г. Съдът е установил, че като не са допуснали контакти между биологичен баща и децата му, без да преценят дали контактите не са в интерес на децата, и прилагайки националния закон, според който право на лични контакти има само бащата, записан в акта за раждане, немските съдилища са се намесили неоправдано в правото на личен живот на биологичния баща в нарушение на чл. 8 от Конвенцията.

В съдебната практика на ЕСПЧ се наблюдава еволюция на понятието за семейство, като се разширява кръгът на отношения, определени като семейни. Отношенията, защитени като семеен живот, са следните:

- Женени и несемейни двойки, които живеят заедно, независимо от тяхната сексуална ориентация;
- Родители и деца, дори и да не живеят заедно;
- Баби и дядовци и внуци, дори и да не живеят заедно;

- Братя и сестри (деца или възрастни), дори и да не живеят заедно;
- Приемни родители и приемни деца, които живеят заедно;
- В случай на обикновена генетична връзка или при липса на генетична връзка, наличието на семеен живот следва да се оценява за всеки отделен случай.

Не е възможно да се изброят всички взаимоотношения, които съставляват семеен живот: това понятие „не се ограничава единствено до семействата, основани на брак, а може да обхване и други фактически отношения. Когато се решава дали за дадена връзка може да се каже, че е равностойна на семейство, могат да бъдат от значение редица фактори, включително дали двойката живее заедно, продължителността на връзката им и дали те са показали своята ангажираност един към друг като заедно създадат свои деца или направят това по друг начин (делото ХУ и Z с/у Обединеното кралство, 1997 г.). Така понятието семеен живот разширява своя обхват от женени двойки до неключили брак двойки. Показателни в тази насока са делото Johnston с/у Ирландия, 1986 г. (жалбоподателите, първият и вторият от които са живели заедно в продължение на около петнадесет години, поддържат, че представляват „семейство“ по смисъла на член 8) и делото Van der Heiden с/у Нидерландия, 2012 г., Голяма камара⁶⁹⁸. В решението по цитираното дело Съдът е заключил, че страните членки на Конвенцията имат широка свобода на преценка при взимането на решение дали дългогодишна партньорка на заподозрян в убийство има право да бъде освободена от задължението да свидетелства в наказателното производство.

Понятието семеен живот се разпростира от хетеросексуални двойки вече и по отношение на еднополови двойки. Дълго време обаче защитата за личен живот се предоставя само на еднополови двойки без деца. С оглед развитието на социалните нагласи към еднополовите двойки, които настъпват в много държави членки, Съдът приема, че е изкуствено да се поддържа становището, че, за разлика от една разнополова двойка, еднополовата двойка не може да се ползва от „семеиния живот“ по смисъла на член 8. Този възглед е застъпен в делото Schalk и Kopf с/у Австрия, 2010 г. В цитираното дело за връзката между жалбоподателите, съжителстваща еднополова двойка, живееща в стабилно фактическо партньорство, се приема, че попада в понятието „семеен живот“, точно толкова колкото и връзката на двойка от различен пол в същата ситуация.

Отношения между родители и деца, защитени като семеен живот, представляват както случаите на семейства с двама родители, така и случаите на семейства с един родител. Например по делото Giszczak с/у Полша, 2008г. съдът е постановил, че отказът на полските власти да

⁶⁹⁸ Вж. по-специално точка 50 от решението, където се съдържа доклад относно други прецеденти.

разрешат на лишен от свобода да посети умиращата си дъщеря в болницата и неадекватният им отговор на молбата му да присъства на погребението ѝ са в нарушение на правата му на личен и семеен живот. В същия смисъл е и постановеното решение по делото Boguslaw Krawczak с/у Полша, 2006г.⁶⁹⁹ Член 8 от Конвенцията не прави разграничение между „законно” и „незаконно” семейство. Такова разграничение няма да е в съзвучие с думата „всеки”, използвана в чл.8 §1. Нещо повече, това се потвърждава и от член 14, с неговата забрана, при упражняването на правата и свободите, залегнали в Конвенцията, на дискриминация, основана на „рождение”. Още през 1970 г. Комитетът на министрите на Съвета на Европа разглежда неомъжената жена и детето ѝ като форма на семейство, не по-малко ценна от другите, като приема Резолюция (70) 15 от 15 май 1970 г. относно социалната защита на неомъжените майки и техните деца). В тази насока е и възприето разрешение по делото Marckx с/у Белгия, 1979 г. В него съдът застъпва схващането, че „семеен живот” по смисъла на член 8 включва най-малко връзките между близки роднини, например тези между баби и дядовци и внуци, тъй като такива роднини могат да играят значителна роля в семейния живот.

Други де факто „семеини връзки”, когато са налице допълнителни елементи на зависимост, включващи нещо повече от емоционални връзки, също се включват в обхвата на член 8. За определянето на семейния характер на такава връзка трябва да се вземат предвид редица фактори, като продължителност на времето, през което въпросните лица са живели заедно, качеството на връзката и ролята на възрастния по отношение на детето. Например жалбоподателите по делото Moretti & Benedetti с/у Италия, 2010 г., които са приемни родители, са живели с детето по време на най-важните етапи на първите 19 месеца от живота му и то е било добре интегрирано в семейството, което насърчава социалното му развитие. Като взема предвид здравината на връзката, която се е развила между жалбоподателите и детето, Съдът приема в този случай, че тя е равностойна на семеен живот по смисъла на член 8.

За да попадне една връзка в предметния обхват на семейния живот, не е необходимо непременно съжителство, а от значение въпросът за качеството на връзката, което се преценява във всеки отделен случай. Понятието семеен живот, на което се базира член 8, включва, дори когато няма съжителство, връзката между родител и неговото/нейното дете, независимо от това дали последното е законно или не. Въпреки че връзката може да бъде нарушена от последващи събития, тя може да бъде прекъсната само при изключителни обстоятелства. Показателно в това

⁶⁹⁹ Съдът е приел, че немотивираните откази на затворническата администрация да позволи директни контакти между жалбоподателя – задържан под стража – и членовете на семейството му по време на посещения в затвора са в нарушение на правото на семеен живот. При тези посещения жалбоподателят е бил длъжен да контактува с близките си през пластмасова преграда и чрез телефон.

отношение е разрешението, дадено от Съда в делото *Boughanemi* с/у Франция, 1996 г., че нито късният характер на формалното признаване, нито твърдяното поведение на бащата на жалбоподателя по отношение на детето, съставляват обстоятелства, при които е нарушена връзката родител - дете. В постановеното решение по делото *Любенова* с/у България, 2011 г.⁷⁰⁰ Съдът е констатирал, че пропуски в българското законодателство

⁷⁰⁰ **Решението:** Позовавайки се на чл. 6, § 1 от Конвенцията жалбоподателката се оплаква от отказа на националните съдилища да разпоредят връщането на сина ѝ при нея от дома на родителите на съпруга ѝ. Тя твърди, че властите не са предприели необходимите мерки, за да улеснят събирането ѝ с малолетния ѝ син. Позовавайки се на чл. 14 във връзка с чл. 8 тя поддържа още, че е била обект на различно третиране от страна на властите. Съдът счита, че цялото оплакване следва да бъде разгледано в светлината на чл. 8 – право на неприкосновеност на личния и семейния живот. Съдът отбелязва, че Любенова е живяла заедно със сина си до септември 2000 г., а след това е била лишена от лични контакти с него за около осем години. Родителските ѝ права не са били ограничени по силата на съдебно решение, а заради действията на родителите на съпруга ѝ, които първоначално са общали временно да се грижат за детето, но след това са започнали да отказват на майката контакти с детето до 2008 г. През тези осем години бащата е живял постоянно в САЩ и не е упражнявал родителските си права. Съдът намира, че властите са били длъжни да предприемат необходимите действия, за да гарантират семейния живот на жалбоподателката такъв, какъвто той е бил до септември 2000 г. Любенова е потърсила за съдействие социалните служби и те са предприели стъпки за сдобряването на страните в спора, но усилията им са били безуспешни заради отношението на бабата и дядото. Съдът отбелязва, че социалните служби са могли да налагат глоби и така да осигурят изпълнението на дадените от тях задължителни предписания, но не са го направили. Властите не са обяснили по никакъв начин този пропуск. Съдът посочва, че е следвало да се предприемат активни действия, тъй като въпросът е бил неотложен, особено с оглед на факта, че към момента на раздялата на страните детето е било само на шест години и липсата на контакт е можело да увреди отношенията им. Съдът намира, че предприетите действия от страна на социалните служби не са били ефективни, така както изисква чл. 8. Любенова се е обърнала към районния съд, който е отсдил в нейна полза, но разпореждането му е било отменено по жалба на бабата и дядото от окръжния съд. Съдът признава, че целта на окръжния съд е била да се защитят правата и интересите на отсъстващия баща, който също е имал родителски права, и че неговото мнение нормално също е трябвало да бъде взето предвид. Според ЕСПЧ обаче е следвало да се отчетат и други обстоятелства при балансирането на интересите на заинтересованите лица (продължителното отсъствие на бащата и липсата от негова страна на поддържане на контакти, ясно изразеното желание на жалбоподателката да живее със сина си, фактът, че тя е имала работа и жилище, където да живеят и др.). Като е отказал на г-жа Любенова да уважи искането ѝ за връщането на сина ѝ с мотива, че не е взето предвид мнението на отсъстващия баща, националният съд е отнел възможността на жалбоподателката да осъществява ефективно своите родителски права. Съдът отбелязва, че когато само един от родителите е можел да упражнява ефективно родителските права поради продължително отсъствие на другия родител, такъв подход на националния съд не само застрашава интересите на този родител, който поема отговорността да отглежда детето, но и застрашава безопасността и благополучието на детето. Поради това ЕСПЧ приема, че решението на националния съд не е спазило справедливия баланс между интересите на двамата родители, както и между тези на детето и на родителите му. На следващо място, Съдът отбелязва, че националният съд не е обсъдил никакви аргументи, които да навеждат на съмнения относно качествата на жалбоподателката като родител или опасност за здравето и благополучието на детето, ако заживее с майка си, нито е обсъдено дали дядото и бабата могат да гарантират адекватна среда за развитието на детето. Дори да се приеме, че

и липса на ефективност от страна на социалните служби са причина майката да няма контакт със сина си в продължение на осем години, в нарушение на правото ѝ на личен и семеен живот по чл. 8 от Конвенцията. Сходен е разглежданият случай по делото *Zoltán Németh c/у* Унгария, 2005г., където властите не са действали своевременно, нито са положили някакви смислени усилия, за да позволят на жалбоподателя да се среща с малолетния си син, родителските права спрямо когото били упражнявани от майката. През годините те са толерирали незаконните действия на майката, макар да са били длъжни да ги предотвратят и Съдът е приел, че непривеждането в изпълнение на правото на жалбоподателя на контакт със сина му представлява нарушение на правото на зачитане на семейния му живот. Съдът не намира по делото *M. P. c/у* България, 2008г. нарушение на чл. 8 във връзка с установяването на контакти между дете и неговите баща и баба, тъй като властите са съдействали и са им осигурили възможности за контакти. Отношенията между родител и дете се прекратяват само при изключителни обстоятелства, като например осиновяване. По делото *Rytchenko c/у* Русия, 2004г. Съдът е счел, че лишаването на жалбоподателя от право на лични контакти с дъщеря му не е в нарушение на чл. 8 от Конвенцията, тъй като съдебното решение е било постановено в интерес на детето. Настаняването на дете за отглеждане обаче не прекъсва връзката на семейния живот (делото *W c/у* Обединеното кралство, 1987 г.). При настаняване на дете извън семейството държавите трябва да направят всички усилия, за да улеснят поддържането на лични отношения между него и родителите му, така че ако е възможно да се съберат отново. Това е заключил Съдът по делото *T. c/у* Чехия, 2011 г.

Взаимоотношения между роднини са защитени като семеен живот, независимо от възрастта на заинтересованите лица, дори те да не живеят заедно. В тази насока могат да бъдат посочени делото *Olsson c/у* Швеция, 1988 г., *Clemenо и др. c/у* Италия 2008 г. (роднински отношения между деца), делото *Boyle c/у* Обединеното кралство, 1994 г. (отношения между чичо и племенник) и делото *Voughanemi c/у* Франция, 1996 г. (роднински отношения между възрастни).

липсата на емоционална привързаност на детето към майката е била достатъчна, за да оправдае настаняването му при родителите на бащата, Съдът посочва, че в производството не са били защитени в достатъчна степен правата и интересите на Любенова. ЕСПЧ отбелязва, че никакъв срок не е бил определен в решението докога детето ще живее при бабата и дядото; никакъв режим на контакти не е бил определен за майката, която е успяла да види сина си едва при завръщането на бащата в България и получаването на неговото съгласие. Освен това поради пропуски в българското законодателство през разглеждания период е липсвала възможност за определяне на каквато и да било привременна мярка, с която да се установят контактите между майката и детето и да се противопоставят те на бабата и дядото, които са държали детето при тях без никакво решение на властите за това. Поради това ЕСПЧ приема, че властите не са изпълнили своите позитивни задължения да предприемат необходимите мерки за защита на семейния живот между жалбоподателката и сина ѝ. Съдът намира за явно необосновано твърдението на жалбоподателката по чл. 14, че решението на окръжния съд би било различно, ако искането бе предявено от бащата, а не от майката. По делото не е присъдено обезщетение, поради липса на заявено искане за такова.

В случаите на обикновена генетична връзка наличието на семеен живот следва да се преценява за всеки отделен казус. Например за такъв е признат случая по делото *Keegan c/y* Ирландия, 1994 г., по което родителите са нямали връзка по време на раждането на детето, но са съжителствали в продължение на 2 години преди и след зачеването, по което време Съдът приема, че връзката е носела отличителния белег семеен живот по смисъла на член 8. По делото *Тодорова c/y* Италия, 2009 г. близнаци, които не са правно признати от майка им, са обявени за отговарящи на условията за осиновяване 27 дни след раждането им, без да се изслушат аргументите на майка им. В този случай Съдът е преценил, че процедурата по осиновяване попречва на майката адекватно и ефективно да представи аргументите си, както и да защити правото си да води личен и семеен живот. По делото *I.S. c/y* Германия, 2008 г. се прави извод, че отказът на националните съдилища да разрешат контакти на жалбоподателката с децата ѝ, които е дала за осиновяване, е бил законен и е преследвал легитимната цел да защити правата и свободите на децата и на техните осиновители. Решението на германските власти да дадат превес на правата и интересите на семейството на осиновителите е било пропорционално на тази цел. По делото *Mennesson c/y* Франция, 2011 г. Съдът счита, че разбираемо е желанието на Франция да обезкуражи гражданите си да прибегват в чужбина до сурогатното майчинство, което тя забранява, но последиците от непризнаването на родството между така заченатите деца и родителите, уговорили сурогатното майчинство, засягат и самите деца, чийто най-добър интерес трябва да е водещ при взимането на решения, които ги касаят.⁷⁰¹

⁷⁰¹ Жалбоподателите се оплакват от нарушение на правото им на личен и семеен живот, гарантирано от чл. 8 от Конвенцията, поради отказа на френските власти да признаят родството между първите двама жалбоподатели, от една страна, и третата и четвъртата жалбоподателка, от друга, въпреки че това родство е законно признато в чужбина, и в ущърб на интереса на децата. Съдът приема, че е налице семеен живот, тъй като първите двама жалбоподатели отглеждат третата и четвъртата като родители от момента на раждането им и четиримата живеят заедно като семейство, както и че личният живот включва аспекти на социалната идентичност и има пряка връзка между личния живот на децата, родени при сурогатно майчинство, и юридическото установяване на родството, поради което чл. 8 е приложим. Относно правото на зачитане на семейния живот на жалбоподателите Съдът отбелязва, че наред с практическите трудности, с които семейството се сблъсква в ежедневието поради необходимостта да се представят американските удостоверения за раждане, третата и четвъртата жалбоподателки все още нямат френско гражданство. Вероятността да го получат като деца на първите двама жалбоподатели засега не е напълно изяснена, именно защото Франция отказва да признае родството между тях. Към това се прибавят и основателните притеснения на жалбоподателите за бъдещето в случай на смърт на първия жалбоподател или раздяла на родителите. При все това Съдът отбелязва, че жалбоподателите са се върнали във Франция скоро след раждането на децата, живеят заедно без спънки от страна на властите и не съществува риск да бъдат разделени в бъдеще. Националните съдилища са разгледали ситуацията им и са преценили, че практическите трудности, пред които са изправени, не надхвърлят границите, наложени от чл. 8 от Конвенцията. С оглед на това и на свободата на преценка на ответната държава Съдът приема, че е бил намерен справедлив баланс между засегнатите интереси. Относно правото на третата и четвъртата жалбоподателки на

Отсъствие на генетична връзка не изключва възможността за пораядането на отношения, защитени като семеен живот. Определящи за това са отново конкретните обстоятелства във всеки отделен случай. Съдът приема по делото X. Y и Z с/у Обединеното кралство, 1997 г., че отношенията между транссексуален мъж и дете, родено от съпругата на мъжа чрез изкуствено оплождане от донор, съставляват семеен живот.

III. Нарушение на правото на семеен живот по член 8 от Конвенцията

Съдът проверява дали е имало нарушение на чл. 8 ЕКПЧ, отговаряйки на следните въпроси:

- имало ли е някаква намеса?
- оправдана ли е такава намеса?
- държавата имала ли е позитивно задължение, което не е адекватно изпълнено?

В случаите когато има съмнения и за нарушение на чл. 14 от Конвенцията се отговаря и на въпроса имало ли е дискриминация, която се отнася до правата, защитени по чл. 8? Чл. 14 и чл. 1 от Протокол №

зачитане на личния им живот Съдът отбелязва, че всеки следва да може да установи подробностите около своята идентичност, включително и произхода си. Третата и четвъртата жалбоподателки обаче се намират в състояние на правна несигурност в това отношение. Макар и Франция да зачита признаването им за деца на първите двама жалбоподатели по калифорнийското право, с отказа си да придаде ефект на американското съдебно решение тя им отрича това качество в собствения си правов ред, което засяга идентичността им във френското общество. Има несигурност и относно признаването на гражданството им, което също е елемент от идентичността. Засегнати са и наследствените им права. „Разбираемо е желанието на Франция да обезкуражи гражданите си да прибягват в чужбина до метод за възпроизводство, който тя забранява на своята територия. От изложеното обаче следва, че последиците от непризнаването по френското право на родството между така заченатите деца и родителите, уговорили сурогатното майчинство, не се ограничават само до положението на родителите, избрали условията на възпроизводство, за които ги упрекуват френските власти. Те се разпростират и върху положението на самите деца, чието право на зачитане на личния живот се оказва чувствително засегнато. Следователно се поставя сериозен въпрос за съвместимостта на тази ситуация с техния най-добър интерес, чието зачитане трябва да е водещо при взимането на всички решения, които ги касаят. Този анализ придобива особена значимост когато, както е в настоящия случай, единият от уговорилите сурогатното майчинство родители е и биологичен родител на детето.” Френските власти не само отказват да признаят юридически биологичното бащинство на първия жалбоподател, но и съдебната практика отрича възможността за валидно припознаване или осиновяване в такива случаи. По този начин ответната държава е надхвърлила свободата си на преценка. Като се има предвид и тежестта, която следва да се придаде на интереса на децата при баланса на интересите в случая, Съдът заключава, че правото на третата и четвъртата жалбоподателки на зачитане на личния им живот, гарантирано от чл. 8 от Конвенцията, е нарушено.

12/2000 забраняват всякаква дискриминация. Нарушението на посочените разпоредби няма самостоятелно съществуване, тъй като се задейства единствено при засягане на правата и свободите, гарантирани от другите разпоредби от Конвенцията, като например чл. 8.

Държавата е длъжна да не се намесва в правото на зачитане на личния и семейния живот. При наличието на такава намеса, тя е допустима само ако това е оправдано съгласно чл. 8, § 2 от Конвенцията. Освен това държавата е длъжна да изпълнява своите позитивни задължения. Последните са залегнали в съдебната практика на ЕСПЧ и ще бъдат разгледани по-надолу. Намесата, нарушаването на позитивното задължение на държавата и дискриминацията трябва да се докажат от жалбоподателя. При доказването на дискриминацията всъщност се наблюдават определени специфики, на които ще бъде отделено специално внимание в посветения на нея модул.

Основанията за намеса съгласно чл. 8, § 2 ЕКПЧ

Намесата трябва да бъде в съответствие с действащото законодателство на съответната държава. За да бъде законосъобразна такава намеса, тя трябва да има правно основание, предвидено от закона по достатъчно ясен и прецизен начин и трябва да съдържа мерки за защита срещу произвол от публичен орган. Това представлява изискването за предвидимост. Намесата е необходимо също така да преследва легитимна цел в едно демократично общество. Тази цел е легитимна, когато е свързана с: националната сигурност, обществената сигурност, икономическото благосъстояние на страната; предотвратяване на безредици или престъпления; защита на здравето или морала; защита на правата и свободите на другите. Освен, че намесата трябва да отговаря на належаща обществена нужда, тя трябва да бъде също пропорционална на преследваната легитимна цел (делото *Olsson* с/у Швеция, 1988 г.).

Съгласно изискването за предвидимост всяко лице трябва да има обективна възможност да се запознае със съдържанието на закона, приложим в даден случай. Законът трябва да бъде достатъчно прецизен. Трябва да има мярка за защита срещу произволна намеса от страна на публичните власти, като, наред с другото, на правото на зачитане на семейния живот. Ако законът дава право на преценка, нейният обхват и начин на упражняване трябва да са посочени достатъчно ясно, за да се позволи тази защита. В този смисъл е постановеното в решението на съда по делото *Eriksson* с/у Швеция, 1989 г.

По делото Petrova с/у Латвия, 2005 г. Съдът посочва, че принципът на законността изисква държавите не само да спазват собствените си закони по предвидим и последователен начин, но и да осигурят юридически и практически условия за прилагането им. В случая не е ясно как се е осигурявало практическото функциониране на системата за презюмирано съгласие за използване на органи на починал близък за трансплантация, при положение че жалбоподателката не е била информирана кога и как може да упражни правото си на отказ. ЕСПЧ намира по делото Maric с/у Хърватска, 2012 г., че липсата на ясна нормативна уредба на начина, по който болницата следва да постъпи с тялото на мъртвородено дете, разкрива отсъствието на достатъчни правни гаранции срещу произвол.

Изискванията на чл. 8, трябва да бъдат съобразени при нормотворчеството на компетентните държавни органи, но също така и при постановяването на ненормативните актове от административните органи и окончателните решения от съдебни органи. Това е особено важно в някои области на правото, където държавните органи се ползват с широка свобода на преценка. Ето защо при прилагането на националния закон в тези случаи държавните органи трябва да имат предвид не само вътрешното му тълкуване, но и съответствието му с изискванията на Конвенцията. Важен пример от областта на семейното право са случаите с деца, настанени под обществени грижи. В тези случаи националните закони често се оспорват поради прекалената неяснота на обхвата и правомощията, предоставени на социалните служби да извеждат деца от техните семейства и да вземат решения за деца под обществени грижи, основно отнасящи се до отношенията с техните семейства. Този въпрос е поставен по делото Olsson с/у Швеция (№ 1), 1988 г. В контекста пък на международното отвлечане на деца е прието, че решенията за връщане на деца в тяхната държава по обичайно местопребиваване по Хагската конвенция от 1980 г. за гражданските аспекти на международното отвлечане на деца, преследват легитимна цел за защита на правата и свободите на детето и на напуснатия баща (делото Neulinger & Shuruk с/у Швейцария. (GC), 2010 г.; също делото Tiemann с/у Франция и Германия, 2000 г.).

Типичен пример за несъобразяването на съдебните органи със съдържанието и изискванията на чл.8 при правораздаването си е разгледан от Съда по делото Пенчеви с/у България, 2012 г.⁷⁰² Жалбата е свързана с

⁷⁰² По същество съдът отбелязва, че личния контакт между родителите е част от семейния живот и е защитен от чл.8 на ЕКПЧ. Съдът не пререшава дали спорът е правилно решен от националния съд, а преценява дали последният е извършил задълбочена преценка на цялостната семейна ситуация и на всеки един от факторите, касаещи физическото, емоционално, психологическо, материално и медицинско естество, и дали е направил балансирана и разумна преценка на интересите на всяка от страните, като отчита най-добрия интерес на детето. Преценката за нарушения по чл.8 от Конвенцията също обхваща

и продължителността на съдебните процедури. Съдът напомня, че по дела, касаещи събиране на дете с неговите родители, адекватността на мярката се преценява и с оглед на бързината на осъществяването ѝ, като такива случаи изискват бързо процедиране, тъй като времето може да окаже невъзстановими последици върху връзката между детето и родителя, с когото то не живее. По конкретния случай Съдът посочва, че първата съдебна процедура по разрешаване на детето да пътува е продължила 2 години и 2 месеца за трите инстанции и е приключила с отказ. Двете по-долни инстанции са разрешили на детето да пътува без разрешението на баща му, след задълбочен анализ на ситуацията в семейството и отчитайки, че пътуването ще бъде в интерес на детето. Третата, най-висша инстанция, е отхвърлила молбата, като се е позовала на константната си практика, че разрешение за неограничено пътуване на дете само с единия родител не може да се даде. Съдът посочва, че ВКС не е съобразил, че срещу бащата е имало издадена заповед за защита и че той практически не отглежда детето, въпреки че майката е в чужбина. Съдът не е съобразил факторите от психологическо, емоционално, материално и медицинско естество. Не са преценени качествата на майката и грижите, които е полагала за детето. Не е отчетено дали съществува действителен и конкретен риск за детето, ако то напусне страната с майка си. Пренебрегната е информацията, че детето е било добре адаптирано в детската градина при първоначалния си престой в Германия и че неговата майка може финансово да обезпечи адекватни условия на живот, както и че режимът на бащата на лични контакти с детето е определен по начин, който е съобразен с местоживеенето на детето при майката в чужбина.

Отделно от това, Съдът критикува формалистичния подход на ВКС, който е ограничил преценката на молбата само до вписаното в нея. Въпреки, че при представяне на доказателствата и по време на съдебните заседания жалбоподателката ясно е посочила, че иска да вземе детето при нея в Германия, където тя учи, касаещият съд е основал отказа си на техническата грешка, допусната от нея при подаване на молбата, и на пропуска ѝ да посочи в нея писмено Германия като държавата, до която се иска разрешаване на пътуването. На последно място, Съдът отчита голямата продължителност на съдебната процедура по разрешаване пътуването на детето – общо двете съдебни процедури са продължили 2 години и 9 месеца. Съобразявайки ниската възраст на детето и неговата привързаност към майка му, Съдът отбелязва, че делата е следвало да се гледат при отчитане на спешния характер на спора. Съдът посочва, че нито ГПК (след декември 2010 г.), нито СК от 2009 г., съдържат изискване за бързо разглеждане на молби в такъв вид производства. Времето, което е отнело на съда да се произнесе по молбите на майката, е оказало негативен ефект върху възможността на двамата жалбоподатели да живеят заедно и има принос към трудностите, които са преживели във връзка с това. Липсва задоволително обяснение за това забавяне. Дълготото фактическо разделяне на жалбоподателите не зачита техния семеен живот, тъй като здравословното и хармонично развитие на детето изискват постоянното участие на майката, която тя не е била в състояние да го осигури, а майката е следвало да преживее емоционалната тежест, че не може да полага ежедневни грижи за детето си. Приемайки, че има нарушение на чл.8 от ЕКПЧ, Съдът не обсъжда по същество по-нататък сочените от жалбоподателите нарушения и по чл.2 от Протокол № 4 (свобода на придвижване) и чл.6, ал.1 (право на справедлив съдебен процес в разумен срок) от Конвенцията. На молителите е присъдено обезщетение в размер на 7500 евро неимуществени вреди и 1101 евро имуществени вреди, ведно с разностите.

Това решение на ЕСПЧ е много важно за националната ни съдебна система, защото поставя необходимостта от преосмисляне на утвърдената задължителна практика на ВКС, на формализма в производствата по чл.127а от СК, на необходимостта тези производства да се разглеждат в най-кратки срокове. Пътуването на децата в чужбина – на екскурзия, на почивка, на гости на роднини, има ежедневен битов характер, на който продължителността на съдебното производство по чл.127а от СК не може да отговори. Често децата стават заложници на влошените отношения между техните родители и на практика биват лишени от възможността да пътуват, да се социализират, да опознават

отказа на Върховния касационен съд да даде заместващото си съгласие за пътуването на дете при майка си, на която са предоставени родителските права, но учи в чужбина. Проблемът според Съдът се дължи не толкова на несъвършенствата на националното законодателство, а преди всичко на неговото тълкуване и прилагане от националните съдилища, при което се използва формалистичен подход. Европейският съд отбелязва, че най-висшата съдебна инстанция е отказала да разреши пътуване до неограничен брой страни на жалбоподателите, позовавайки се на своята добре установена практика, съгласно която подобно разрешение е недопустимо. Това било така, защото въпросът бил принципен и бил свързан с най-добрия интерес на детето, а родителят, с когото то ще пътува, можел да го отведе в страна с рискови условия, където да бъде поставено в опасност неговото благосъстояние. ЕСПЧ констатира, че в своите мотиви ВКС въобще не е взел под внимание, че бащата е бил осъден за домашно насилие и е имал забрана да се доближава до детето и че във всички случаи, дори когато майката е учила в чужбина, той не е полагал грижи за него. При преценката на най-добрия интерес на детето най-висшата инстанция не е взела под внимание никакви обстоятелства от психологически, емоционален, медицински и материален характер. Тя не е направила преценка на качествата на жалбоподателката като майка и на способността ѝ да полага грижи за детето си. Нещо повече, ВКС въобще не е посочил дали съществува реален и специфичен риск за детето, ако то замине в чужбина.

От значение за преценката на обосноваността (легитимната цел) на намесата е принципът на пропорционалност. Съгласно този принцип: упражняването на правата на индивида трябва да се съобразява с обществените интереси, като следва да се постигне справедлив баланс между защитата на общите интереси и защитата на основните права на индивида. При преценката следва да се вземе предвид значението на засегнатото право в системата на Конвенцията, естеството на намесата и обществената потребност, наложила намесата. Колкото по-важно е правото, толкова по-убедителни причини се изискват, за да се оправдае намесата.

Свободата на преценка на държавите за допустимата намеса съгласно чл. 8, § 2 ЕКПЧ варира в зависимост от чувствителността на областта, която ще се разглежда, сходството в законодателството на договарящите държави и разнообразието от обичаи, политики и практики в рамките на договарящите държави. Например по делото *Buchs c/u Швейцария*, 2012 г., Съдът посочва, че в областта на упражняването на родителските права държавите имат широка свобода на преценка.

света. Време е и правната уредба да бъде преосмислена, за да може на практика действително да се осигури най-добрия интерес на децата.

Изключването на съвместното упражняване на родителските права в случаите, когато единият от родителите е против, попада в нейните рамки, като се има предвид и че в тази област отсъства консенсус между страните по Конвенцията.

В практиката на Съда се наблюдава еволюция в разбирането за свободата на преценка на договарящите държави. Поради техния пряк и продължителен контакт с обществените нагласи в техните държави, по принцип се счита, че държавните институции са в по-добра позиция от един международен съдия, който ще трябва да се произнася по чувствителността на областта, която ще се разглежда и по съответните обичаи, политики и практики. Но доктрината за свободата на преценка не дава на договарящите държави неограничени правомощия за преценка, тъй като съдът е отговорен за гарантиране спазването на задълженията на държавата по Конвенцията. Следователно за целите на чл. 8 ролята на Съда е да постанови окончателното решение за това дали една намеса в право по Конвенцията може да бъде оправдана по чл. 8, § 2. По този начин националната свобода на преценка върви „ръка за ръка“ с европейски надзор. Колкото повече са общите неща между законите на договарящите държави, толкова по-тясна е свободата на преценка на съответната държава. Когато е очевидна еднаквата практика, всяко отклонение от нея ще бъде трудно да се оправдае. В тази насока са постановените решения на Съда по делото *Mikulić c/у Хърватия*, 2002 г. (установяване на бащинство) и делото *Odièvre c/у Франция*, 2003г. По последното дело жалбоподателката се оплаква, че в своята правна система Франция не е успяла да гарантира зачитането на личния ѝ живот, като напълно изключва възможността за предявяване на иск за установяване на майчинство, ако физическата майка е поискала поверителност и най-вече забранява на Службата за благосъстоянието на децата или на всеки друг орган, който може да даде достъп до такава информация, да съобщава данни, с които майката може да се идентифицира. Съдът се произнася, че Франция не е превишила свободата на преценка, която е предоставена, с оглед на сложния и чувствителен характер на въпроса за достъпа до информация за произхода на едно лице – въпрос, който се отнася до правото да се знае личната история на човека, избора на естествените родители, съществуващите семейни връзки и осиновителите. Ето защо в случая няма нарушение на член 8.

ЕСПЧ позволява на държавите значителна свобода на преценка, когато се повдигнат нови морални или етични въпроси. С течение на времето обаче и поради по-големия консенсус, очертаващ се сред държавите, свободата на преценка ще става по-тясна. Това по-специално може да се види при третирането на транссексуалните. В тази връзка по делото *Goodwin c/у Обединеното кралство*, 2002г. се приема, че:

„[74] ... тъй като Конвенцията е първо и преди всичко система за защита на човешките права, Съдът трябва да вземе предвид променящите се условия в рамките на държавата-ответник и в рамките на договарящите се държави като цяло и да отговори, например, на всяка протичаща конвергенция по отношение на стандартите, които трябва да бъдат постигнати (виж, наред с други институции, решение по делото *Cossey*, стр. 14, § 35 и *Stafford c/y Обединеното кралство* [ГК], № 46295/99, решение от 28 май 2002 г., които са публикувани в ЕСПЧ 2002-, §§ 67-68). От решаващо значение е Конвенцията да се тълкува и прилага по начин, който превръща залегналите в нея права действителни и ефективни, а не теоретични и илюзорни. В случай че Съдът спре да поддържа динамичен и стимулиращ еволюцията подход, това наистина би довело до риска да се постави пречка пред дадена реформа или подобрене (вж. цитираното по-горе дело *Stafford c/y Обединеното кралство*, § 68). В настоящия контекст, Съдът на няколко пъти от 1986 г. насам дава знак за осъзнаването на сериозните проблеми, пред които са изправени транссексуалните и подчертава значението от запазването на необходимостта за разглеждане на подходящи законодателни мерки в тази област (вж. решението по делото *Rees*, § 47; решението по делото *Cossey*, § 42; решението по делото *Sheffield and Horsham*, § 60).

75. Поради това, Съдът предлага да се поглежда ситуацията и в рамките на, и извън договарящата държава, за да се оцени „в светлината на съвременните условия“ какво понастоящем е подходящото тълкуване и прилагане на Конвенцията (вж. решението по дело *Tyger c/y Обединеното кралство* от 25 април 1978 г., Серия А, № 26, § 31 и последващата съдебна практика).

[90] ... В двадесет и първи век правото на транссексуалните на личностно развитие и в пълния смисъл на физическа и морална сигурност, с която се ползват другите в обществото, не може да се разглежда като спорен въпрос, изискващ с течение на времето да се хвърли по-ясна светлина върху съществуващите проблеми.”

ПОЗИТИВНИТЕ ЗАДЪЛЖЕНИЯ НА ДЪРЖАВАТА

Държавата е длъжна да осигури ефективна защита на личния и семейния живот като гарантира подходящи мерки за привеждане в действие на правото на неприкосновеност на личния живот, а също и определено юридическо признаване на отношения, които могат да се разглеждат като „семеен живот”.

Въпреки че основният предмет на член 8 е да защитава индивида срещу неоправдана намеса от страна на публичните власти, той не само

принуждава държавата да се въздържа от такава намеса. В допълнение към това основно негативно задължение, може да има и положителни задължения, присъщи на ефективното „зачитане“ на семейния живот. Тези задължения могат да включват приемането на мерки, предназначени да осигурят зачитане на семейния живот, дори и в сферата на отношенията между индивидите, включително както въвеждането на регулаторна рамка за съдебната и правоприлагащата система, защитаваща индивидуалните права, така и за предприемане, когато е подходящо, на специфични стъпки. Докато границите между позитивните и негативните задължения на държавата по чл. 8 не се поддават на точно определение, приложимите принципи са сходни. По-специално, и в двата контекста трябва да се има предвид справедливия баланс, който трябва да бъде постигнат между конкуриращите се интереси на индивида и на обществото като цяло, и в двата контекста на държавата е признато, че се ползва с определена свобода на преценка. Така в решението си по делото Милева и др. с/у България, 2004г.⁷⁰³ Съдът констатира, че неприемането на подходящи

⁷⁰³ **Фактите по делото:** Жалбоподателите са 2 сестри – Милеви и тричленно семейство – Евтимови, които живеели на първия етаж в жилищен блок. През 2002 г. апартамент на партера под техните жилища се трансформирал в компютърен клуб, оборудван с 46 компютъра. Той работел денонощно, в него често се събирали лица, които вдигали силен шум, често употребявали алкохол и понякога чупели входната врата на сградата. В резултат на причиняваното безпокойство здравето на г-жа Милева силно се влошило и се наложило хоспитализирането ѝ, като проблемите със здравето ѝ утихнали след като през 2004 г. Милеви продали апартаментата си и се преместили да живеят другаде. През 2002 г. общото събрание на етажната собственост решило да не се допускат търговски обекти в блока и клубът да спре да функционира. Били подавани неколкократно жалби до полицията, но без ефект. Същата година жалбоподателите поискали от кмета да закрие клуба. След проверка на експерти било установено, че той работи незаконно и била сигнализирана Регионалната дирекция за национален строителен контрол (РДНСК). След пореден сигнал на жалбоподателите през 2002 г. РДНСК забранила ползването на клуба, тъй като работел без разрешение, в нарушение на съответните разпоредби на Закона за устройството на територията и постановила да бъде прекъснато подаването на електричество и вода към имота. Собственикът на апартаментата, в който се помещавал клуба, обжалвал решението на РДНСК пред съда с искане като привременна мярка да бъде спряно изпълнението му. Съдът постановил спиране на изпълнението, защото намерил, че не били налице условията за допускане на изпълнение на невязъл в сила административен акт. Това производство продължило до септември 2004 г., когато собственикът на апартаментата оттеглил жалбата си, защото междуременно през ноември 2003 г. вече бил получил разрешение за функционирането на клуба. Обектът бил трансформиран в клуб за електронни игри, съборени били вътрешни стени, инсталирани били високоволтови кабели и прозорците били сменени. Милеви се оплакали, без успех, пред властите заради вдигания шум от ремонтните дейности. През 2002 г. друг апартамент, съседен на Милеви, започнал да функционира като офис. Милеви се оплакали на властите, че от офиса се чувало силно звънене на телефони, разговори на висок тон, преместване на мебели и блъскане на врати, но при проверки на РДНСК експертите не били допуснати вътре и очевидно жилището продължило да бъде използвано за офис.

мерки от държавата, за да бъдат предпазени жалбоподателите от причиненото им безпокойство заради функционирането на незаконен компютърен клуб на партера в жилищния им блок, представлява неизпълнение на позитивните задължения на държавата за зачитане на личния живот в нарушение на чл. 8 от Конвенцията. Съдът по делото *Ostase c/y Румъния*, 2005 г. приема, че като не са допуснали възобновяване на производството по иска за установяване на бащинството на жалбоподателя, въпреки наличието на извънсъдебна експертиза, доказваща липсата на биологична връзка, и въпреки че всички заинтересовани са били положително настроени към установяването на биологичната истина, властите не са осигурили **справедлив баланс между засегнатите интереси.**

Решението: За Съда самият факт, че трансформирането на апартамент в търговски обект е незаконно, не е достатъчен, за да се намери нарушение на чл. 8. Той преценява дали причиненото безпокойство е достигнало онзи праг на суровост, при който да съставлява намеса в правото на зачитане на личния и семейния живот и на дома на жалбоподателите. Съдът посочва няколко критерия, на които се основава – интензитет и продължителност на безпокойството, неговото физическо или психическо влияние върху лицата, общият му контекст и дали причинената вреда е пренебрежима в сравнение с вредностите на средата, присъщи на живота в съвременния град. Прилагайки тези критерии и позовавайки се на практика по подобни дела, Съдът решава да разгледа отделно случаите с компютърния клуб, клуба за електронни игри и офиса. Съдът смята, че безпокойството, причинено от офиса, не е достатъчно, за да се приложи чл. 8, понеже не приема, че шумът от него по правило е надвишавал този в жилищен блок в града и всякакви неудобства се ограничават в рамките на работните часове. По същия начин Съдът не намира и шумът от извършваните ремонти в клуба за електронни игри за ангажиращ приложението на чл. 8. По отношение на компютърния клуб обаче Съдът е убеден, че причиненото безпокойство и неговият интензитет са се отразили на неприкосновеността на личния и семейния живот, както и на жилището на жалбоподателите по такъв начин, който изисква от властите да предприемат мерки за тяхната защита. Съдът отчита, че въпреки многобройните подадени оплаквания до властите, които са установили, че клубът действа без необходимото разрешение, полицията и общинската власт не са предприели ефективни мерки за осигуряване на спокойствието на лицата, които живеят в същата сграда, или не са упражнили правомощията си, за да проверят дали шумът е бил в нарушение на наредбите за обществения ред. Освен това забраната за ползването на клуба, наложена от РДНСК, е останала без никакъв ефект поради спирането на изпълнението на заповедта на два пъти от съда. Според ЕСПЧ държавата не е проявила дължимата грижа при справяне с проблема и не е отчела адекватно конкуриращите се интереси, следователно не е упражнила позитивното си задължение да осигури на жалбоподателите правото на зачитане на личния и семейния им живот и дома им. Съдът присъжда общо 34 000 евро обезщетение за неимуществени вреди – по 7000 на двете сестри Милеви, по 6000 на съпрузите Евтимови и 8000 евро на дъщеря им, която имала малко дете, както и общо 4000 евро разноски.

Наличието на позитивни задължения е приемано в различни контексти: физическа, психологическа и морална неприкосновеност и идентичност, сексуална идентичност, информация за семейния произход, производства във връзка с бащинство, семейни връзки. Съдът например преценява по делото *Nämäläinen c/y* Финландия, 2009 г., че финландската система, според която на лице в брак, променило пола си, може да се даде съответстващ на новия му пол идентификационен номер само ако бракът бъде прекратен или трансформиран в регистрирано партньорство, не нарушава позитивните задължения на държавата по чл. 8 от Конвенцията. По делото *Gaskin c/y* Обединеното кралство, 1989 г. Съдът е счел, че е нарушена физическа и психологическа неприкосновеност на жалбоподателя, който като дете е бил настанен в приемно семейство, след като не е осигурена възможност да му се предостави безпрепятствен достъп до документите по неговия случай. По делото *X & Y c/y* Нидерландия, 1985 г. е установено нарушение, изразяващо се в невъзможност на 16-годишно момиче с умствени увреждания да заведе наказателно дело срещу извършителя на сексуално насилие. Друг пример за неизпълнение на позитивно задължение по член 8 е случаят по делото *Mikulić c/y* Хърватия, 2002 г., по което е констатирана липса на средства за принуждаване на предполагаемия баща да се съобрази със съдебна заповед и да се подложи на ДНК тестове, за да се установи бащинство. По делото *Krušković c/y* Хърватска, 2008 г. Съдът приема, че липсата на ефективно правно средство за поставен под запрещение мъж да установи, че е баща на детето си, е в нарушение на правото на зачитане на личния и семейния живот.

Като позитивното задължение за запазване на семейния живот се възприема също задължението на държавата да предприема мерки за събирането на родител с детето му (делото *Ignaccolo-Zenide c/y* Румъния, 2000 г.). Следва да се има предвид обаче, че задължението на националните власти да предприемат мерки за улесняване на събирането не е абсолютно. Естеството и обхвата на тези мерки ще зависят от обстоятелствата при всеки отделен случай, но разбирането и сътрудничеството на всички заинтересовани страни винаги са важна съставка.

Позитивни задължения представляват също така предвиждането на адекватни санкции, за да се гарантира съответствие с решение, разпореждащо незабавното връщане на отвлечени деца (делото *Maire c/y* Португалия, 2003 г.) и гаранции за изпълнението на съдебно решение за попечителство (делото *Vajrami c/y* Албания, 2006 г.). Освен това за позитивно задължение се смята осигуряването на изпълнение на уговорен режим на лични контакти (делото *Eberhard and M. c/y* Словения, 2009 г. и делото *Siemianowski c/y* Полша, 2005 г.) и предприемането на мерки за улесняване на контакта на родителя, който не упражнява родителските права, с децата след развод (делото *Zawadka c/y* Полша, 2005 г.) При последните случаи следва да се отчита обаче, че задължението не е абсолютно, а от определящо значение е дали властите са предприели всички необходими мерки за улесняване на контакта, каквито могат разумно да се изискват съобразно особените обстоятелства при всеки отделен случай.

Случаи на нарушение на член 14 от Конвенцията във връзка с член 8

Няма място за прилагане на чл. 14, освен ако фактите по делото не попадат в приложното поле на една или няколко от разпоредбите на Конвенцията. Прилагането на чл. 14 не предполага нарушаване на една или повече от тези разпоредби от Конвенцията, а само неравноправно третиране на права, признати от нея. Само до тази степен той е автономен. Разликата в третирането е дискриминационна, в случай че няма обективно и разумно оправдание, което е, ако не се преследва легитимна цел или ако не съществува разумна връзка на пропорционалност между използваните средства и целта, която се преследва. Освен това, много сериозни причини ще трябва да се посочат пред Съда, за да може да се счита, че разлика в третирането, основана единствено на основание на пола, е съвместима с Конвенцията. По същия начин различията, основани на сексуална ориентация, изискват особено сериозни причини като основание. Показателно в това отношение е постановеното решение по делото *Karner c/y Австрия*, 2003 г., в което Съдът приема, че невъзможността на преживелия партньор от еднополова двойка да наследи наемно правоотношение е довела до нарушение на член 14 от Конвенцията във връзка с член 8. Пример за установена дискриминация на основание смейно положение е постановеното решение по дело *Петров c/y България*, 2008г.⁷⁰⁴, а за установена такава на въз основа на качеството на баща на лицето е постановеното решение по дело *Weller c/y Унгария*, 2009г.⁷⁰⁵

⁷⁰⁴ Делото *Петров срещу България* се отнася до установената в място за лишаване от свобода практика на семейните лишени от свобода да се позволява да телефонират на съпругите си два пъти месечно. Жалбоподателят е живял с партньорката си в продължение на четири години и е имал дете от нея, преди да бъде задържан. Според решението на ЕСПЧ, въпреки че бракът има специален статут, за целите на правилата относно общуването по телефона жалбоподателят, който е изградил семейство с траен партньор, е в сравнимо положение със семейните двойки. ЕСПЧ е изтъкнал, че „въпреки че държавите страни по конвенцията разполагат с определена свобода на преценка да третират по различен начин семейните и несемейните двойки в областите например на данъчното облагане, общественото осигуряване или социалната политика [...], не е ясно защо семейните и несемейните партньори, които имат устойчив семеен живот, следва да бъдат третирани по различен начин по отношение на възможността да поддържат контакти по телефона, когато един от тях е лишен от свобода“. На горното основание ЕСПЧ е заключил, че дискриминацията е необоснована.

⁷⁰⁵ По делото *Weller срещу Унгария* румънска гражданка е встъпила в брак с унгарски гражданин и двойката има четири деца. На жалбоподателката е било отказана помощ при майчинство, изплащана след раждането на основание на факта, че тя не е унгарска гражданка. Нейният съпруг е направил опит да кандидатства пред администрацията за отпускане на помощта, но му е било отказано с довода, че тази помощ се изплаща само на майките. ЕСПЧ е установил наличие на дискриминация срещу лицето на основание на качеството му на баща (вместо пол), тъй като мъжете осиновители или настойници имат право на тази помощ, докато биологичните бащи нямат това право. Децата на двойката също са подали жалба за наличие на дискриминация на основание на отказа за изплащане

Mihail Machev, PhD

Assistant, Faculty of Law, University St. Klement Ohridski, Sofia

The right of referring family life under article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights (ECHR)

Abstract: *The article refers to the protection provided by Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) on the right to family life. The provision of Art. 8, § 1 ECHR proclaims four rights (privacy, family life, housing and correspondence), each of which is divided into autonomous interpretation. This interpretation gives an answer to the important issue of the applicability of Art. 8 in the present case, by determining whether the complaints referred to in the Complaint to the European Court of Human Rights fall within the scope of Art. 8, § 1. In order to carry out this assessment, a detailed understanding of the content of the concept of "family life" under the Convention is necessary. The clarification of the concept of family life is based on an analysis of the case law of the European Court of Human Rights. In this respect, the manifest forms of the right to family life are discussed in detail. Some of the most up-to-date and controversial issues of family law in the European Court of Human Rights are highlighted. Special attention was paid to the rulings given by the Court in cases against the Republic of Bulgaria. Family life is a fundamental aspect of privacy. Special attention is paid to the protection of the right to family life. It is provided in cases where there are very close personal ties between the parties involved, with the parties not necessarily living together. The concept of a family evolves continuously, and in the last 15 years it has been considerably expanded through ECHR jurisprudence, which takes into account the growing diversity of modern family forms and structures.*

Key words: *European Convention for the Protection of Human Rights, the right to privacy, the right to family life, the protection of the right, the violation of the law, the case-law.*

на обезщетението на баща им, която ЕСПЧ е уважил. От това следва, че децата са били подложени на дискриминация на основание на факта, че техният баща е биологичен родител.

ЕКОНОМСКАТА КРИЗА И НОВИОТ ТРГОВСКИ ПОРЕДОК – ПРАВНА АНАЛИЗА

УДК: 339.9:34 (100)
Original research paper

Абстракт: Воспоставените меѓународни економски односи се пред сериозен тест на новите тенденции кои ги нарушуваат досегашните практики на економско обединување и интензивна соработка, како и сфаќањата за триумф на економскиот либерализам во однос на протекционизмот. Новите трендови кои се јавуваат во глобални рамки се предизвик и за постојната правна и институционална рамка која се однесува на меѓународната трговија и воопшто на меѓународните економски односи. Трудот претставува скроман обид да се објаснат причините за глобалната криза во развиените економии како и да се лоцираат главните причини зошто се појавија силни противења на воспоставениот економски поредок кој изминатите повеќе од триесет години ја промовираше глобализацијата како успешен проект кој ќе донесе економски напредок и подобар живот за сите. Правото, како регулатор и заштитник на воспоставените трговски практики е исто така пред сериозен тест а многу промени во трговските односи ќе бидат причина за воспоставување на нови правни правила кои се во голема мера различни од досегашниот, со децении воспоставуван систем. Разните форми на економски интеграции како регионални така и глобални се производ на меѓународни договори кои ќе бидат предмет на повторно разгледување. Економските односи се еден од најважните столбови на целокупниот општествен поредок. Секоја промена на економската доктрина нужно ќе значи и промена на бројни општествени принципи кои се воспоставувани со децении. Малите држави ги следат правилата на игра на големите. Тие се занемарлив фактор при утврдувањето на правилата но, нивната предност е што можат, за разлика од големите, бргу да се прилагодат на новите услови а со тоа да го извечат најдоброто за своите граѓани.

Вовед

Велат дека ако не може да се даде одговор на одредено прашање тогаш треба да се следи патот на парите. Економијата, финансиите колку и да изгледаат сложени и неразбирливи во сушина се сведуваат на трговија. Кој доминира во светската економија е клучно прашање за решението на многу дилеми поврзани со човековите права и нивната ефикасна заштита. Економската доминација повлекува и културна, социјална, правна и секаква друга доминација. Тоа е целосен извоз на вредности кои светот ги прифаќа. Досега важеше како неспорно правилото дека пазарната економија и промоцијата на слободната трговија значат и промоција на демократија и заштита на демократските вредности вклучително и на човековите права.

Изминатите повеќе од 40 години живееме во ера на либерализам и глобализација. Базирана на класичниот модел на меѓународна трговија⁷⁰⁶, добро познатите тези на моделот на Адам Смит и моделот на Рикардо кои безусловно ја фаворизираа позитивната улога на слободната трговија која им носи бенефит на сите, размената на стоки и услуги се најде високо на агендите на државите. Како резултат на тоа волуменот на трговија во светски рамки доживеа извонредна експанзија. Така, во 1973 година светскиот извоз порасна 500% во споредба со нивото од 1950 додека во 1989 нивото на извозот беше 1000% повисок од она во 1950 година. Сепак, најголемиот скок се случува помеѓу 1990 година и 2007 година во кој период светскиот извоз двојно се зголемува.

Подобрата и полесна комуникација и подобра инфраструктура но и разните форми на регионални интеграции, ЕУ на пример, и други билатерални договори придонесоа за укинување на бариерите во трговијата. Правото е во центарот на овој процес. Преку разните мултилатерални договори и преку пресудите на судовите кој имаат задача да го имплементираат договореното.

Значи неспорно е дека трговијата и либералниот модел кој се залага за што послободна размена на стоки и услуги носи бенефит за компаниите и граѓаните. Фирмите имаат поголеми пазари што значи поголем обем на производство кое ги намалува фиксните трошоци додека поединците имаат поголем избор и пониски цени на производите.

Но, прашањето кое логично се поставува е зошто по скоро половина век фаворизирање на слободната трговија, а во поново време на глобализацијата, водечката досегашна светска сила во економијата и воена велесила САД се одлучи за полукружно свртување во овој процес. Нејзиниот пример допрва ќе се следи, како што е случај со Велика Британија. Влегуваме во една нова ера целосно спротивна од она што беше

⁷⁰⁶ Steven Husted, Michael Melvin, International Economics, 9th edition, Pearson, 2013, стр. 7

досегашна пракса, период кој ќе значи рedefинирање на постојните трговски односи, а со тоа и рedefинирање на целокупната правна рамка која ги дефинира како и институционална мрежа која е задолжена за нејзина имплементација.

Малите држави се неважен фактор во процесот на утврдување на глобалните економски односи. Тие ги прифаќаат правилата на игра што ќе бидат воспоставени од големите економски и воени сили. Но сепак, малите држави имаат и определена предност во однос на големите економии. Тие лесно можат да се прилагодат на нови околности и побрзо да го најдат своето место во новиот економски поредок.

Прашањето кое логично се поставува е зошто дојдовме во ситуација да главните актери на меѓународната економска сцена и го вртат грбот на слободната трговија и која е улогата на правото во овој процес? Трудот има за цел да ги презентира актуелните состојби во светската трговија (I) како и да ги разгледа актуелните прашања поврзани со глобалните трговски односи (II). На крајот следува заклучок.

1. Учеството на најсилните светски економии во глобалната размена. Кој добива, а кој губи?

Во трговијата земјите се поставуваат онака како што најмногу им одговара на нивните економии и на некој начин се борат за што подобро место во глобалната размена. Во последно време скоро сите земји поставија иста трговска стратегија според која гланата цел е да се остваруваат трговски вишоци или суфицит на трговската сметка. Иако мнозинството на држави ја имаат како цел, ваквата стратегија е невозможно да се оствари од сите економии во исто време. Така, преку успешно спроведената т.н. меркантилистичка стратегија едни земји имаат постојан суфицит додека другите бележат постојан дефицит во трговската размена. На тој начин едни држави постојано се добитници додека други се постојани губитници во трговијата. Ваквиот тренд е неодржлив на долг рок.

Доколку погледнеме каква е состојбата на трговскиот баланс и кои се земјите кои остваруваат суфицит а кои дефицит многу работи и неодамнешни одлуки ќе добијат смисла.

Табела 1. Трговски биланс на одредени економии, милијарди долари, 2015

САД	-762.565	Кина	566.997
Обединето Кралство	-192.969	Германија	291.826
Турција	-48.154	Русија	148.512
Франција	-27.033	Ирска	122.606
Шпанија	-24.700	Јужна Кореа	120.290
Хонг Конг	-22.819	Холандија	84.530
Филипини	-21.698	Сингапур	82.524
Австралија	-19.312	Италија	58.921
Грција	-19.118	Швајцарија	55.786
Алжир	-17.841	Катар	48.798

Извор: data.imf.org

Податоците објаснуват зошто во САД победи кандидат кој се залага за протекционизам и зошто во Обединетото кралство победи истата опција. Оној кој ги анализираше овие податоци подолго време не е изненаден од политичкиот избор на граѓаните на овие земји. Неодамнешните избори во Франција се потврда за протекционистичкото расположение на граѓаните. Франција отсекогаш била моторот на евро интеграциите кои имаат повеќе од економска улога. Фактот што во оваа земја која е еден од столбовите на обединета Европа има повеќе од 11 милиони луѓе што сакаат да ја напуштат ЕУ е сериозен показател за сериозноста на моментот во кој живееме и за деструктивната моќ на нерамномерната трговска размена. Резултатите на трговската размена на Франција се поразителни и уште поалармантно е тоа што секоја година ситуацијата е полоша. Француската економија бележи дебел минус со сите значајни партнери во ЕУ. Последните податоци кои ја сумираат трговската размена во периодот август 2016 - август 2017 покажуваат зголемување на дефицитот трговијата од 50%⁷⁰⁷. Тоа е постојан одлив на финансиски средства што земјата не ќе може да го издржи на долг рок.

⁷⁰⁷Види: Le monde, La reprise économique fait plonger le commerce extérieur, 9.8.2017, достапно на:

Еве и објасување и зошто Велика Британија се одлучи да ја напушти ЕУ. Имено, во надворешно-трговската размена постои голем дефицит со сите позначајни трговски партнери, особено со Кина и најголемите економии во ЕУ. Тоа објаснува зошто граѓаните на оваа држава гласаа за излез од ЕУ.

Табела 2. Обединето Кралство: Увоз и извоз на стоки во милиони УС долари 2016

	Увоз	Извоз
Германија	86.544.87	43.834.68
САД	59.272.74	60.684.14
Кина	58.850.63	18.020.27
Холандија	46.385.51	25.544.47
Франција	33.265.70	26.256.33
Белгија	31.364.75	15.757.49
Италија	23.261.90	13.117.86

Извор: data.imf.org

Ситуацијата е комплетно различна во Германија, таму традиционалните партии се сеуште многу популарни и нема најави за сериозни промени на политиката на Германија по однос на слободната трговија и потребата таа да се поддржи. Германија е втор најголем светски нето извозник и остварува суфицит со сите земји членки на ЕУ. Последните податоци за 2016 покажуваат рекорден успех на Германската економија во трговијата со остварен суфицит од над 250 милијарди⁷⁰⁸. Ретки се земјите кои имаат суфицит во размената со Германија. Република Македонија е пример каде Германија остварува дефицит.

Постојат и аргументи кои одат во прилог на тврдењето дека трговскиот биланс не е единствениот показател што треба да се анализира.

http://www.lemonde.fr/economie/article/2017/08/09/la-reprise-economique-fait-plonger-le-commerce-exterieur_5170461_3234.html

⁷⁰⁸Види: Le monde, Les excédents allemands, boulet pour Merkel ?, 9.8.2017, достапно на: http://www.lemonde.fr/europe/article/2017/08/08/les-excedents-allemands-boulet-pour-merkel_5169837_3214.html

Постојат и други трансакции кои надвор од трговската размана кои би ја подобриле економската слика на државата, како инвестициите на пример, што би значело дека треба да се анализираат и вкупните парични текови. Сепак, за жал, и кога ја анализираме состојбата на тековната сметка на водечките светски економии состојбата е иста.

Табела 3. Суфицит и дефицит на тековна сметка, милијарди УС долари 2015

Кина	330.6	САД	-463.0
Германија	280.0	Обединетото Кралство	-122.6
Јапонија	134.1	Бразил	-58.9
Кореа	95.7	Австралија	-58.0
Швајцарија	70.6	Саудиска Арабија	-56.7
Русија	25.0	Канада	-53.1
Холандија	64.8	Мексико	-33.3
Сингапур	53.8	Турција	-32.1
Норвешка	33.7	Алжир	-27.2

Извор: data.imf.org

Она што анализата на светските трговски текови неспорно го покажува е извонредниот пораст на учеството на азиските земји во светската трговија особено нивното учество како нето извозници. Извозот од Азија во 2010 е 235 пати повисок отколку извозот во 1965 година. Учеството на извозот од азиски земји во вкупниот извоз порасна од 12% во 32% за 46 години.

Додека Азиските земји бележат раст на вредноста на извозот и неговото учество во светската трговија позицијата на Јужна Америка и Африка е целосно спротивна. Едниот падна од 7% на 4% додека вторите од 5% на 3%. Извозот на Северна Америка бележи пад во овој период од 20% на 13%.

Кина е моментално најсилната извозна сила на која припаѓа повеќе од 10% од светскиот извоз. Нејзиниот извоз скокна од скоро 0 во 1985 до 2,5% во 1995 од кога бележи вртоглав раст.

Неспорен е фактот за голема разлика помеѓу развиените држави во оглед на бенефитите од трговијата. Ваквото трговско устројство е неодржливо на долг рок. Промените се започнати и истите ќе бидат дел од нови правни правила преточени во некои идни меѓународни договори. Она што според многумина е главната причина за трговскиот дисбаланс, а тоа е правото односно правната рамка на меѓународната трговија, ќе биде и решение за постојните проблеми.

2. Правните прашања поврзани со светската трговија

Уште од најдалечното минато трговијата е следена од регулација односно воведување на разни давачки при увозот, извозот или транзитот на определени стоки и услуги. Иако на прв поглед изгледа дека воведувањето на царините има пред се' фискална функција односно треба да обезбеди финансиски средства за реализација на јавните расходи сепак, царината има една уште поважна функција а тоа е да ја заштити домашната економија од конкурентски производи и услуги. Од една страна, преку царините за заштитуваат домашните производители, но од друга страна потрошувалите плаќаат посклапи или купуваат понеквалитетни производи. Како што беше погоре објаснето, досегашниот систем беше поставен со цел промоција на трговијата и укинување на разните трговски бариери како фискални така и нефискални. Затоа, преку механизмот на билатералните и мултиратералните договори се промивираше слободната трговија во регионални и глобални рамки. Преку Договорите, како на пример оној за редукација на тарифите во рамките на Кенедиовата рунда на разговори во 60-тите, Токиската рунда во 70-тите и Уругвајската рунда во 80-сетите, се направи голем прогрес во создавањето на глобален пазар на стоки и услуги. Сепак, во оваа смисла, 1995 е клучна година. Тоа е годината на создавањето на Светската трговска организација која како наследник на ГАТТ, е задолжена за администрација на постојните трговски договори и решавање на спорови коишто можат да произлезат од договорите како и да ги предводи преговорите за следните договори коишто моментално се застанати на Доха рундата.

Несомнено дека СТО има извонреден успех во исполнувањето на својата мисија, промоција на слободната трговија. Но, во исто време, според многумина, големиот дисбаланс во светската трговија се должи токму на моменталната поставеност на СТО и неможноста да одговори на предизвиците кои ги носи новото време. Така, постојат три основни пункта кои се посочени како најголеми виновници за дисбалансот во светската трговија а кои моментално СТО не е во состојба да ги адресира. Тоа се: монетраниот протекционизам, заштитата на интелектуалната сопственост и директните и индиректните државни субвензии за поддршка на домашните производители.

Монетарниот протекционизам претставува најсериозната пречка за слободната трговија во која ќе се воспостави најефикасна алокација на ресурсите. Тоа е ситуација во која една држава ја користи вредноста на сопствената валута за да скекне поголема конкурентност на светскиот пазар. Преку потценување или намалување на вредноста на валутата државите имаат поевтин извоз, а во исто време ги прават увезените стоки поскапи на домашниот пазар. Најтипичен пример за ваков монетарен протекционизам е примерот со кинескиот јуан чијашто цена или курс се определува административно. Според многумина, неговата вредност е многу под пазарната и истата се прави со цел стекнување на подобра позиција на меѓународниот пазар на производите односно поголем извоз⁷⁰⁹. СТО е немоќна да се соочи со овој феномен кој директно влијае на светската трговија: Во дефиницијата или правилата за тоа што се смета за протекционизам монетарниот протекционизам е непозната категорија за тоа што валутните или монетарните прашања во светскиот економски поредок воспоставен во Бретон вудс по втората светска војна вториот институционален столб на поредокот задолжен за монетарни прашања е ММФ. Но, по напуштањето на златниот стандард 1971 надлежноста за контрола на ММФ на девизните курсеви губи од значење. Затоа, денес, најприсутниот облик на протекционизам – монетарниот не е спречен односно санкциониран. Тоа е сериозен недостаток на актуелниот глобален трговски режим.

Како втора причина за глобалната трговска нерамнотежа се смета и недоволната заштита на правата од интелектуална сопственост. Имено, целокупниот прогрес на економијата директно зависи од вложувањето во образованието, иновациите и истражувањето. Тоа е во директна врска со конкурентноста на производите. Доколку правата од индустриска сопственост не се почитуваат тоа е атак на конкурентноста и дестимулирање на оние кои вложуваат во нови технологии. Неможноста за контрола и примена на правото од интелектуална сопственост во рамките на СТО доведе до еднострани акции со кои одредени држави, пред сè САД превземаат унилатерални мерки за да ги заштитат своите производители од нелегалното превземање на технологии⁷¹⁰. Исто така, влезот на пазарот од страна на компании од Западните земји кои сакаат да започнат со производство во некои азиски земји е условен со трансфер на технологија на домашна партнер институција⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Види: Antoine Brunet et Jean-Paul Guichard, *La vise hégémonique de la Chine, Impérialisme économique*, L'Harmattan, 2011

⁷¹⁰ USTR, *Initiation of Section 301 Investigation of China*, August 2017, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/august/ustr-announces-initiation-section>

⁷¹¹ *The Economist*, *The global economy, How China is battling ever more intensely in world markets*

But does it play fair?, 23 September 2017, достапно на:
<https://www.economist.com/news/leaders/21729430-does-it-play-fair-how-china-battling-ever-more-intensely-world-markets>

Третата причина за трговската нерамноправност е поврзана со субвенциите коишто компаниите пред се од Азија ги добиваат во форма на повластени цени за репроматеријали. Нетипичниот модел на економска организација кој вклучува државни и приватни компании овозможува создавање на услови за непазарно утврдување на цените на одредени производи кои се важни за процесот на производство на одредени стоки. Влијанието на инпут цените во крајната цена на производот е јасно што создава дисторзии на конкурентноста на глобалниот пазар. Производи како што е челикот на пример, кој игра клучна улога во бројни индустрии како што е градежната се посочени како директен дампинг од страна на поедини држави во Азија. Проблемот со ваквите преференцијални цени е што тие многу тешко се утврдуваат а уште потешко се докажуваат.

Евидентно е дека постојната правна и институционална рамка по којашто функционира меѓународната размена на стоки и услуги не одговара на новите услови во светската економија. Преку постојните правила не се создаваат услови за еднаков третман на производите и промоција на конкуренцијата. Преку разни суптилни злоупотреби одредени држави стекнуваат конкурентска предност за своите производи што доведува до голем дефицит кај бројни економски сили. Она што може да се очекува е дека СТО ќе претрпи темелни промени а, како што е најавено, тоа денес го гледаме, наместо мултилатералниот пристап на договарањето под влијание на новата американска администрација ќе имаме билатерален пристап во уредувањето на трговските односи. Иако глобализацијата не ги исполни целосно очекувањата за бенефитите кои ќе следуваат, протекционизмот според многумина не е решение иако е доминантна позиција на одлучувачките фактори во неколку развиени земји⁷¹². Неизвесна е и судбината на неколку важни трговски договори ТТІР, ТРП, НАФТА и други. Во рамките на најуспешниот проект за економска интеграција во поново време т.е. ЕУ најавени се коренити промени кои ќе го променат целиот концепт на процесот на европска интеграција. По Декларацијата од Рим⁷¹³ потпишана на денот на прославата на шеесетгодишнината на ЕУ вратата за Европа на повеќе брзини е широко отворена. Тоа ќе има сериозен ефект на внатрешните односи помеѓу државите во Унијата којашто се темели на слободниот пазар кој вклучува слободно движење на стоки, услуги, капитал и работна сила. Голем и основан е скептицизмот дека постојниот трговски поредок ќе може да биде зачуван во денешниот облик⁷¹⁴.

⁷¹² Joseph E. Stiglitz, *The Overselling of Globalization*, <https://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Volcker%20Award%20Speech%20Paper.pdf>

⁷¹³ The Rome Declaration of the leaders of 27 Member states and of the European Council, the European Parliament and the European Commission, PRESS RELEASE 149/17 25/03/2017, available at: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/03/25/rome-declaration/pdf>

⁷¹⁴ Saving the International Economic Order, <https://www.project-syndicate.org/onpoint/saving-the-international-economic-order-by-paolfa-subacchi-2017-09?referrer=/4vVQD9kS7E>

Заклучок

Изминатите повеќе од половина век беа во знакот на промоција на слободната трговија која преку разни регионални и глобални реформски процеси го промовираше концептот на слободен пазар со што е можно помалку бариери за трговијата. Сепак, последните години се забележуваат големи разлики од беневитите од слободната трговија. Благодарение на успешно спроведената меркантилистичка стратегија некои држави постојано остваруваат суфицити во трговската размена додека други се во постојан минус.

Како главни причини за големиот трговски дисбаланс се посочува неможноста СТО и актуелната правна рамка која ја регулира светската трговија да може да се справи со монетарниот протекционизам, заштитата на интелектуалната сопственост и трансфер на технологии како и преференцијалните цени за некои основни производи. Тоа доведува до неодржливост на постојниот модел на меѓународна трговија кој е под притисок за промени.

Промените веќе започнаа со новата американска администрација, Брежитот, промените во ЕУ и најавата Европа во повеќе брзини. Малите замји не се во можност да влијаат при донесувањето на големите одлуки за иднината на светската трговија. Тие ќе ги прифатат онака како што ќе одлучат големите економии. Но, малите економии имаат предност во однос на големите затоа што полесно можат да се приспособат на новите околности и од тоа да профитираат.

Сепак, кога е во прашање иднината на трговските односи дилемата е кој ќе е идниот економски хегемон? Дали САД ќе го одржат првото место како најголема, најмоќна економија и светска воена суперсила или некоја друга држава ќе стане главниот промотор на глобализацијата? Тоа не е едноставно прашање и од одговорот зависи и тоа дали ќе има промена на структурата на вредностите кои ние помалите треба да ги следиме. Правилото дека пазарната економија и промоцијата на слободната трговија одат рака под рака со демократијата и демократските вредности какви што се и заштитата на човековите права може да се промени доколку дојде до промена на економската хиерахија во светот.

Тоа е предизвик за нови истражувања во делот на правото и економијата од каде во иднина ќе има многу материјал за организирање на многу конференции, научни дебати и од кои ќе произлезат бројни публикации.

Jovan Zafirovski, PhD

Associate professor, Faculty of Law

Iustinianus Primus Skopje

The Economic Crisis and the New Trade Order – A Legal Analysis

Abstract: The current global trade and economic relations are facing serious tests. There are new trends shifting the current practices of economic unification and intensive international cooperation towards more protectionism. They refuse to glorify the achievement of the economic liberalism. These new waves occurring globally are real challenge for the existing legal and institutional framework regulating the international trade, or the international economic relations in general. This paper is a modest attempt to explain the reasons for the global crisis in developed economies, to identify the main reasons for the strong opposition to the established economic order that in the last thirty years has promoted the globalization as a successful project that will bring economic progress and a better life for everyone. The law as regulator and defender of the established trade practices is also at serious test and numerous changes in trade relations will be reason for the establishment of new regulations which are largely different from previous system. Different forms of economic integration as regional as well as global are product of international agreements that will be subject to review. Economic relations are one of the most important pillars of the entire social system. Each change in the economic doctrine will necessarily mean a change of numerous social principles established in decades. Small countries follow the rules of the game of the big players and they are negligible factor in determining the rules. However, their advantage is that they may quickly adapt to new conditions and make the best choice for their citizens.

FREEDOM OF RELIGION OR FREEDOM FROM RELIGION: RELIGIOUS LIBERTY AND THE SEPARATION OF CHURCH AND STATE

УДК: 342.731:322.24 (091)

Review paper

***Abstract:** Religious liberty, appeared and developed within particular historical circumstances, and it is real to both religious and secular intellectual traditions in the West, as well as their legal-political institutionalization. Modern democratic states have a tendency to be largely secular meaning that their legal and institutional foundations manifest separation of religion and state. A democratic state has to protect the rights and freedoms of its citizens and as a consequence, should integrate both religious liberty and differences in religion and in other aspects of public life. However, religious citizens frequently perceive a secular state as unfavourable toward religion. An important issue is how can secular states grant liberty for all citizens in a way that follows an appropriate separation of church and state and reduces disaffection of religious citizens. The regulation of the relationship between government and religions is determined by three major principles: the liberty principle, which requires the state to protect religious liberty, the equality principle, which requires equal treatment of different religions by the state, and the neutrality principle, which requires state neutrality toward religion.*

***Keywords:** secularism, religious liberty, religious citizen, law.*

1. Introduction

According to the secularization theory, religion is a “traditional” phenomenon, which through the increased exposure to modernizing influences such as industrialization, urbanization, and mass education would be gradually marginalized and face extinction. It argues that economic growth, socioeconomic equality, and human development will result in long-term changes and lead to the erosion of religious values, beliefs, and practices. As scientific methods became more sophisticated from the seventeenth to the nineteenth century, several of the founding fathers of sociology and social anthropology posited their theories in deliberate opposition to religion. Just as Christians had in earlier centuries treated pagan beliefs as superstitions, so from the Enlightenment, Christian beliefs in their turn were regarded as

superstitious.⁷¹⁵ The scientific study of humanity was thus originally a deliberately anti religious, or more precisely anti-Christian, program. Secularists have often adopted policies that treat religion as just too dangerous, divisive, and diverse in its demands to be accorded any kind of special protection or accommodation.

Secularization, which first emerged in Western Christian culture, is a process of differentiating secular from religious institutions. In many European countries, this process was historically related to a progressive and cumulative decline of the practice of religion and the privatization of religion. Movements such as atheistic humanism, republican laicism, ideological secularism, and many other current social trends constitute real and growing alternatives to traditional values and understandings. The evolution of the concept of secularism from the Middle Ages until the Enlightenment emphasizes the latter as being distinctly Christian in nature. This theological idea has no equivalent in other religious traditions or in Eastern Christianity. Consequently, it does not seem suited to the needs of the other two major monotheistic religions, Islam and Judaism. These latter religions do not recognize the Christian distinction between the sacred and the secular, but instead embrace all encompassing approaches requiring that religious rules extend over the private, the public, and the political spheres.

2. Historical context

When placed in its relevant historical context, the concept of “secularism” brings to mind different set of meanings. This concept originates from the Christian tradition and it is traceable back to the reference made in the Bible to Jesus’ injunction to render unto Caesar what is Caesar’s and to God what is God’s.⁷¹⁶ Augustine further developed this distinction through the divergence he drew between the “City of God” and the “City of Man.” Later in the medieval era the word “securaris” was used to specify those clerics who worked with people within society in contrast to those who were exclusively devoted to spiritual activities within the boundaries of monastic life. What is

⁷¹⁵ Positivists, especially Auguste Comte, with roots going back to the beginnings of the Enlightenment criticism of revealed religion – to Spinoza, Bayle, Voltaire, Hume and others. These thinkers had targeted supernatural belief as forms of superstition and ecclesiastical institutions as unwanted rivals to secular state authority. Science and the secularisation of everyday assumptions about the world, it was assumed, were progressively replacing religion and magic, just as knowledge supplanted superstition and dogma. Religion originated in mankind’s fear of the unknown. Horwitz, Paul. *The Agnostic Era: Law, Religion, and the Constitution*. Oxford University Press, 2011, p. 29.

⁷¹⁶ The assumption of the existence (and supremacy) of God was not originally at the heart of Western legal culture, but neither was it viewed as problematic in the way it is today. The first legal order of the West – pre-Christian Roman law – was not based on monotheistic ideas; it was a product of the secularization of pagan Roman religions. Its concept of *ius*, from which justice, jurisprudence, judge, and judiciary come, was itself derived from religion, but it was not monotheistic in character. Domingo, Rafael. *God and the Secular Legal System*. Cambridge University Press, 2016, p. 15.

most impressive about all three of these historical facts is that the secular is wholly embraced within one religion and that from its early beginnings Christianity creates a division between the spiritual domain and the sphere of politics.⁷¹⁷

The next major step in the history of secularism coincided with the appearance of the philosophy of the Enlightenment. The ideal of the Enlightenment is summarized in two essential elements: separation of faith from reason and equal liberty for all. Separation of faith from reason is promoted by entrusting the public domain to the latter and by allowing full assertion of the former within the private sphere. Equal liberty is confirmed by official neutrality between religions in the public realm and by guaranteeing the same freedom for all religions within the private domain. Moreover, constitutional secularism may be interpreted differently as requiring outright complete of religion from the public domain, as traditionally accepted in the context of French *laïcité*⁷¹⁸, or to safeguard that the state remains equally distant between all religions within the state. In each case, the imperative for secularism is that religion be depoliticized.⁷¹⁹

More recently, constitutional secularism has had to deal with a series of serious challenges coming from the “repoliticization” of religion. The “deprivitization of religion” involves such significant historical events as the 1979 Islamic revolution in Iran, the political rise of fundamentalist Evangelism during the 1980’s in the United States, the notable role of Catholicism in social and political movements originating from Poland’s Solidarity Movement in the late 1980’s, or liberation theology which originated and expanded in Latin America since the 1960’s. Another example is the central political role played by Judaism in Israel’s attempts to establish a constitutional direction consistent with its identity as a Jewish and democratic state proclaimed in its 1948 Declaration of Independence. Finally, reference could be made to the most recent events during the Arab Spring revolutionary movements in countries such as Egypt and Tunisia where Islam has been in the vanguard of transitions aimed at substituting authoritarian regimes with constitutional democracies.⁷²⁰

⁷¹⁷Zucca, Lorenzo, *A Secular Europe: Law and Religion in the European Constitutional Landscape*. Oxford University Press, 2012, p. 69.

⁷¹⁸ When we speak of secularism the terminology is misleading, because it is not possible to purely identify what the French official discourse calls *laïcité* and what the English language and culture (on both sides of the Atlantic) calls “secularism.” The two terms are not completely the same, but also not totally external to one another. The aspect of secularism that *laïcité* pushes to the extreme is not the equal right of religious groups in the public sphere, but the separation of religion and state or state functions, including education.

⁷¹⁹ McCrea, Ronan, *Religion and the Public Order of the European Union*. Oxford University Press, 2010, p. 79.

⁷²⁰ Mancini, Susanna and Michel Rosenfeld. *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*. Oxford University Press, 2014, p. 8.

3. The Concept of Secular State

The secular state is the state that abolishes its connections with religion and claims independence from religious truths. This state no longer derives its legitimacy from God, but instead bases its power on worldly grounds. It does not serve a divine goal and does not feel responsible for the eternal salvation of its citizens. Rather, it pursues a common good of a worldly nature whose core consists in the security and welfare of its subjects. This does not mean that religious truths lose their right to exist, but they are privatized. They become a matter for the individual and the associations that the individual chooses to join. They are regarded as compatible with the secular state as long as they do not claim absolute validity for society as a whole and stay within the framework of the public order.⁷²¹

The more multi-religious a society, the more important it is that the state remains neutral in religious matters. A state that would take sides in religious matters would lose its capability to guarantee liberty for all religious faiths. The state is not expected to declare what the content of a religious creed is or requires. Whatever a religious group understands as the meaning or the commandment of its religion, the state must take it as such. The state is not entitled to instruct a religious group as to what its religion truly means or does not mean, or what it requires or forbids. Because of the imperative character of religious beliefs, limitations of religious freedom in favor of the same freedom of others or in favor of other liberties are a serious matter for believers. It is the very nature of religion that its commandments are not negotiable as mere interests would be. If this is so, the state's power to limit religiously determined or motivated behavior cannot be unlimited in itself.⁷²²

According to the majority of mainstream scholars, the secular constitutional state is under no obligation to implement religious norms or commandments. Moreover, the state may not lend its enforcement power to religious norms without a sufficient secular ground. Purely religious norms have to be distinguished, however, from norms that have a religious origin but have been adopted into the secular legal order, or norms that are simultaneously valid within the state and a group of believers (e.g. many prohibitions of the Decalog, blasphemy laws, where they still exist, for the sake of the public peace). The secular constitutional state cannot tolerate a religiously required behavior even if the believer complies voluntarily with the commandments of his creed, if the behavior contradicts the very essentials of the constitutional order.⁷²³

⁷²¹ Domingo, *supra* note 3, p 46

⁷²² Mancini, *supra* note 7, p. 31.

⁷²³ Cross, Franck B. *Constitutions and Religious Freedom*. Cambridge University Press, 2015, p.

4. Contemporary forms of secularism

Under current practice of states, there are five different models for managing the relationship between the state and religion.⁷²⁴ These are: (1) the militant secularist model based on keeping religion completely out of the public sphere (e.g. French and Turkish *laïcité*)⁷²⁵; (2) the agnostic secularist model, which seeks to maintain a neutral attitude among religions but does not exclude the possibility of favoring religion over atheism and other non-religious perspectives; (3) the confessional secular model, which incorporates elements of the state's mainstream majority religion, primarily for identitarian purposes, and projects them as part of the state's constitutional secularism rather than as inseparably linked to the country's main religion (e.g. Italy's or Bavaria's adoption of the crucifix as a secular symbol of national identity); (4) the official religion with institutionalized tolerance for minority religions model (e.g. the United Kingdom, Scandinavian countries, Greece); and (5) the model in which high priority is given to collective self-government by each religious community within the country (e.g. Israel).⁷²⁶

Model 1 claims to be neutral toward religion, but militant brands of *laïcité* often seem totally hostile to religion. Model 2 may well put the non-religious at a disadvantage, and may also, in spite of its professed neutrality among religions, privilege mainstream religion against its minority counterparts. Model 3 seems particularly problematic as confessional secularism is likely to be found wanting by most, if not all, religions within the state and by all those who are committed toward secularism. In addition, Model 3 and Model 4 are bound to disfavor minority religions, thus altogether excluding the equal treatment all religions within the state. Finally, Model 5 not only is prone to disadvantaging secularism as already mentioned, but also to disproportionately

⁷²⁴ Different secular constitutional states may have quite different attitudes toward religion. There is a militant secularism that denies religious beliefs any public role and insists on their belonging strictly to the private sphere. There is also a secularism that separates church and state: the state accepts the role religion plays in society, but is prohibited from promoting religious activities or giving material or immaterial subsidies to religious communities. There is finally a type of secularism that recognizes religion as an elementary human urge that seeks public expression, an urge that the state not only has to respect, but also must protect and maybe even promote—altogether the opposite of a secular fundamentalism. Bottoni, Rossella, Rinaldo Cristofori, Silvio Ferrari (eds.). *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism - A Comparative Overview*. Springer, 2016, p. 78/

⁷²⁵ There are significant variants in relation to each of these models. For example, although both fall within model 1, French *laïcité* differs from its Turkish counterpart in that the former was adopted in a social and political setting that was already significantly secularized, whereas the latter was imposed to trigger a shift toward modernism and secularism in a polity where religion was overwhelmingly predominant. As a consequence, as evinced by two countries' bans on the Islamic headscarves, French *laïcité* is mainly directed against minority religions whereas Turkish *laïcité* is squarely turned against the country's dominant majority religion. Sandberg, supra note, p. 47.

⁷²⁶ Mancini, supra note 7, p. 66.

privileging the group over the individual as well as recognized religions and certain branches within the latter (e.g. in Israel, Orthodox Judaism to the exclusion of Conservative or Reform Judaism).⁷²⁷

The philosophy of the Enlightenment and was molded by the two late eighteenth-century revolutions, the American and the French, which set the stage for the advent of modern constitutional democracy. Although these two revolutions were certainly inspired by general Enlightenment ideas regarding secularism, they each left a distinct historical mark on the evolving connotations of the concept. The French Revolution was strongly anti-clerical rather than anti-religious and its anti-clericalism combined with its antagonism against the aristocracy are to be placed in the context of its struggle to topple feudal privilege to establish rule by the Third Estate. The American Revolution which was above all a war of independence also rejected the aristocratic ways and the dominant religion, which in this case was the official state religion, of its English colonizer. The US Constitution set out a late eighteenth-century secularism that differs markedly from its contemporaneous French counterpart.⁷²⁸

The United States shows how it is possible for an explicitly secular order, grounded not in divine right but in popular sovereignty, to accommodate an uncommonly religious population and to be exceptionally hospitable to religious vitality. This is the case despite the existence of strong distinctions between the public and the private, the religious and the secular, and despite an increasing commitment to the modern values of individualism, voluntarism and pluralism grown over time. Unlike France, and much of Europe, where ‘the Enlightenment has been configured as a freedom from belief, in the United States, the Enlightenment became something very different, a freedom to believe’.⁷²⁹

United States in its constitution does not literally include the concepts of “secular state” or “separation of church and state.”⁷³⁰ France is the only Western European country that explicitly uses the term secular republic in its constitution. U.S. policies are generally tolerant toward religion in the public sphere, while the French largely try to restrict it to the private sphere. According to the American legal system, neither the federal government nor states can prohibit religious symbols in general, or symbols of a particular religion, by

⁷²⁷Sandberg, Russell. *Law and Religion*, Cambridge University Press, 2011, p. 16.

⁷²⁸Taylor, Charles. *A Secular Age*. Harvard University Press, 2007, p. 53

⁷²⁹Zucca, Lorenzo and Camil Ungureanu. *Law, State and Religion in the New Europe: Debates and Dilemmas*. Cambridge University Press, 2012, p. 167.

⁷³⁰American constitutional secularism is encapsulated in the First Amendment’s “Religion” clauses, namely the “Establishment Clause” and the “Free Exercise Clause.” It has often been observed that the two clauses are in tension with one another, with the Establishment Clause calling for state disengagement from religion while at the same time the Free Exercise Clause requiring state involvement to provide meaningful sustenance to religious practice and expression. Haupt, Claudia E. *Religion–State Relations in the United States and Germany: The Quest for Neutrality*. Cambridge University Press, 2012, p. 12.

singling them out.⁷³¹ In France, however, the state has singled out students' religious clothing to exclude them from public schools. If the headscarf had been a secular fashion, then it would not have been banned in France.

When we speak of secularism the risk is to opt for a specific and very random conception of secularism that would have to be extended to the whole European constitutional landscape. So, for example, many claim that French *laïcité* provides the clearest and strongest statement of secularism and as such it should be embraced at the supranational and, perhaps, at the international level. This would be a mistake for several reasons: firstly, French *laïcité* as it is commonly understood—ie as a doctrine that protects religion only in so far as it is in the private sphere—is highly problematic as it creates an asymmetry between religious and non-religious people damaging the former. Secondly, French *laïcité* as explained above is a misrepresentation of the original intent of the Loi de 1905, which aimed to end the conflict between church and state by creating a legal separation between the two. Thirdly, the uncompromising character of French *laïcité* makes it a much easier target for those who want to criticize European secularism.⁷³² It has come to represent a rigid, divisive position which pleases its followers and uncompromisingly fights off its enemies. For these reasons, it is not helpful to extend one historical experience to the whole of Europe.⁷³³

5. The rights of religious people in secular states

In most constitutions, freedom of religion is formulated as an individual right. But the object of the protection, religion, refers to a supra-individual phenomenon: a set of beliefs and practices that are shared by a plurality of

⁷³¹ As a matter of history and of constitutional jurisprudence, however, the American concept of secularism has been much more contested than its French counterpart. Jefferson's famous proclamation of the need for "a wall of separation" between Church and state has been variously interpreted as requiring a complete separation between state and religion and as merely banning official state preference of one religion over others. Thus, the inscription "In God We Trust" on official US currency, or the recitation of the pledge of allegiance to "one nation under God" by public school children, or official prayers characterized as generic at the opening of parliamentary sessions are all arguably justifiable as falling within the common religious denominator shared by a vast majority of Americans. Cross, *supra* note 9, p. 89.

⁷³² Even a quick look at French law will show that a very strong influence of the state on religions is considered compatible with *laïcité*. For instance, subsidies to religious schools, prohibiting the wearing of religious signs, paying salaries to ministers of three religions in parts of the country, the presence in the cabinet of a Minister of the Interior who also holds the title of "minister of religions," and ownership by the state of religious buildings are all considered compatible with *laïcité*, thus demonstrating that this principle is not sufficiently characterized by an absence of influence of religion on the state and may imply at least some interference by the state over religion. Cohen, Jean L. and Cecile Laborde (eds.). *Religion, Secularism, & Constitutional Democracy*, Columbia University Press. 2016, p. 213.

⁷³³ Zucca, *supra* note 4, p. 117.

individuals.⁷³⁴ Religion presupposes a community that is united in its belief in some truths of a transcendental nature and that develops common forms of worship and interaction. One would call neither a worldview without a transcendental reference nor the transcendental assumptions of a single person a religion. This is why freedom of religion has not only an individual but also a collective side. In individual terms, freedom of religion guarantees everybody the right to decide about his religious faith, to join a community of like-minded people, to confess and propagate his belief, and to lead his life according to his belief's commandments. But the freedom also includes the opposite: the right to not adhere to a religion or to leave a religious community, to hide one's religious beliefs and to not follow religious commandments.⁷³⁵

A comprehensive legal system is driven by the ideal of the rule of law. There is one law for all without exceptions or qualifications. To hold anything different would be a violation of the most basic commitment to equality: it is not conceivable to have one law for white people and one for black people; or one law for Jews and one for Christians.⁷³⁶ This formal equality inherent to the rule of law exists to protect minorities from abuse and domination. But a single law for all can nonetheless impose prohibitions and obligations that are incompatible with some religious norms. For example, a blanket ban on visible symbols is more likely to limit the freedom of religious than non-religious people. The French state's ban on the wearing of the veil is a good illustration of how formally universal law can have disproportionate effects between religious and non-religious communities. The question is whether the ideal of the rule of law allows for special treatment of religious minorities in certain given circumstances. The answer of a good number of liberals is that religion should not enjoy unique status in the political community and so does not deserve any special treatment.

A strict and rigid separation between state and religion would strongly work against giving special treatment to religious people. However, this strict and rigid separation is not free from major problems and dilemmas. Many other cases of deliberate opposition to secular law on the basis of religious conscience can be multiplied. By adopting a blind attitude, the state does not always achieve the desired results. On the contrary, as the French veil case

⁷³⁴ Ahdar, Rex and Ian Leigh. *Religious Freedom in the Liberal State*, 2nd ed. Oxford University Press, 2013, p.

⁷³⁵ A religious commandment is whatever a religious community regards as ordered by some supernatural, transcendental authority. This indeterminacy is what increases the conflicts between religious norms and general laws in multicultural societies. General laws, in turn, are understood here as laws that are not directed against religion as such or against specific religious faiths, but which pursue a legitimate public interest. In doing so, however, they may collide with the religious requirements of certain groups—often those of immigrants, but also the norms of indigenous religious groups. Basically, a believer or a religious group may claim a liberty that is not granted by the general laws, or they may claim equality rights that are not designated by the general laws. Domingo, *supra* note, p. 21.

⁷³⁶ Bottoni, Rossella, Rinaldo Cristofori, Silvio Ferrari (eds.). *Religious Rules, State Law, and Normative Pluralism - A Comparative Overview*. Springer, 2016, p.

demonstrates, it seems to reinforce actual or potential discrimination of religious minorities.⁷³⁷

European legal systems are largely blind and deaf to religious claims. Religious voices have no access to the production of ordinary laws. Religious people can only participate in the production of ordinary laws by abandoning their religious voices and by resorting to purely secular arguments.⁷³⁸ Muslim people, for example, must abandon their religious convictions upon entering the political arena. Even if this can be seen as a burden, it nevertheless may be necessary in order to be understood by other people in the public debate who need to be convinced. It remains the case that religious voices are not taken into account at this level, whereas non-religious convictions are heard no matter how irrational or unfounded. Of course, it does not mean that those views will have an influence but at least they can be voiced—they have a channel which is not open to religious people.⁷³⁹

Religious people not only have no voice but also have to accept all the norms produced by secular majorities as their own. In other words, religious people cannot ask for exemption if those norms are incompatible with other religious norms that are central to their life.⁷⁴⁰ Now some would say this may be the price to pay to be part of the game. Ordinary laws are meant to be based on reasons available to everyone and as such they can be accepted or criticized freely during the production and application processes. Those norms demand compliance by everyone with no exception. There seems to be a clear asymmetry here between religious and nonreligious people.⁷⁴¹ The latter have the opportunity to influence directly the production of norms, while the former do not. It would seem desirable that the former should benefit at least from a qualified possibility to opt out from ordinary norms that have not been produced with their assent. Whilst this does not make the case for the principled special treatment of claims for exemption on religious grounds, it nevertheless opens the door for the possibility of reasonable accommodation of claims asking for exemption on religious and cultural grounds.

⁷³⁷Elver, Hilal. *The Headscarf Controversy: Secularism and Freedom of Religion*. Oxford University Press, 2012, p. 57.

⁷³⁸Joppke, Christian. *The Secular State Under Siege: Religion and Politics in Europe and America*. Polity, 2015, p. 126.

⁷³⁹In the last fifteen years or so, the ECtHR has taken a keen interest in the application of Article 9 European Convention on Human Rights (ECHR) that deals with freedom of religion. Several cases from European states led the Strasbourg Court to examine the practices of states with established churches (Greece), as well as strictly secular states (France). Recently, a high-profile case from Italy led the Court to consider whether the presence of the crucifix was compatible with secularism. Regrettably, the Grand Chamber came to view secularism as an ideological conviction of some people, rather than the precondition for coexistence through law. Ahdar, *supra* note 20, p. 186.

⁷⁴⁰Because of the imperative character of religious beliefs, limitations of religious freedom for the sake of the same freedom of others or for the sake of other liberties are a serious matter for believers. It is the very nature of religion that its commandments are not negotiable as mere interests would be. If this is so, the state's power to restrain religiously determined or motivated behavior cannot be unlimited in itself. Bottoni et al., *supra* note 10, p. 117.

⁷⁴¹Horwitz, Paul. *Supra* note 2, p. 87.

6. Conclusion

In many European countries, this process was historically related to a progressive and cumulative decline of the practice of religion and the privatization of religion. The evolution of the concept of secularism from the Middle Ages until the Enlightenment emphasizes the latter as being distinctly Christian in nature. This theological idea has no equivalent in other religious traditions or in Eastern Christianity. The secular state is the state that abolishes its connections with religion and claims independence from religious truths. This state no longer derives its legitimacy from God, but instead bases its power on worldly grounds. Different secular constitutional states may have quite different attitudes toward religion. There is a militant secularism that denies religious beliefs any public role and insists on their belonging strictly to the private sphere. There is also a secularism that separates church and state: the state accepts the role religion plays in society, but is prohibited from promoting religious activities or giving material or immaterial subsidies to religious communities. There is finally a type of secularism that recognizes religion as an elementary human urge that seeks public expression, an urge that the state not only has to respect, but also must protect and maybe even promote altogether the opposite of a secular fundamentalism.

European legal systems are largely blind and deaf to religious claims. Religious voices have no access to the production of ordinary laws. Religious people can only participate in the production of ordinary laws by abandoning their religious voices and by resorting to purely secular arguments. Religious citizens frequently perceive a secular state as unfavourable toward religion. An important issue is how can secular states grant liberty for all citizens in a way that follows an appropriate separation of church and state and reduces disaffection of religious citizens. The regulation of the relationship between government and religions is determined by three major principles: the liberty principle, which requires the state to protect religious liberty, the equality principle, which requires equal treatment of different religions by the state, and the neutrality principle, which requires state neutrality toward religion.



IURIDICA PRIMA

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

Ј У Р И Д И К А П Р И М А

3-та Меѓународна научна конференција
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО - 2017

Тема:

*„Ефикасната заштита на човековите права и слободи:
реалност или идеал“*

12-14 Мај Охрид 2017

Конференцијата и издавањето на зборниците го помогнаа:
Нотарска комора на Република Македонија, Прима МК, Кнауф, адвокатско друштво Апостолски, Еуростандард банка, Аполонија, Парк Вила, Горан Димитров, Виктор Павлов, Аполо, Ацибадем Систина, Визија Т, Бовин, Тиквеш, Кожувчанка, Ледотрон, Електроинстал, Винарија Стоби, Зорица Пулејкова, Марјан Коцевски, Анита Петровска Алексова, Драган Георгиев.