



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2016**

***The Legal Certainty as a Main Factor for the
Rule of Law in the Contemporary Societies***

3



IURIDICA PRIMA
Institute for Legal – Economic Research and
Education

International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2016

*The Legal Certainty as a Main Factor for the
Rule of Law in the Contemporary Societies*

3

ЈУРИДИКА ПРИМА

Институт за правно-економски истражувања и
едукација

Меѓународна научна конференција ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО 2016

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

34(082)

OHRID school of law : the legal certainty as a main factor for
the rule of law in the contemporary societies = Охридска школа на
правото : правната сигурност како клучен фактор за владеење
на
правото во современите општества : 2016. 3 / [главен уредник
Ангел
Ристов]. - Скопје : Стоби Трејд, 2016. - 191 стр. : илустр. ; 25 см

Трудови на мак., срп. и англ. јазик. - Фусноти кон текстот. -
Библиографија кон трудовите

ISBN 978-608-4767-19-0

1. Насп. ств. насл.

а) Правни науки - Зборници

COBISS.MK-ID 102307594

Печати : Издавач: СТОБИ ТРЕЈД ДООЕЛ



IURIDICA PRIMA

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

изразува

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

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО 2016

„Правната сигурност како клучен фактор за владеење на правото во
современите општества“

на:

*Нотарска комора на Република Македонија
Комора на Извршители на Република Македонија
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“
Правен Факултет „Јустинијан Први“
Аџибадем Систина
Витаминка
Прима МК
Електроспој
Еуростандард банка
Пивара Скопје
Визија Т
Бовин*

5-8 Мај 2016, х. Конгресен центар - Охрид



IURIDICA PRIMA

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

International Scientific Conference

OHRID SCHOOL OF LAW

2016

*The Legal Certainty as a Main Factor for the Rule of Law in
The Contemporary Societies*

Меѓународна научна конференција

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО

2016

*Правната сигурност како клучен фактор за владеење на правото во
современите општества*

3

5-8 мај 2016 Ohrid

5-8 мај 2016 Охрид

Institute for Legal – Economic Research and Education

IURIDICA PRIMA
OHRID SCHOOL OF LAW

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

International Editorial Board:

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

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

Главен и одговорен уредник: д-р Ангел Ристов

Секретар:

м-р Душан Босиљанов

Меѓународен уредувачки одбор:

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

СОДРЖИНА

проф. д-р Владимир Петров

**ИЗМЕНЕНИЯТА В КОНСТИТУЦИЈАТА, ПРЕДПОСТАВКА ЗА
ИЗВЪРШВАНЕ НА СЪДЕБНАТА РЕФОРМА1**

д-р Никола Тупанчески

м-р Драгана Кипријановска

**ЗА НОВИНИТЕ ВО УРЕДУВАЊЕТО НА ИНСТИТУТОТ
ПОМИЛУВАЊЕ ВО ЗАКОНОДАВСТВОТО НА РЕПУБЛИКА
МАКЕДОНИЈА.....13**

проф. д-р Дејан Мицковиќ

**СТАТУСОТ НА ЕМБРИОНОТ ВО СОВРЕМЕНИТЕ
ЗАКОНОДАВСТВА29**

проф. д-р Ана Павловска-Данева

доц. д-р Елена Давитковска

**УПРАВНО-СУДСКАТА ЗАШТИТА ВО РЕПУБЛИКА
МАКЕДОНИЈА ПОМЕЃУ ЕВРОПСКИТЕ СТАНДАРДИ И
РЕАЛНОСТА43**

d-r Piija Vukčević

**NORME O TRANSFERNIM CIJENAMA PORESKOG SISTEMA
CRNE GORE I PRINCIP PRAVNE SIGURNOSTI U KONTEKSTU
PRAKSE SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE67**

доц.д-р Ивана Шумановска-Спасовска

Константин Битраков

**МЕРЕЊЕ НА ПЕРФОРМАНСИТЕ НА УПРАВНОТО СУДСТВО
ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА85**

dr Uroš Novaković

**KRITERIJUMI ZA DODELJIVANJE VRŠENJA RODITELJSKOG
PRAVA NAKON RAZVODA BRAKA111**

д-р Александра Деаноска – Трендафилова

**ТРГОВИЈАТА СО ЧОВЕЧКИ ОРГАНИ И ГЛОБАЛНАТА
АКЦИЈА ЗА БОРБА ПРОТИВ НЕА123**

др Новак Крстић

др Жарко Димитријевић

**У КОЈОЈ МЕРИ ПРОПИСИ О НУЖНОМ НАСЛЕЂИВАЊУ
УГРОЖАВАЈУ ПРАВНУ СИГУРНОСТ ОСТАВИОЧЕВИХ
ПОКЛОНОПРИМАЦА?145**

д-р Елена Нешовска Ќосева

**ЕКОМСКА ЕФИКАСНОСТ НА БИЛАТЕРАЛНИТЕ ДОГОВОРИ
ЗА ИЗБЕГНУВАЊЕ НА ДВОЈНО ОДАНОЧУВАЊЕ НА ДОХОДОТ
И КАПИТАЛОТ И СПРЕЧУВАЊЕ НА ФИСКАЛНА ЕВАЗИЈА..169**

проф. д-р Владимир Петров^{1*}

ИЗМЕНЕНИЯТА В КОНСТИТУЦИЯТА, ПРЕДПОСТАВКА ЗА ИЗВЪРШВАНЕ НА СЪДЕБНАТА РЕФОРМА

УДК: 342.4.04:347.962-027.12 (497.)
Original Research Paper

От няколко години се води оживена дискусия в българското общество, за реформата в правната система на страната, с участието на широк кръг различни специалисти - теоретици и практикуващи юристи, икономисти, политици, която се предлага да се извърши с изменение в Конституцията на България. Тази идея, струва ми се може да има сериозен практически принос за осъществяване на реформата в българската правна система, само ако е насочена в своите усилия за извършване на „същностна“, а не формална, за замазване очите на критиците от Европейския съюз, реформа.

„Същностната реформа“, чрез изменение в Конституцията, такава каквато е изработена, широко дискутирана в медиите и цялото българско общество, и предложена през есента да бъде приета от Народното събрание, от тези изменения в Конституцията, според мен няма да се случи. Правната система, за милионите български граждани, ще си остане толкова корумпирана и негодна, колкото и до сега. Защото корупционното състояние, в което се намира правната система, не трябва да се свързва само и единствено с даването и получаването на пари, което е престъплението подкуп, в различните му форми по Наказателния кодекс, а е състояние на „разваленост“, на „разложеност“, на „престъпно безхаберие и незнание“, „на професионална неподготвеност на магистратите“, на умишлено изопачаване и тълкуване на законите, на пренебрежение и подигравка с правата и интересите на гражданите, „пълен съдебен произвол“, когато конкретни съдии тълкуват и прилагат на практика нормите на закона.

А в системата на гражданското правораздаване, съдебният произвол е наистина пълен. Защото става въпрос за така наречената „конституционно защитена корупция“, с която вероятно българската правна система никога няма да се пребори. Тази корупция остава анонимна, за нея медиите не тръбят и не я разгласяват ежедневно и с подобаващо внимание, защото я считат за маловажна. Даже, убеден съм, че изобщо не я считат за корупция. Приспиват и самото

*¹ Редовен професор на Правния факултет на Новия бугарски университет в София и на Правния факултет на Университетът в Велико Трново.

българско общество, което от тях очаква да воюват за неговата информираност, да го предпазват със своята сила и влияние върху законодателството, парламента и правителството, върху ръководните органи на държавата на всички нива, от подобни „злокачествени метастази“, които не само разлагат правната система, но и доверието на българските граждани в смисъла на съществуването и функционирането на самата държава. Българските граждани непрекъснато и с огромно възмущение повтарят, че „това не е държава“, че в страната „няма закони“. Закони има и то добри. Не винаги има обаче честни и знаещи съдии, които да прилагат справедливо и съобразно точния им разум тези закони, да не се влияят при изпълнение на високо отговорната си работа от различни настроения, симпатии и антипатии, приятелски, роднински, служебни, партийни ходатайства и внушения, различни съображения за просперитет в кариерата. Тези съдии формират в обществото впечатлението за истинско корупционно „гниене“ и „разваленост“, за своеобразна „чумна епидемия“, които са обвзели правосъдието и които няма да се премахнат с измененията в Конституцията. Самата Конституция поддържа възможността такава „конституционно гарантирана корупция“ да съществува безнаказано, когато в чл. 132 Конституцията предвижда, че съдиите, прокурорите и следователите не носят наказателна и гражданска отговорност за своите актове, освен когато извършеното с тези актове представлява умишлено престъпление от общ характер. Затова истински опасната корупция се нарича с различни благопристойни термини като „съдийско усмотрение“, „свобода на преценката на доказателствата и фактите по делото“, „съобразяване на тези факти и доказателства единствено със закона“, сочат се и текстове от закона, които често пъти се тълкуват, както гласи една много разпространена фраза, така както „дяволът чете евангелието“.

Съдебната реформа все пак може да се осъществи, въпреки сериозния и основателен скептицизъм у голяма част от юристите в България, аргументите на които изглеждат, че започват да натежават в споровете, да се проведе ли тази реформа или да се отложи за неизвестно време в бъдещето.

Проблемът, струва ми се се поражда от избрания начин за извършване на реформата, чрез изменение в Конституцията, който се оценява като опит за замазване на очите на критиците от Европейския съюз, но няма да доведе до никакви положителни резултати. Като опит за замазване на очите съм оценил и аз подобна реформа в поредица от материали, където подробно съм аргументирал схващането.

Практически подход, който да оцени доколко изменения в Конституцията може да допринесе за извършване на съдебната реформа, струва ми се изначално трябва да подбере измежду противниците и поддръжниците на реформата онези, които нямат интерес от нейното извършване. Защото няма смисъл да се заблуждаваме, че онези, които в качеството си на служители в администрацията на държавата имат някакъв интерес, например да запазят работните си места, служебното си положение, заплатата, която получават, те няма да мислят за държавния и на цялото общество интерес от тази реформа, а за възможното нейно въздействие върху техния личен интерес.

Впрочем това е и обяснението за безразличието, с което българските граждани наблюдават по медиите високопарните, напълно неаргументирани твърдения на политиците, за ползата от реформата в съдебната система, защото те самите не виждат, с какво и как тази реформа ще подобри изключително трудния и ставащ все по-безнадежден живот на тези граждани.

Българските граждани имат достатъчно развит практически усет, за да отграничат онова, което има значение и за тях и за държавата от безсмислиците, с които политиците ги занимават от много време. Те ясно разбират, че тези салто-морталета на партиите и техните лидери, на правителствата в управление и в опозиция, не са насочени към истинска реформа на правната система, а имат за единствена цел да заблуждават ръководството и органите на Евросъюза, че указанията им се спазват. Че по особено болезнената за Брюксел тема с реформата в българската правна система, се работи усилено, в очакване на скорошни и сериозни положителни резултати.

Мнозинството от българските граждани нямат никаква или в най-добрия случай силно „мъглява“ представа, какво представлява Конституцията на Република България. Това разбира се, не може да им бъде отправено като упрек или още повече като вина. Вярно е, че един дошъл от древността, изключително важен юридически принцип гласи, че „незнанието на закона никого не извинява“ /*ignorantio legis neminem excusat*/. Кое то означава, че никой не може да оправдава с незнание, неизпълнението на едно предвидено от закона правило, което е доведено по съответния законов ред до знанието на неограничено широк кръг от хора. Но този принцип се прилага само в случаите, когато в незнанието се търси оправдание за това, че не е изпълнено вменено от закона задължение, което е известно на мнозинството от българските граждани и се изпълнява от тях. Да се познава Конституцията не е задължително, когато съзнателно или несъзнателно гражданите изпълняват нейните предписания. И обикновено това става чрез изпълняването, чрез съобразяването на своето поведение във всяка област на обществения живот, с изграденото и прието от Народното събрание законодателство, въз основа на което се регулира цялостния живот на българската държава и общество. Конституцията е „върховен закон“ на българската държава /чл. 5/. Законите се изработват и приемат въз основа на установените в нея правила и не могат да ѝ противоречат. Тя е „върховен закон“, който като рамка и основа на цялостното законодателство в държавата, налага съобразяване на всички закони с установените от нея принципи. Като „върховен закон“ обаче, разпоредбите на Конституцията, съгласно чл. 5, ал. 2, имат и непосредствено действие, което означава, че гражданите, всички държавни органи, юридическите лица, могат да търсят основание и защита на своите законни права и интереси, позовавайки се директно на нейните правила.

Тези кратки обяснения ми се струват необходими, за да разберат читателите, защо въпросите свързани с осъществяване на правната реформа в България, предполагат преди това изменение в Конституцията, където се съдържа основната уредба на „Съдебната власт“ /глава шеста, членове 117-136 от Конституцията/. Според чл. 133 от Конституцията, организацията на Висшия съдебен съвет, на съдилищата, на прокурорските и на следствените органи,

статутът на съдиите, прокурорите и следователите, условията и редът за назначаване и освобождаване от длъжност на съдиите, съдебните заседатели, прокурорите и следователите, както и осъществяване на тяхната отговорност се уреждат със закон.

В тази светлина стават ясни и намират обяснение, оживените дискусии в политическите партии и парламента, за съдържанието и обхвата на измененията в Конституцията, за осъществяване на реформата в правната система на България. Тази реформа няма да бъде осъществена с обемни и подробни правила в самата Конституция. Това е ненужно, а и невъзможно. Такъв подход ще принизи ролята и значението на Конституцията като „върховен закон“. Затова конституционният законодател, във вече посочения чл. 133 от Конституцията, е делегирал широкия кръг от въпроси около уредбата на съдебната власт на закон, издаден въз основа на Конституцията и съобразно рамката на нормотворческа компетентност, определена от „върховния закон“. Изменението в Конституцията следователно, ще очертае само тези въпроси във връзка с осъществяването на реформата в българската правна система, които или не са уредени в закона, или се нуждаят от преуреждане. На основата на тези конституционни правила, Народното събрание ще направи съответните изменения или внесе новите разпоредби в Закона за съдебната власт, с които да се извършат предвидените и необходими изменения в регулирането на реформата.

Сред особено важните изменения на Конституцията, най-напред трябва да бъдат открити измененията на чл. 129 и чл. 130, както и въвеждането на новите чл. 130а и чл. 130б. Измененият чл. 129, ал.1 въвежда предвиденото, в резултат на многобройни парламентарни и теоретически дискусии, разделяне на състава на Висшия съдебен съвет на две колегии – колегия на съдиите и колегия на прокурорите и следователите. Съдиите, прокурорите и следователите се назначават, повишават, понижават, преместват и освобождават от длъжност, съгласно изменения текст на чл.129, ал. 1 /К/ от съдийската, съответно от прокурорската колегия на Висшия съдебен съвет. По този начин ще бъде избегната, сочи един от аргументите обосновавали изменението, съществуващата с голяма вероятност опасност, при гласуването на тези важни въпроси, мнозинството, което ще формира решението по тях, да се образува от магистрати, които не познават спецификите, професионалните особености на юридическата по същество, но значително различна работа на юристите от другата колегия.

Съществени изменения в конституирането и функциите на Висшия съдебен съвет и неговите колегии въвеждат новите членове 130а и 130б на Конституцията. Член 130а предвижда, че Висшият съдебен съвет осъществява правомощията си чрез пленум на съдийската и прокурорска колегия, който се състои от всички членове на Висшия съдебен съвет. В компетентност на пленума са предоставени въпросите свързани с:

- приемането на проекта на бюджета на съдебната власт;
- приемането на решение за прекратяване мандата, в съответствие с условията по чл. 130, ал. 8 К, на избран член на Висшия съдебен съвет;

- организира квалификацията на съдиите, прокурорите и следователите;
- решава общи за съдебната власт организационни въпроси;
- изслушва и приема годишните доклади по чл. 84, т. 16 К. Това са годишните доклади на Върховния касационен съд, на Върховния административен съд и на главния прокурор, внесени от Висшия съдебен съвет, за прилагането на закона и за дейността на съдилищата, прокурорските и разследващите органи;
- управлява недвижимите имоти на съдебната власт;
- прави предложение до президента на Републиката за назначаване и освобождаване на председателя на Върховния касационен съд, председателя на Върховния административен съд, главния прокурор;
- осъществява други правомощия, определени със закон.

Съдийската колегия на Висшия съдебен съвет, съгласно чл. 130а /нов/, ал. 3 се състои от 11 членове и включва председателите на Върховния касационен съд и Върховния административен съд, шестима членове, избрани пряко от съдиите, и шестима членове, избрани от Народното събрание. Прокурорската колегия, предвижда чл. 130а /нов/, ал. 4 се състои от 11 членове и включва главния прокурор, четирима членове, избрани пряко от прокурорите, един член избран пряко от следователите и петима членове, избрани от Народното събрание.

Колегиите на Висшия съдебен съвет, в съответствие със своята професионална насоченост:

- назначават, повишават, преместват и освобождават от длъжност съдиите, прокурорите и следователите;
- правят периодични атестации на съдиите, прокурорите, следователите и административните ръководители в органите на съдебната власт и решават въпроси за придобиване и възстановяване на несменяемост;
- налагат дисциплинарни наказания, понижаване и освобождаване на съдиите, прокурорите, следователите и административните ръководители в органите на съдебната власт;
- назначават и освобождават административните ръководители в органите на съдебната власт;
- решават въпроси за организацията на дейността на съответната система от органи на съдебната власт;
- осъществяват и други правомощия, определени със закон.

Според новия член 130б К, Висшият съдебен съвет осъществява правомощията си чрез пленум, съдийска и прокурорска колегия. Пленумът се състои от всички членове на Висшия съдебен съвет. Заседанията му се председателстват от министъра на правосъдието, но той не участва в гласуването.

Съдийската колегия на Висшия съдебен съвет се председателства от председателя на Върховния касационен съд. Прокурорската колегия на Висшия съдебен съвет се председателства от главния прокурор. В заседанията на двете

колегии може да присъства и министърът на правосъдието, но той не може да участва в гласуването. В заседанията, както на пленума на Висшия съдебен съвет, така и в заседанията на двете колегии, съдийската и прокурорската, може да присъства и главният инспектор на Висшия съдебен съвет, без право да участва в гласуването.

На тези усилия на политици и законодатели българските граждани, цялото общество са безучастни, но съвсем не безкритични наблюдатели. Четат по вестниците, гледат дебати и коментари по електронните медии и се питат – добре де, какво ще промени изменението в Конституцията, което ще внесе нови моменти в структурата на Висшия съдебен съвет? Какво ще се случи от това, че съставът на този Висш съдебен съвет се разделя на колегии, всяка от които със специфични правомощия; че Висшият съдебен съвет осъществява правомощията си освен чрез прокурорската и съдийска колегии и чрез новосъздадената с новия чл.130а структура „пленум”, който се състои от всички членове на Висшия съдебен съвет; какво значение има от колко души се състоят колегиите и как се избират самите членове на колегиите и от кого се ръководят. И естествено у всеки що годе мислещ българин веднага се поражда питането: „И какво от това”? Тези членове на различните квоти от Висшия съдебен съвет и колегиите, към които ги причисляват, нали не правораздават, какво значение за реформата в правната система може да има конституционната промяна в начина, по който се конституира Висшия съдебен съвет и се назначават неговите членове. И закономерно следва изводът на народното безверие простишко формулиран в стихотворение на Никола Вапцаров – „комай ни лъжат тези синковци”! Защото именно за това става дума. За „яхване” от страна на политиците на особено актуалната и болезнена за българското общество тема за реформата в правната система и породените от нея нескончаеми идеи, спорове по медии и в Народното събрание, взаимни обвинения в саботиране на работата по реформата, самоизтъкване, ползване на възможни изборни дивиденди и всичко това - до тук. Самата реформа не помръдва и крачка в полезна, позитивна насока.

Просто моделът на реформата чрез изменение в Конституцията и изборът на Висшия съдебен съвет, е в значителна степен сбъркан. Този модел разглежда изменението и допълнението на редица конституционни текстове, като панацея срещу всички проблеми и злини, които обременяват и увреждат не само българската правна система, но и живота на цялото общество. Няма политик, който щом има възможност да се произнесе по някакъв български проблем, безразлично какъв, да не потърси причините и обвини за съществуването му „сбърканата, недемократична, неевропейска, неефективна” българска Конституция и да не предложи „радикални изменения” в нея. Не трябва да бъде питан за конкретни изменения, които чрез Конституцията ще подобрят „куцащата” сфера на политиката, икономиката, живота на обществото и всеки български гражданин. Хванат, че се изказва неподготвен, но и юридически дълбоко неграмотен, обикновено той дава общи и безполезни до глупост отговори: „Абе, всичко трябва да се измени. Нужно е Конституцията да се насити с повече демократичен, пазарен и проевропейски дух. Да се обърне с лице към нуждите и интересите на българските граждани”. А който иска, нека

да дешифрира недомислените му политически указания, за да ги имплантира в изменение на Конституцията, което да залегне в усилията за извършване на правната реформа.

На работна група от трима души - покойният проф. Георги Петканов, проф. Дончо Хрусанов и мен – проф. Владимир Петров, през ноември 1989 година, непосредствено след смяната на политическото ръководство на България, начело с Политбюро на БКП и Тодор Живков, тогавашното ръководство на БЗНС, с председател Виктор Вълков, възложи да изработим Проект за Конституция на България, като съобразим прогресивните и демократични идеи на убития техен лидер и земеделски кумир – Александър Стамболийски. Такива проекти бяха изработени и от покойния Стоян Ганев, от името на т. нар. Зелен земеделски съюз на Милан Дренчев, от името на БКП/БСП и отделни научни работници, например проф. Янаки Стоилов. Затова с насмешка наблюдавам опитите на млади и елементарно неподготвени „политици”, да оставят следа в конституционно-правната история на България, като за краткия период на пребиваването им в Парламента, запишат имената си сред авторите на предложения за конституционни изменения, които да осъществят реформата в правната система на страната.

Усилията на Европейския съюз да подтикнат българския парламент и правителство, да подготвят и осъществят реформата в правната система са искрени и трябва да бъдат оценявани от обикновените граждани положително и с благодарност. Защото ако не е този, да го наречем политически и финансов „съюзнически натиск”, да приведем правната си система като държава-членка, в съответствие с принципите на Съюза и правните системи на развитите европейските държави, не само българската правна система, но и целия държавен и обществен организъм на България ще продължи да се разлага, докато бъде тотално унищожен. Надеждата е, че съюзните държави от Европейския съюз няма да позволят да се случи това и ще продължат да ни „побутват”, докато не ни вкарат в пътя на нормална демократична държава. Колкото и време и усилия да им струва това. Примерът с „побутването”, съчетано с помощ, които се прилагат по отношение на Гърция, е показателен. Без тези мерки на Евросъюза, Гърция отдавна да е потънала като икономика и държава.

Начинът, по който политическите партии и българските държавни и правителствени институции извършват реформата в правната система, чрез изменение в Конституцията на страната, въпреки неговата порочност и неефективност, се оценява положително от органите на Европейския съюз. Тези органи предпочитат да приветстват даже скромни и неефективни усилия за извършване на реформи, пред пълното бездействие и голословните заявления и обещания, с които отдавна залъгваме европейските ни партньори. Мисля си, че отдавна им е омръзнало от безкрайните, неизпълними обещания, с които отговаряме на ежегодните критични доклади. Някаква истинска европейска почтеност според мен обаче, ги мотивира да твърдят, че ни вярват и да продължават да настояват за извършването на реформите. Защото много добре разбират и човешки оценяват, че в обществото на обединените в Европейския съюз свободни държави, не може да злорадстваш и да приемаш с безразличие

тежката икономическа съдба и липсата на перспектива за народ като българския, който не бива да бъде наказван и лишаван от помощ, заради безхаберното и корупционното бездействие на хората, на които, като водачи, е поверил съдбините си. Да бяха с нашия български манталитет и злорада същност, партньорите ни от Европейския съюз вероятно отдавна биха си казали: „да живеят с корупцията си, докато загинат от нея”.

Предлаганите изменения в Конституцията засягат въпроси от устройствен характер, които нямат никаква връзка с поставените цели на реформата на правната система. Теоретически, участници в подготовката на измененията в Конституцията обясняват, че тези изменения и допълнения, а след това и измененията в Закона за съдебната власт, трябва да изпълнят изключително важната задача, да гарантират независимост на съда и отчетност на прокуратурата пред обществото. Измененията в Конституцията и извършените въз основа на тях изменения в Закона за съдебната власт, трябва да създадат гаранции за ненамеса както в работата на съда, така и при формирането на вътрешното убеждение на прокурора, при осъществяване на действията, предвидени от закона, по хода на конкретно наказателно производство.

Самият Европейски съюз разглежда много тясно и поради това твърде далече, от истинските проблеми на българската правна система, понятието „корупция”, срещу което измененията и допълненията в Конституцията и Закона за съдебната власт трябва да се борят, за да ги премахнат. Под корупция те разбират само и единствено онези нарушения на закона, които се изразяват в получаване на имотна облага от магистрата, за да постанови изгоден за съответното лице съдебен или прокурорски акт. Такова действие представлява безспорно проявна форма на корупцията и за тази корупция в докладите на Европейския съюз се настоява България да вземе решителни мерки за нейното изкореняване. Срещу тази корупция българската правна система винаги е водила борба, а проявните ѝ форми, като състави на престъплението подкуп, с различен успех на разкриваемост и доказване, винаги са били преследвани и наказвани. Това явление обаче, което в много от страните на Европейския съюз не показва сериозни проявни форми, поради това не се счита за корупция е „същинската”, масовата корупцията, която при български условия задушава истински българската правна система. Това е корупцията в нейната многолика същност и многобройни проявни форми. Това е корупцията например, на неподготвения съдия, решенията на когото представляват узаконен съдебен произвол. Или на съдията, който се поддава при разрешаването на делото на различни форми на влияние – служебно, политическо, роднинско, приятелско, колегиално и т.н., поради което решението по делото не отразява обективната истина, основана на фактите и доказателствата, а „нашепванията” и „внушенията”, които са били продиктувани на съда или той „предвидливо е съобразил”, че трябва да вгради в решението.

За насърчаването на подобни форми на корупция в съдебната система, съществен принос имат и страните участници в процеса, които са склонни да обясняват сполуки и несполуки в изхода на делото, с някаква незаконна и по същество корупционна намеса, в събирането и анализирането на

доказателствата по делото и постановяването на съдебното решение или присъда. Важното е, че нищо не става въз основа на закона. Мислене, което допълнително обременява правната система. Обрича усилията за търсене и участие в справедлив и честен съдебен процес, където знанието и авторитета на съдията и адвокатите по делото гарантират спазването на закона и търсене на обективната истина при постановяване на решението, се превръща в усилия по търсене на връзки, ходатайства и зависимости от най-различен вид и характер.

Във встъпителна лекция - „Културно възпитателното значение на правораздаването”, изнесена в Юридическия факултет на Софийския университет „Св. Климент Охридски”, по повод назначаването му за доцент, проф. Живко Сталев разкрива истинския облик на съдията, за когото не е нужна съдебна реформа, за да бъде такъв, какъвто повелява закона и човешкия му и професионален морал. При разглеждане на делото съдията трябва да има такава прецизна юридическа подготовка, професионален опит, принципност и честност при разглеждане на делото, че при постановяване на съдебното решение и двете страни да приемат това решение, като принципно и справедливо. Страната, която е спечелила делото – защото тезата, която е защитавала е била законосъобразна и доказана и съдът, прилагайки закона, с основание я е уважил. А страната, която е загубила делото, защото в процеса, от фактите и доказателствата се е установило, че нейната теза по делото е незаконосъобразна или недоказана и съдът напълно справедливо я е оставил без уважение.

А как оценяват успеха или неуспеха по делото гражданите и юридическите лица, участници в процеса, при днешната ситуация в българската съдебна система? И за двете страни успехът или неуспехът се дължат на най-различни фактори, но в никакъв случай на компетентното, прецизно и честно разглеждане и решаване, в съответствие със закона, на делото от съдията. Страната загубила процеса обяснява загубата с това, че „на съдията са бутнали пари”; „намерили са приятелски или роднински връзки, с които да му въздействат”; „натиснали са го по служебна линия”; „обещали са му високо платена работа в частна фирма, държавно учреждение, работа в посолство на България във „високо класна държава”; срещу „услугата” по делото ще му подарят „скромна”, двуетажна вила на морето. Вариантите, по типично нашенските обяснения, са безкрайни.

Това е и от гледната точка на страната спечелила делото. Дадени са, лично или чрез адвоката „пари”, обещани са услуги, назначения на работа в чужбина, записване на детето в Университета, включване в предплатена екзотична екскурзия, до по-кратка или далечна дестинация, обещание за кумуване, кръщение и какво ли още не.

Следователно, ако не бъде променен и манталитета, мисленето на българина, така че той да бъде в известен смисъл гарант за честно, въз основа единствено на закона правосъдие, никаква реформа в правната система истински не може да бъде проведена. Каквото и да било изменение в Конституцията или в Закона за съдебната власт, ще бъде един палиатив, адресиран по-скоро към партньорските на България държави в Европейския

съюз, отколкото към изграждане на истинска, основана на законови правила, правна система.

Извършените изменения и допълнения в Конституцията, засягат въпроси от устройствен характер, които нямат никаква връзка с поставените цели на реформата на правната система. Теоретически, участници в подготовката на измененията в Конституцията обясняват, че тези изменения, а след това и измененията в Закона за съдебната власт трябва да изпълнят изключително важната задача, да гарантират независимост на съда и отчетност на прокуратурата пред обществото. Измененията в Конституцията и извършените въз основа на тях изменения в Закона за съдебната власт, трябва да създадат гаранции за ненамеса както в работата на съда, така и при формирането на вътрешното убеждение на прокурора, при осъществяване на действията, предвидени от закона, по хода на конкретно наказателно производство. Макар и важни подобни цели, претворени чрез изменение в Конституцията, с нищо няма да засегне истинската корупция, която разлага българската правна система. Тези изменения предполагат наличие на корупционни действия от страна на членове на Висшия съдебен съвет, които да бъдат предотвратени, посредством новите правила установени в изменените и допълнени норми на Конституцията. Това на практика означава въздействия върху взимането на решения, свързани с назначаването, повишаването и освобождаването на конкретни лица от заеманата магистратска длъжност, но не може да оказва каквото и да било въздействие върху съдийската независимост при разглеждането и постановяването на решение по конкретно дело. А именно там се проявява истинската и разлагаща българската правна система корупция. Съдебната система в България в този смисъл, може обобщено да кажем, че страда от „магистратите в тоги“, от тези които облечени в тоги, като символи на съдебната власт могат да въздействат върху делото, което трябва да решават, по напълно безконтролен начин. И тогава, без каквито и да било скруполи, без страх от дисциплинарно наказание и морални упреци, да постановят решение по делото, каквото намерят за добре. Тези магистрати не се плашат и от съществуващата в закона възможност, постановените от тях съдебни актове да бъдат обжалвани. Важното е, че са постановили съдебен акт, който ги освобождава от по-нататъшното разглеждане на делото, който прехвърля върху контролната съдебна инстанция да си „блъска главата“, с релевираните с жалбата пороци на решението. Че този съдебен акт прикрива незнание на съдията по материята предмет на делото, че с него са изпълнени почти обещания, че с него остава несанкциониран „магистратският мързел“, често пъти граничещ със съдебен произвол, да проучи внимателно и безпристрастно делото, за да постанови правилно и законосъобразно решение.

Срещу тази истински опасна форма на корупция, която струва ми се трябва да бъде посочена като главната, основната причина за разлагането на българската правна система, за съжаление, истински ефикасно средство за лечение, струва ми се, че не е открито. Във всеки случай, такова средство не е материалния стимул. Получаваното от магистратите трудово възнаграждение, и сега е сред най-високите в държавата и непрекъснато расте в годините. Защото българското общество много отчетливо разбира, високо отговорната и

изключително натоварена работа на магистратите, която без съмнение следва да бъде оценена по достойнство. Но тази оценка на държавата и обществото, много често се разминава със самооценката на самия магистрат, според когото трудът му не е оценен добре и справедливо. Тогава той компенсира това, „което му се дължи”, с присъщите на съдебната корупция форми на небрежно, безотговорно, некомпетентно, повърхностно, пристрастно изпълнение на магистратските си задължения.

Член 132 от Конституцията предвижда, че при осъществяване на съдебната власт съдиите, прокурорите и следователите не носят наказателна и гражданска отговорност за техните служебни действия и за постановените от тях актове, освен ако извършеното е умишлено престъпление от общ характер.

Изменението и допълнението в Конституцията, което да подготви и създаде конституционноправната основа за осъществяване на реформата в правната система на България, не обърна абсолютно никакво внимание на необходимостта от съществено преосмисляне и изменение на правилото на този член. Конституционният законодател не се реши на подобна стъпка. Сякаш уплашен, да не би да породи конфликт със съдебната власт, той много „завоалирано”, намери за достатъчно да вмени в чл. 132а, ал. 6 от Конституцията на Инспектората към Висшия съдебен съвет множество задължения, които от самата редакция на изменението на Конституцията става ясно, че са поредно палиативно средство, което няма за цел да подпомогне и извърши истинска крачка към реформата на правната система. Член 132а, ал.6, изр. второ/ново/ на Конституцията предвижда задължение на Инспектората към Висшия съдебен съвет да извършва проверки за почтеност и конфликт на интереси на съдии, прокурори и следователи, на имуществените им декларации, както и за установяване на действия, които накърняват престижа на съдебната власт, и такива, свързани с нарушаване на независимостта на съдиите, прокурорите и следователите.

Изменението и допълнението на Конституцията е един пропуснат удобен случай, да бъде възприет необходим и радикален подход в опитите на българския законодател, да започне борба за законодателно осъществяване на важни и действени стъпки по пътя на правната реформа. Тези стъпки няма да бъдат постигнати с приетото изменение и допълнение на Конституцията и възложените правомощия на Инспектората към Висшия съдебен съвет. Абсурдно е и да се разчита, на някакво морализиране на магистратите, при осъществяване на техните служебни задължения, което, доколкото може да бъде резултат само и единствено на тяхното вътрешно убеждение, не подлежи на въздействие и законосъобразен контрол. Затова като първа сериозна стъпка, която можеше да бъде предложена при изменението и допълнението на Конституцията, трябваше да бъде изменение в отговорността на магистратите, когато със своите некомпетентни, пристрастни, резултат на различни форми на влияние и въздействие актове, са причинили сериозни имуществени и неимуществени вреди на лицата, страни по делата, които са разгледани и решени от тези магистрати.

За подобни съдийски актове, изменение в чл. 132 от Конституцията и Закона за съдебната власт трябва да предвиди, че „**съдиите, прокурорите и**

следователите носят наказателна и гражданска отговорност, освен когато извършеното е умишлено престъпление от общ характер, но и когато по своите тежки вредоносни последици за страните в процеса, извършеното може да бъде характеризирано като умишлено причинено, чрез съдебен акт, непозволено увреждане, граждански деликт". В Закона за съдебната власт системата от наказания за магистрати и най-вече съдии, които си играят и подиграват с правата и интересите на гражданите, трябва да предвижда такива санкции, че да бъдат сериозна превенция и гаранция срещу подобно корупционно поведение. И разбира се, освобождаване на такива магистрати от заеманата магистратска длъжност, за която те очевидно не притежават необходимите нравствени, морални и професионални качества. Служебното положение на магистратите не може да бъде конституционна индулгенция, която да ги освобождава от отговорност за всякакви техни, включително и незаконосъобразни действия, при изпълнение на професионалните си задължения.

д-р Никола Тупанчески*

м-р Драгана Кипријановска**

ЗА НОВИНИТЕ ВО УРЕДУВАЊЕТО НА ИНСТИТУТОТ ПОМИЛУВАЊЕ ВО ЗАКОНОДАВСТВОТО НА РЕУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 343.292.04 (497.7)

Original Research Paper

„Во современи услови, помилувањето не смее да се поима како индивидуален акт на милост, ситуиран во рацете на поединци кои располагаат со определени властувања. Спротивно на ваквите сфаќања, денес, помилувањето претставува составен елемент на уставниот систем на државата.“

Оливер Вендел Холмс¹

1. Воведни напомени

Од денешен агол, помилувањето (од францускиот поим „*le pardon*“ којшто термин потекнува од старолатинскиот поим „*perdonare*“ - опростување или дарување од страна на владетелот²) претставува интегрален дел на правните системи на повеќето европски држави. Одредени автори уште го нарекуваат и „жив фосил,“ или „реликт од минатото што стои во нераскинлива врска со апсолутната моќ на владетелот во правосудната сфера.³ Независно од резигнацијата и жестоките критики што му се упатуваат на овој институт, меѓу другото и особено поради тоа што со него директно се атакува врз начелото на поделба на власта,⁴ а не помалку и врз уставното начело на еднаквост пред

* Редовен професор на Универзитетот „Св.Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

** Докторанд на Универзитетот „Св.Кирил и Методиј“, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

¹ Biddle v. Perovich, 274 U.S. 480, 486 (1926), Rosenzweig, P., A Federalist Conception of the Pardon Power, The Heritage Foundation, Legal Memorandum (89) on Legal Issues, December, 2012.

² Kadish, S.H., Encyclopedia of Crime and Justice, New York, 1983, стр. 59.

³ Sebba, L., The pardoning power - a world survey, Journal of Criminal law and Criminology, Vol. 68, no. 1, 1977, стр. 83.

⁴ Во оваа смисла, се истакнува дека властувањата за помилување во модерната политичка теорија за власта се потполно антидемократски, оттаму што надлежноста за

законот (т.е. барањето за еднакво подложување на секоја индивидуа на правните последици предвидени со Кривичниот законик)⁵ и врз можноста секое обвинето лице во соодветна постапка да ја докажува својата невиност,⁶ казненоправната теорија и пракса и денес, во добра мера, бележи приврзаност кон стојалиштата кои ја оправдуваат неговата примена. Ваквиот заклучок неминовно произлегува и од анализата на компаративните законодавства чишто решенија, независно од варијациите кои постојат помеѓу нив, генерално, остануваат на определбата за задржување на споменатиов институт на теренот на казненото право, пренесувајќи ги во претежен дел, овластувањата за негово ефектуирање во рацете на шефот на државата. Произлегува оттука, дека дури и ако се прифати како издржано тврдењето дека со помилувањето се врши повреда на начелото на троделба на власта, ваквиот „упад“ е сепак, со „благослов“ на Уставот чишто одредби, поаѓајќи од државно-политички потреби, настојуваат да креираат и определени исклучоци од едно од темелните начела врз кои се заснова правниот систем на секоја демократска држава.

Во основа, главните аргументи што ја потенцираат неговата важност поаѓаат од уверувањето дека помилувањето (а слично и амнестијата како колективен акт на милост), претставува корисен криминално-политички инструмент за разрешување на разновидните ситуации што може да настапат *по правосилноста на пресудата*, а кои не би можеле ефикасно да се решаваат со повторно враќање кон сложената и најчесто спора судска процедура. Така,

пресудување и казнување во државите со демократско уредување е исклучиво концентрирана во рацете на судските власти. Ваквите повреди се дотолку поочигледни кога помилувањето се јавува во облик на аболиција, Sebba, L., *The pardoning power - a world survey*, стр. 83.

⁵ Подетално за ова в. Bassiouni, C., *Introduction to International Criminal Law, Second Rev. Ed.*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, стр. 974.

⁶ На практичен терен, на помилувањето му се префрла дека неговото опстојување во современото казнено право не може, ниту во најмала рака, да се смета за утилитарно поради тоа што модерните казнени законици познаваат низа правни институти чијашто примена, не само што овозможува да се избегнат несправедливите последици - т.н. судските грешки, туку и во значителна мера, придонесува кон прилагодување на изречената казна (такви се во прв ред, олеснителните околности, ублажувањето на казната, ослободувањето од казна, повторувањето на постапката, вонредното ублажување на казната, условниот отпуст, амнестијата и рехабилитацијата).

во случај на дефектност на казненото право поради неговата воопштеност (универзалност), помилувањето се става во функција на правичноста и овозможува поправање на несовершеноста и нееластичноста на казненото право.⁷ Не помалку, во поединечните случаи помилувањето може да послужи како моќен инструмент за ресоцијализација и рехабилитација на осуденото лице. Поинаку речено, тоа е на линија на подобрување на шансите за негова ресоцијализација, бидејќи е засновано врз уважување на индивидуалниот случај⁸ и оценување дали сторителот се поправил и дали казната е и понатаму нужна.⁹ Помилувањето има уште една важна димензија, која најдобро доаѓа до израз низ неговите економски ефекти. На него имено, се гледа и како на корисно средство за намалување на трошоците за издржување на затворските казни и оттука, произведува влијание при решавањето на проблемот на акутната пренатрупаност на затворите.¹⁰ Најопшто земено, она што претставува *spiritus movens* на помилувањето е токму постоењето на оправдани државни причини за негово воведување и натамошно одржување во правниот систем. Самиот акт на милосрдие тука, не е само појдовна цел, туку водечка идеја и помошно средство низ кое треба да се обезбеди остварување на одредени функции на правото.¹¹

Следната појдовна основа и очигледно една од најважките е онаа според која *посегнувањето кон чинот на милост треба да се постави во определени лимитирани рамки*. Уште *Bentham*, еден од најистакнатите противници на *т.н. немотивирано помилување (помилување без повод)*, тврдел дека

⁷ Bačić, F., *Krivično pravo, opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, стр. 429.

⁸ Актот на помилување е поединечен правен акт, т.е. индивидуална правна норма бидејќи во него субјектите се означени како поединци, по име и по презиме и не предизвикува натамошно дејство по однос на соизвршителите и соучесниците на казненото дело.

⁹ Слично и Камбовски, В., *Казнено право - општ дел*, Четврто изменето и дополнето издание, Скопје, 2011, стр. 546

¹⁰ Martin, E. Susan: *Commutation of Prison Sentences: Practice, Promise, and Limitation*, *Crime & Delinquency*, October, 1983, стр. 610.

¹¹ Слично и Kurtović, *Pomilovanje u kaznenom pravosuđu (u povodu novoga Zakona o pomilovanju)*, *Hrvatski ljetopis za kazнено pravo i praksu*, Zagreb, Vol. 10, br. 2/2003, стр. 492.

неограничената моќ за помилување води кон неказнување за различните облици на криминално неправо, распуштање на владата и на политичкото општество.¹² Оттука, за да не се сведе на израз на арбитрарна волја што остава простор за злоупотреба, во добар дел од европските земји постои консензус по однос на потребата од релативизација на ексклузивната моќ на шефот на државата при одлучувањето за помилување и востановување на дополнителни/ придружни механизми на надзор врз севкупниот процес (помилувањето како процес кој минува низ повеќе филтри).¹³

Според *Bassiouni*, помилувањето ќе се смета за оправдано само тогаш кога се уважени следниве претпоставки: а) помилувањето секогаш треба да следи *по осудата за делото и по изрекувањето на казната*; б) неговата примена треба *да се ограничи на определена категорија на казнени дела* и в) да се заснова врз *особено оправдани причини*. Без претерување, но, се чинат сосема издржани неговите тврдења дека само на ваков начин може да се осигура дека невините лица нема да се соочат со казна, како и дека со актот на помилување нема да бидат опфатени сторителите на казнени дела од било каков вид (што подразбира селекција на облиците на неправо што можат да бидат опфатени со актот на милост), водејќи притоа, сметка и за причините што стојат во каузална врска со примената на овој акт.¹⁴

Третата важна основа која е директно поврзана со погоре изнесените барања и воедно, ја определува содржината на овој институт е изразена низ искристализираниот став врз кој речиси без исклучок, се потпираат законодавствата на државите од континенталното право, а не помалку и на оние од *common law* системот: *помилувањето може да следи само по осудата за делото; со него не се укинува осудата за казненото дело, туку се интервенира*

¹² Works, Vol. 1, стр. 530 според Barnett, D.J., The Grounds of Pardon, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 17, Issue 4 February, стр. 490.

¹³ Во теоријата главно, се истакнуваат четири облици, т.е. извори на ограничување кога е во прашање примената на институтот на помилување, и тоа: законодавната власт, правосудната власт, јавноста и самата извршна власт, Kobil, D.T., стр. 21-25 според Kurtović, 2003, стр. 497.

¹⁴ Bassiouni, C., Introduction to International Criminal Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, стр. 974.

во изречената казна и тоа, по пат на целосно или делумно ослободување (простување) од извршувањето на казната или замена на изречената казна со друга (полесна) казна.

Општо земено, помилувањето во вид на аболуција речиси и да претставува непозната пракса во компаративното право, а повеќето законодавства со право стојат на позициите дека аболуцијата може да биде вградена само во актот на амнестија и како таква, да претставува предмет на одлучување на законодавниот дом. За разлика од аболуцијата, чиишто поседици се далеку поопсежни од оние на помилувањето (фрлање во заборава на самото дело и произведување ретроактивно дејство - *ex tunc*), помилувањето е само пречка за извршувањето на казната (*фикција на извршувањето на казната*) и со него не се поништува осудата за делото (дејствува *ex nunc*).¹⁵

2. Општо за помилувањето во компаративното право

За државите од редот на т.н. класични демократии карактеристични се два модела на помилување, и тоа: *модел на претседателска егзекутива* (таков е, на пример, моделот прифатен во САД според кој, правото на помилување му припаѓа на Претседателот на САД, при што, неговите дискрециони овластувања се ограничени со постоење на определени процедурални услови) и *модел на парламентарна егзекутива* (така, Австрија, Германија, Италија). Карактеристична за вториов модел е поделбата на овластувањата за помилување помеѓу шефот на државата и Владата. Во Австрија на пример, Претседателот на државата може да донесе одлука за помилување само на предлог на Сојузната влада, односно на предлог на министерот овластен од страна на Владата, при што, таквата одлука треба да биде потпишана и од страна на Сојузниот канцелар, т.е. од надлежниот министер. Дури и во Франција која спаѓа во кругот на држави во кои Претседателот самостојно

¹⁵ Подетално за ова в. Kurtović, 2003, стр. 498-502.

одлучува за актот на помилување, одлуката треба да биде потпишана и од Претседателот на Владата или пак, од Министерот за правда.¹⁶

Што се однесува до самиот термин (помилување), во компаративното право се прифатени неколку називи. За државите од англоамериканско тло карактеристичен е поимот, „*clemency*“ (од старолатинските зборови „*clemens*“ - милостивост и „*clementia*“) кој означува благост или сколоност да се биде милостив. Како синоним за овој поим се користи уште и терминот „*pardon*“, иако, со него се означува само еден од облиците на милост во англоамериканското право. За ублажување на казната се користи и поимот „*commutation*“ и со него најчесто се опфатени случаите на ублажување на смртната казна, т.е. нејзина замена со казна доживотен затвор.¹⁷

3. Нормативно правна и /или политичка подлога на помилувањето во Република Македонија...?

Во Уставот на Република Македонија помилувањето се споменува во одредбата од чл. 84 во која се прецизирани надлежностите на Претседателот на државата. Во таа смисла, потенцирано е дека шефот на државата меѓу другото е надлежен и да дава помилување во согласност со закон (ст. 1 алинеја 9 од Уставот).

Неговата содржина пак, е определена во чл. 114 од Кривичниот законик: „со помилувањето на поименично определено лице му се дава *ослободување од гонење* или *потполно или делумно ослободување од извршување на казната*, му се *заменува* изречената казна со поблага казна или со алтернативни мерки или му се определува *бришење на осудата* или му се *укинува*, односно му се *определува пократко траење* на определена правна последица од осудата или на казната“ (ст. 1). Освен тоа, со помилувањето може да се определи *укинување или пократко траење на казните забрана* на вршење на професија, дејност или должност, забрана на управување со моторно возило на сторителите кои се

¹⁶ Kurtović, 2013, стр. 495 (ф. 48).

¹⁷ За значењето на овие поими подетално в. Stafford, P.S., Clemency: Legal Authority, Procedure, and Structure, Virginia, 1977, стр. 91.

возачи по занимање и протерување на странец од земјата (ст. 2).

Законот за кривичната постапка¹⁸ пак, го уредува правното дејство на даденото помилување во кривичната постапка. Во таа смисла, помилувањето се јавува како основа за отфрлање на кривичната пријава (чл. 288 ст. 1), запирање на истражната постапка (чл. 304 ст. 1 алинеја 2), донесување пресуда за одбивање на обвинението кога обвинетиот бил ослободен од кривично гонење со акт на помилување (чл. 402 т. 6), постоење повреда на Кривичниот законик (чл. 416 т. 3), преиначување правосилна пресуда без повторување на постапката со која за повеќе кривични дела е изречена единствена казна која не би можела да се изврши во еден дел поради даденото помилување (чл. 477 ст. 1 т. 4) и поднесување барање за повторување на кривичната постапка откако осудениот ја издржал казната без оглед на помилувањето (чл. 451 ст. 2).

Ако се појде од законските решенија, произлегува дека помилувањето во себе ја апсорбира и аболицијата. Како облик на помилувањето (а така и на амнестијата), аболицијата може да се даде во сите фази на казнената постапка, сè додека пресудата не станала правосилна. Најопшто земено, таа подразбира прекинување на веќе започнатата кривична постапка за докажување на делото и вината на сторителот во која било фаза од постапката до објавувањето на пресудата. Овој институт значи негирање на кривичната постапка, негирање на кривичниот прогон со запирање на постапката, запирање на сите процесни дејствија на органите на гонење чиешто надлежности се пропишани со Уставот и со законите. Од кривичноправен аспект, значи дека овие кривични дела повеќе не постојат, се фрлаат во забрав во актуелна и во идна смисла.

Подетално прашањата поврзани со помилувањето се уредени со Законот за помилувањето од 1993 година, ревидиран во неколку наврати и последен пат во март 2016 година.¹⁹ Со него е утврдена и самата постапка за помилувањето, па, во таа смисла, Законот прави разлика помеѓу помилување

¹⁸ Сл. весник на РМ, бр. 150/10, 100/12 и 142/16. Одлука на Уставниот суд на РМ, У. бр. 2/2016 од 28 септември 2016 година, објавена во Сл. весник на РМ, бр. 193/16.

¹⁹ Сл. Весник на РМ, бр. 20/1993 и 99/16. Одлука на Уставниот суд на РМ, У. бр. 19/16 од 28 март 2016 година, објавена во Сл. весник на РМ, бр. 58/16.

што се дава по молба на осуденото лице и помилување по службена должност. Кога постапката се поведува по молба на осуденото лице, во негова корист молба за помилување може да поднесат брачниот другар, роднина по крв во права линија, брат, сестра, посвоител, посвоенник, хранител или старател. Ако пак, таа се поведува *ex officio*, овластувањата за тоа му се доверени на министерот за правда.

Во поглед на постапката за помилување за ослободување од гонење, Законот пропишува дека таа се поведува само по службена должност и во било кој стадиум на кривичната постапка (чл. 3). Постапката за помилување е итна.

Молбата за помилување се поднесува до Претседателот, преку судот што ја изрекол пресудата во прв степен, а кога молбата е поднесена до друг орган или институција, тие се должни без одлагање да му ја достават на надлежниот суд. Тука, законодавецот децидно стои на ставот дека молбата за помилување може да се поднесе само по правосилноста на пресудата. Во случај на отфрлање на молбата кога постои некоја од причините наведени во чл. 7 ст. 1 од Законот (така, поднесување на молбата од страна на неовластено лице, кога помилувањето е недозволено или кога е повторно поднесена молба пред истекот на определениот рок), осуденото лице може повторно да поднесе молба во законски пропишаните рокови на кои судот внимава по службена должност.²⁰ Според Упатството за постапување на судовите и казнено - поправните установи по предметите за помилување²¹, ако со една молба се бара помилување за повеќе лица осудени со една пресуда, ќе се смета дека постојат толку молби колку осудени лица барале помилување и секоја од нив добива посебен број. За оправданоста на помилувањето не е потребно уште да се прибави и мислење од страна на Јавното обвинителство.

²⁰ Согласно чл. 6 ст. 2 од Законот, молбата за помилување може повторно да се поднесе по истекот на три месеци од денот на донесената одлука по претходната молба, кога е изречена казна затвор или малолетнички затвор во траење до една година, по истекот на шест месеци, кога изречената казна е над една до три години, а кога е изречена повисока казна од три години, по истекот на една година.

²¹ Сл. весник на РМ, бр. 39/93.

Судот пред да ја достави молбата за помилување до Министерството за правда ги проверува фактите и околностите важни за решавање, на кои се повикува подносителот во молбата и извештајот за тоа го приложува кон молбата. Министерот за правда веднаш по приемот ја разгледува молбата и другите списи и заедно со својот предлог ја доставува до Претседателот на Републиката.

Членот 11 од Законот статуира можност за Претседателот на државата (по исклучок) да може да дава помилување и без спроведување на законски пропишаната постапка кога е тоа од интерес за Републиката, или кога посебни околности што се однесуваат на личноста и на кривичното дело укажуваат на оправданоста од таквото постапување.

Со Новелата на Законот за помилување од мај 2016 година,²² воведен е нов член 11-а со кој се уредува можноста Претседателот на државата да го поништи помилувањето дадено без претходна постапка за помилување во рок од 30 дена од денот на донесувањето на законот и едновременно е пропишано дека тој не е должен да ја образложи таквата одлука. Новина претставува и решението според кое на лицето за кое е донесена одлука за помилување му се дава право да поднесе барање за поништување на одлуката за негово помилување и во таков случај, Претседателот на Републиката е должен во рок од 30 дена од денот на поднесувањето на барањето, да ја поништи донесената одлука.

Овој потег во основа следеше како резултат на претходно донесената одлука од страна на Уставниот суд на Република Македонија во март 2016 година со која дополнително беа разбранувани и онака немирните води на политичкото владеење. Во услови кога оној на кој му е доверена улогата на чувар на уставноста и законитоста сериозно потфрли, а местото на разумот го отстапи на политичкото безумие, Македонија се најде во длабока (и пролонгирана!) состојба на криза, а спомената одлука претставуваше предмет на сериозни реакции во домашната и во меѓународната јавност. Сепак, целта на

²² Сл. Весник на РМ, бр. 99/16.

овој труд не е да навлезе во поподробна експликација на таквите решенија и мотивите што стојат во нивната заднина, туку да ја отслика позитивно-правната рамка на помилувањето во домашното право.

Една од најважните измени резултат на погоре споменатата одлука на Уставниот суд²³, е определбата за поставување на овој институт во значително пошироки рамки (т.е. враќање кон старите решенија од 1993 година), без притоа, да се води сметка за видот на кривичните дела што кои може да бидат опфатени со актот на милост. Притоа, Уставниот суд ја базираше својата одлука на становиштето дека Претседателот не може да биде ограничен при активирање на институтот помилување, бидејќи со тоа би се изгубила смислата на овој институт!

Во таа пригода, Уставниот Суд нагласи дека е погрешно да се прецизира кругот на кривични дела што не смеат да бидат опфатени со помилувањето („превенцијата од вршење на овие кривични дела во иднина како што сметал законодавецот, според Судот не може да биде причина за ограничување на правото за давање на помилување на начин како што се предвидува со оспорениот Закон за изменување и дополнување на Законот за помилување...“), како и дека со така поставените одредби во суштина, се доведува во прашање начелото на поделба на власта на законодавна, извршна и судска, а така и еднаквоста на граѓаните, уставното право за давање на помилување на Претседателот на Републиката и неговата уставна поставеност како дел од извршната власт!²⁴ Накусо, Судот застапа на стојалиштето дека пропишаните

²³ Со оваа Одлука на Уставниот суд е укинат Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување од 2009 година.

²⁴ Во Одлуката е наведено дека судот е тој кој ја одмерува казната и притоа, ги има предвид сите олеснувачки и отежнувачки околности, додека помилувањето не е акт кој има карактер на казна или друга кривична санкција, туку со него само се изразува поблаг став кон сторителот. Претседателот на Републиката не одлучува во својство на судски орган, туку носи **неотповиклив и конечен акт на милост** како државен орган кој го добил својот легитимитет од граѓаните преку непосредни избори. Исто така, се наведува дека помилувањето е неприкосновено уставно и законско право на Претседателот на Република Македонија, кое може да го користи по своја оцена во рамките на постапка која е утврдена со закон и поради причини кои може да не се од казненоравна природа, при што не се навлегува во фактичката и во правната оцена на судот. Во таа смисла, истакнато е и дека не постои поделба или степенување на

ограничувања во поглед на правото за давање на помилување на Претседателот, значат задирање во неговата уставна надлежност од страна на законодавецот.

За потсетување, пред донесување на оваа Одлука, сетот-казнени дела што беа исклучени од можноста за помилување ги опфаќаше следниве: кривични дела против изборите и гласањето, дела против половата слобода и половиот морал сторени спрема деца и малолетни лица, одредени дела против здравјето на луѓето (така, неовластено производство и пуштање во промет на наркотични дроги, психотропни супстанции и прекурсори и овозможување на употреба на наркотични дроги) и кривични дела против човечноста и меѓународното право. Претседателот, исто така, не можеше да помилува лице - државјанин на РМ кое казната ја издржува во матичната држава, а кое било осудено со пресуда на меѓународен кривичен суд.

Треба во овој контекст да се нагласи и тоа дека иако, оваа одлука беше донесена со мнозинство гласови од страна на судиите на Уставниот суд, сепак, четворица судии имаа издвоени мислења.

Главните тези што тие ги истакнаа првенствено се засноваа врз следниве аргументи: отсуство на втемелена и квалитетно образложена аргументација во поглед на резонот за целосно укинување на Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување од 2009 година, вклучително и аргументација која би ја образложила крупната интервенција на Судот поединечно по членови по однос на укинатите одредби; преокупираност на Судот со член 1 од Законот, додека останатите одредби се само таксативно наведени без притоа, да се направи продлабочена анализа за нивната неуставност; заснованост на Одлуката врз комбиниран пристап, при што, се навлегува во интерпретација на неуставноста на само еден член (односно, на членот 1), со евидентно пренебрегнување на останатите одредби со што се допушта арбитерна интервенција без да следи и соодветно образложение. Натаму, во изнесеното мислење се вели дека Претседателот на државата не е

кривичните дела, па според тоа, не треба да постои и ограничување за кои кривични дела не може да се даде помилување.

суверен (како што би бил монархот), туку неговата положба мора целосно да биде уредена со Уставот, а тоа е така бидејќи се работи за исклучително значајна државна функција и за персонализирана власт во рамки на правото. Не помалку, потенцирано е и тоа дека во услови кога надлежноста за помилување нема подетална уставна разработка, сосема јасно и разбирливо е оваа материја да биде регулирана со закон којшто аргумент го прави неиздржан ставот на мнозинството судии дека законодавецот нема уставно овластување да уредува прашања што се однесуваат на внатрешната организација и на работата на Претседателот. Оттука, законодавецот при уредување на помилувањето со закон не излегува надвор од своите уставни надлежности, бидејќи Претседателот е ограничен со постојната уставна рамка, односно со законската процедура кога дава помилување.

Во продолжение нагласено е и тоа дека Законот за помилување од 1993 година и укинатиот Закон за изменување и дополнување на Законот за помилување од 2009 година конвергираат и меѓусебно се дополнуваат сочинувајќи една правна целина па, во таа смисла, со оглед на правната природа на одредбите од Законот за помилување кои наведуваат на ист пристап кон уредената материја како и измените и дополнувањата, логично би било да постои интервентна одлука од страна на Судот и за Законот од 1993 годинна и тоа, по негова иницијатива.

По однос на укинатиот член 1 став 3 и 4 во кој таксативно беше наведено на кои лица осудени за определени кривични дела не може да им се даде помилување, експлицитно е истакнато дека напуштањето на ваквиот приод претставува погрешен потег. Во контекст на тоа, се вели дека одредбите од укинатиот Закон не упатуваат на никаква повреда на уставното право на еднаквост на граѓаните од член 9 од Уставот бидејќи кога се во прашање конкретни кривични дела, не може да се земе дека се работи за различно третирање на лица кои имаат ист статус (осудени лица) и кои се наоѓаат во иста правна ситуација. Ова, оттаму што, се работи за лица-сторители на различни кривични дела кои повлекуваат различна кривична одговорност што одговара на степенот на неправо на делото. Правото на помилување не е

право кое треба поеднакво да му се даде на секој сторител на казнено дело, туку во прашање е можност која зависи од проценката и милоста на Претседателот (значи, не се работи за право или слобода, за да се постави прашањето за нееднаквост или дискриминација, туку само за дискреционо право на Претседателот). Натаму, нагласено е дека со укинување на одредбата од Законот која се однесува (ше) на неможноста Претседателот да даде помилување на домашен државјанин кој издржува казна во Република Македонија, а кој е осуден со пресуда на меѓународен кривичен суд за кривични дела против човечноста и меѓународното право, се доведува во прашање почитувањето на општоприфатените норми на меѓународното право за кои Република Македонија е обврзана со сите меѓународни конвенции кои ги има ратификувано и коишто се составен дел на домашниот правен поредок.

Сериозна задршка е изразена и во поглед на одредбата за укинување на членот 2 во кој подетално беа уредени видовите на помилување, натаму, на членот 4 став 3 со кој беше разработена постапката за упатување на молбата за помилување и на членот 5 што се однесуваше на формирањето и принципите за работа на Комисијата за помилување. Според мислењето на дел од судиите, законодавецот има уставно овластување да го уреди и формирањето, составот, бројот и начинот на работа на Комисијата за помилување како тело од техничко-помошен и советодавен карактер (укинатиот чл. 5-а), а тоа е така бидејќи во системот на контрола и баланс на власта помеѓу законодавецот и Претседателот, битна улога игра и Комисијата која со својата работа го администрира процесот и ја канализира волјата на Претседателот,

Во продолжение на мислењето се наведува и дека поставувањето одредени рестрикции по однос на постапувањето на авторитетот што го дава помилувањето претставува етаблирана пракса во компаративното право. Следејќи ги компаративните искуства, јасна е тенденцијата за која се залагаат повеќето современи држави, за ограничување на апсолутното дискреционо право на Претседателот во поглед на давањето на помилување (така, Швајцарија, Белгија, Шпанија, БиХ, итн.). Во одредни држави овие заложби се

постигнуват со помош на Комисијата за помилување која има за цел административно ограничување на дискреционото право на претседателот за помилување, во други, нагласокот е ставен врз вршењето јавен увид и контрола, по пат на објавување на периодични и годишни извештаи за опсегот на помилувањата, додека во трети, однапред е лимитиран кругот на казнени дела што може да подлежат на актот на милост.

Критиките на несоодветната законска легислатива одат заедно со срамниот политички амбиент во Република Македонија што доби во својата тежина, токму со одлуката на Претседателот на државата да помилува ни повеќе ни помалку, туку вкупно 56 високи државни и партиски функционери и нивни помошници. Серијата реакции кои следеа поради ваквиот потег беа и повод за усвојување измени и дополнувања на Законот за помилување во мај 2016 година со кои е воведена можност за Претседателот (по негов личен избор!) да го поништи даденото помилување без претходна постапка и без притоа, да ја образложи таквата одлука. Наједноставно, на противуствано дадената амнестија се реагираше со носење на противустван закон!

Имено, при внесувањето на новото решение од чл. 11- а малку се водеше сметка за уставната забрана за ретроактивно дејство на Законот кога тој води кон понеповолен исход за сторителот. Попрецизно, Уставот дозволува ретроактивно дејство на закон, само ако тој закон оди во корист на лицето, а во наведениов случај, не оди во полза на помилуваните лица, туку им ја одзема слободата! Едно од основните правила прифатено уште од дамнешни времиња и денес важечко во сите современи законодавства е дека еднаш даденото *помилување* е неотповикливо и не може да се поништи со закон или со дополнително решение.

Сумарно, постојат многу негативни ефекти од преземените интервенции во законодавството на планот на уредување на помилувањето, на кои повеќе од неопходна им е темелна ревизија и ставање вон-сила на одредбите со кои сериозно се атакува врз уставно прокламираните принципи и права на граѓаните. Тоа треба да следи промптно, бидејќи натамошното задржување на вакви одредби креира реална опасност и во иднина да се носат

закони без здраворазумска логика и претворање на правниот поредок од
хармонична целина во политички инструиран микс на крајно неодржливи и
недолични законски решенија!

проф. д-р Дејан Мицковиќ*

СТАТУСОТ НА ЕМБРИОНОТ ВО СОВРЕМЕНИТЕ ЗАКОНОДАВСТВА

УДК: 618.177-089.11:612.646:340.13 (100)

Original Research Paper

Апстракт: Во овој труд, авторот укажува дека при регулирањето на правниот статус на ембрионите законодавците се соочуваат со две основни прашања. Првото е поврзано со дилемата дали да се дозволи експериментирање со човековите ембриони, а второто е поврзано со проблемот кој има право да решава за судбината на замрзнатите ембриони. Во трудот авторот ги анализира сложените правни и етички проблеми со кои се соочуваат законодавците при регулирањето на правниот статус на ембрионите. Освен тоа, авторот дава преглед на најзначајните судски одлуки на судовите во Европа и во САД кои се однесуваат на статусот на ембрионот, анализа на позначајните етички дилеми поврзани со третманот на ембрионот, како и преглед на ставовите на етичките комитети во однос на статусот на ембрионот. Покрај ова, авторот дава приказ и на уредувањето на статусот на ембрионот во поголем број современи законодавства, како и преглед на најзначајните меѓународни документи кои се однесуваат на уредувањето на статусот на ембрионот. Во трудот се дава анализа на решенијата за правниот статус на ембрионот предвидени во македонскиот закон за биомедицински потпомогнато оплодување и се даваат предлози за измени и дополнувања на македонското законодавство со што треба да се надминат одредени слабости на постојните законски решенија.

Клучни зборови: статус на ембрион, статус на замрзнат ембрион, експерименти со ембриони.

Правниот статус на ембрионите, кои се резултат на фертилизацијата in vitro предизвикува сериозни дилеми кај законодавците, поради тоа што е поврзан со сложени морални, етички и правни прашања¹. При регулирањето на правниот статус на ембрионите, основни се две прашања со кои се соочуваат современите законодавства. Првото е поврзано со дилемата дали да се дозволи експериментирањето со човековите ембриони, и под кои услови, а второто е поврзано со дилемата кој има право да решава за судбината на замрзнатите

* Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“ – Скопје.

¹ Во оваа смисла, Chan и Quigley истакнуваат дека: “Како да се разрешат споровите околку замрзнатите ембриони е многу тешко прашање. Не само што овие случаи предизвикуваат комплексни емотивни и интуитивни одговори, туку и бројни морални, етички, психолошки и културни фактори” Chan, S., and Quigley, M., Frozen Embryos, Genetic Information and Reproductive Rights, *Bioethics*, Volume 21 Number 8, 2007, стр. 441. Според Dolgin, во САД има повеќе од 400000 замрзнати ембриони. Dolgin, J. L., Surrounding Embryos: Biology, Ideology, and Politics, *Health Matrix*, Vol. 16:27, 2006, стр. 27.

ембриони,² кои се создадени за оплодување на неплодните жени, но не се искористени, туку се чуваат во здравствените установи што се занимаваат со биомедицински потпомогнатото оплодување.

1. Експерименти со ембрионите

Експериментите со стем клетките што се добиваат од ембрионите се едно од подрачјата во медицината и биотехнологијата каде во последниве години е направен голем чекор напред, и се очекува во наредниот период тие да резултираат со големи резултати.³ Истовремено, покрај огромните можности за пронаоѓање на лекови за голем број болести, експериментите со ембрионите се исклучително осетлива област, поради фактот што тие резултираат со уништувањето на ембрионот, кој, доколку се имплантира кај жена, има потенцијал да стане човечко суштество. Католичката црква има крајно негативен став кон експериментите со ембриони, поради тоа што смета дека животот настанува во моментот на зачнувањето и дека уништувањето на ембрионот е уништување на човечко суштество, што не смее да се дозволи.⁴ Приврзаниците на оваа концепција, дека животот настанува во моментот на зачнувањето, сметаат дека ембрионот треба да ги има истите права и да ја ужива

² Околу 10% од популацијата во САД кои се во репродуктивен период се неплодни, или отприлика 6,1 милион луѓе. Само еден од четири ембриони кои се имплантираат кај жените резултира со бременост, поради што “неизбежен резултат на ин витро фертилизацијата (IVF) е создавањето на екстра преембриони”. Види повеќе кај Yang, D. K., What’s Mine is Mine, but What’s Yours Should Also be Mine: An Analysis of State Statutes That Mandate the Implantation of Frozen Preembryos, , 10 *Journal of Law and Policy*, 587, 2002, стр. 591.

³ Според еден извештај на Европската Комисија „Истражувањето на јајце клетките е едно од областите кои ветуваат во биотехнологијата, кои нудат развој на нови развојни методи за да ги поправат или заменат ткивата или клетките кои се оштетени од повреди или болести како што се дијабетисот, Паркинсовата болест, хроничните срцеви болести како и нападите и спинални повреди.“ Commission Staff Working Paper, Report on Human Embryonic Stem Cell Research, Brussels, 3.4.2003, стр. 4. Човековите ембрионските матични клетки беа изолирани од страна на James Thompson во Универзитетот во Висконсин. Според Dolgin: “Ембрионските матични клетки се уникатни поради нивната способност да се развиваат во речиси секој вид на клетки во човековото тело (...) Најголемата корист што прозлезе од истражувањето на матичните клетки може да биде создавањето на цели органи за замена на оние кои се онеспособени поради болести, несреќи или старост.” Види повеќе кај Dolgin, *op. cit.*, стр. 39.

⁴ Според Meyer blastocyst е човечко суштество. Во таа смисла, според него, ембрионот “содржи комплетен геном и се што е неопходно за да се развие во возрасно човечко суштество.” Види Meyer, J. R., Human embryonic stem cells and respect for life, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 26, No. 3, 2000, стр. 167. На 22 февруари 1987 година Римокатоличката Црква го објави *Donum Vitae*, инструкција за почитување на човечкиот живот, во која се истакнува дека „не може да се земе како критериум за етички постапки само техничката ефикасност, односно можната корист од истражувањето за некои, на штета на другите“ *Ibid*, стр. 168.

истата заштита како и човечкото суштество.⁵ Сепак, најголемиот број автори, како и најзначајните етички комитети во светот, сметаат дека ембрионот не претставува човечко суштество и дека не може да ги ужива правата што ги има човечкото суштество.⁶ Ваквиот став го застапува и Европскиот суд за човекови права, во случајот *Evans v. United Kingdom*.⁷ Најголем број автори и етички комитети во светот го застапуваат ставот дека смрзнатите ембриони треба да уживаат „специјален статус“ (special interim status) поради нивниот потенцијал да станат живи суштества. Во оваа смисла е ставот на францускиот Национален консултативен етички комитет (National Consultative Ethics Committee), кој го застапува мислењето дека ембрионите претставуваат „потенцијално човечко суштество“⁸, а Францускиот Уставен Совет во јули 1994 година истакнал дека „законодавецот го зазел становиштето дека принципот на почитување на секое човечко суштество од почетокот на животот не може да се применува на ембрионите.“⁹ Сличен е ставот и на Врховниот суд на американската држава Тенеси во случајот *Davis v. Davis*, според која ембрионите не се ниту деца ниту сопственост, туку дека тие претставуваат една интермедијарна категорија „која им овозможува на ембрионите специјален респект поради нивниот потенцијал за човечки живот.“¹⁰ Повеќе автори ја подржуваат оваа концепција, според која,

⁵ Поддржувачите на мислењето дека не треба да се дозволат експерименти со ембриони сметаат дека „преембрионите треба да се сметаат за живи бидејќи се групација на живи клетки, кои формираат основни единици на човековиот живот“. Види Yang, *op. cit.* стр. 594. Според Yang, овој аргумент е екстрем, бидејќи ембрионите природно умираат секој ден, а ваквите појави (користењето на контрацептивни средства) според Yang, не претставуваат загуба на живот, туку загуба на генетските клетки. *Ibidem*, стр. 594.

⁶ Според Robertson “додека малцинството верува дека новата личност постои во моментот на фертилизацијата, повеќето луѓе нема да се согласат дека раните фази на постфертилниот човеков живот, кој се состои од четири до осум недефинирани клетки се лица или ентитети со права“. Консензусот кој произлегува од Ethics Advisory Board, Warnock-овиот Комитет, American Fertility Society, како и многу други етички комитети низ светот кои ја проучуваа оваа материја е дека специјалниот респект кон ембрионите не бара нивно третирање како актуелни личности ...”, Robertson, J. A., *Resolving Disputes over Frozen Embryos, Hastings Center Report*, Vol. 19, No.6, November/December 1989, стр. 10.

⁷ ECHR забележува дека: “Во отсуство на Европски консензус кон научната и правната дефиниција на почетокот на животот, прашањето кога правото на живот започнува се разгледува во рамките на определувањата и проценките на секоја држава, а според Аглиското право ембрионите немаат независни права или интереси”. Повеќе за одлуката на ECHR види кај Naftali, O-B., Conog, I., Evans v. United Kingdom, *The American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1, (Jan. 2008).

⁸ Види National Consultative Ethics Committee Opinion No. 1 May 22, 1984.

⁹ See Brunet, L., & Desmoulin, S., Human Embryo, Animal Embryo, Chimeral Embryo: What Legal Status in French Law? *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 1, 2008, стр. 90.

¹⁰ Види повеќе кај Dolgin, *op. cit.*, стр. 596.

ембрионот не е човечко суштество, но не е ниту ствар, туку се наоѓа помеѓу овие две категории, поради што заслужува посебен респект и заштита.¹¹

Во современите законодавства нема единствен став во однос на можноста да се дозволи експериментирање со човековите ембриони.¹² Повеќе европски земји, како што се Албанија, Австрија, Хрватска, Германија, Полска, Романија, Србија и Турција не дозволуваат експерименти со човекови ембриони.¹³ Во Законот за БПО на Република Македонија се дозволува експерименти со човекови ембриони, под точно определени услови.¹⁴ Во науката, како и во правната теорија и практика, е спорно и прашањето дали за експериментите со човековите ембриони да се користат само ембрионите што се веќе создадени, и кои парот нема намера да ги користи за оплодување на жената, или е дозволено да се создаваат ембриони само за научно-истражувачка работа. Оние што се залагаат да се дозволи можноста ембрионите да се создаваат само за истражување и експерименти, тргнуваат од претпоставката дека доколку се прифати експериментирањето со ембриони кои се вишок, треба да се прифати и создавањето на ембриони за истражување.¹⁵ Во оваа смисла,

¹¹ Според Kindregan и McBrien „одлуките кои ги сметаат ембрионите како интермедијарна категорија помеѓу сопственоста и личноста се исто така полезни. Ембрионите заслужуваат специјален респект поради нивниот потенцијал за целосно развивање во човечки живот. Но, ембрионите кои се чуваат не се субјекти во правото и не уживаат правна заштита според постојното право.“ Kindregan, C. P., McBrien, M., Embryo Donation: Unresolved Legal Issues in the Transfer of Surplus Cryopreserved Embryos, *Villanova Law Review* 169 (2004), стр. 69. Ова становиште е прифатено и од Lopez, кој вели дека “со концептот на потенцијално родителство, доаѓа до третирање на ембрионите со специјален респект. Овој специјален респект по својот обем се движи од сопственички ориентиран третман кој ги ограничува сопственичките права, до персонален ориентиран третман кој го заштитува ембрионот и неговата способност за живот. Во овој спектрум на интерпретирање на специјалниот респект, социјалниот концепт на ембрионите и интересот на човековото достоинство повеќе го поддржуваат пристапот ориентиран кон личноста отколку оној ориентиран кон сопственоста.” Lopez, S.Q., *The Children of Science: Property, People, or Something In Between?* (March 8, 2006). Working Paper 1096. <http://law.bepress.com/expresso/eps/1096>.

¹² Во 2010, од 101 држави кои одговориле на прашањето „дали човековите ембриони можат да се користат за експерименти“, 42 одговориле афирмативно, а 59 негативно. Види повеќе кај Jones, H. W., *op. cit.*, стр. 112.

¹³ *Ibidem*, стр. 114.

¹⁴ Во член 37 од Законот за БПО се предвидува дека научно-истражувачка работа со ембриони е дозволена исклучиво со намена за подобрување на човечкиот живот, со согласност во писмена форма на брачните или вонбрачните другари од кои потекнува ембрионот, како и одобрение од Државната комисија, по претходно мислење од Етичкиот комитет.

¹⁵ Michael Sandel, кој е член на Претседателскиот Совет за Биоетика на САД вели: “Ако создавањето и жртвувањето на вишокот ембриони во третманот за неплодност е морално прифатливо, зошто не е создавањето и жртвувањето на ембриони за матични клетки исто така прифатливо? После се, двете практики се користат за вредни цели, и овозможуваат лечење на болести како Паркинсовата, Алцхамеровата, дијабетисот, а се исто така важни како овозможувањето на неплодните парови да имаат генетски

Devolder, кој исто така се залага за прифаќање на создавањето и уништувањето на ембриони за истражување и експерименти вели дека “штом еднаш ќе го прифатиме создавањето и жртвувањето на ембрионите во корист на неплодните парови кои имаат желба за добивање дете, ние немаме оправдана причина да го осудиме создавањето и жртвувањето на ембрионите во корист на болните или повредените луѓе, на кои може да им се помогне со терапиите од матични клетки.”¹⁶

Сметаме дека не треба да се поистовети користењето за истражувачки цели на ембрионите што се вишок и што не се користат за оплодување на парот, и создавањето на ембриони со една и единствена цел, а тоа да се вршат експерименти со нив, при што тие ќе се уништат. Како што претходно наведовме, најголемиот број автори, како и етички комитети и судови сметаат дека ембрионот, и покрај тоа што не е човечко суштество и не ужива степен на заштита на човечко суштество, сепак не е ниту обична ствар.¹⁷ Главната забелешка против создавањето на ембриони само за истражување е дека “преку овој акт ембрионот не е третиран со соодветен респект како што формата на човечкиот живот заслужува, бидејќи тој на крајот се користи како средство.”¹⁸ Во медицинските установи во кои се врши биомедицински потпомогнато оплодување се создаваат повеќе ембриони, и се знае дека некои од нив нема да бидат искористени од парот, при што основна цел е да се зголемат шансите за остварување на успешна бременост, а не да се добијат вишок ембриони кои би се користеле за истражување и експерименти. Тоа значи дека во основа создавањето на ембриони тргнува од претпоставката дека секој ембрион може да биде потенцијално човечко суштество, а не да биде предмет на истражување и уништување. Тоа е суштиската разлика помеѓу користењето на вишокот на ембриони (*spare embryos*) и создавањето на ембриони со единствена цел да се

поврзани деца.” Види FitzPatrick, W., *Surplus Embryos, Nonreproductive Cloning, and the Intend/Foresee Distinction*, *The Hastings Center Report*, Vol. 33, No.3 (May-June 2003), стр. 30.

¹⁶ Devolder, K., *Creating and sacrificing embryos for stem cells*, *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, No.6, 2005, стр. 369.

¹⁷ Според FitzPatrick, “дури и ако ембрионот сеуште не е човечко суштество, тој во најмала рака ја претставува првата фаза од човековиот-организам-во-создавање. Не му се признава достоинството на човечкиот живот доколку се третира таков ентитет со истиот опортунистички став со кој може да се насади и користи дрво за огрев.” FitzPatrick, *op. cit.*, стр. 31.

¹⁸ Devolder, *op. cit.*, стр. 367. Според European Society for Human Reproduction „ембрионот пред да биде имплантиран е човек и го заслужува нашиот респект како симбол на идниот човечки живот.” *Ibidem*, стр. 367. За користењето на постојните ембриони за истражување се залага и John Harris, кој потенцира дека најважен принцип во одбрана на користењето на вишокот на ембриони за истражувачки цели е принципот на избегнување на штета според кој, кога другата работи се еднакви, подобро е да се има корист од нешто отколку да се дозволи тоа да биде уништено. Во однос на истражувањето на матичните клетки од ембриони, се истакнува аргументот дека вишокот од ембриони секако ќе бидат уништени бидејќи тие повеќе не се потребни во прокреацијата, и дека е подобро тие да се искористат за подобра цел, а тоа за истражување и терапии. *Ibidem*, стр. 367.

користат за експерименти и истражување. Европската група на етички, научни и нови технологии (European Group on Ethics in Sciences and New Technologies) објави мислење во однос на „Етичките аспекти на истражувањата и користењето на човековите клетки“ според кое „неприфатливо е да се создаваат ембриони со намена единствено за истражување.“¹⁹ Концептот дека за истражување треба да се користат само ембрионите кои не се употребуваат за раѓање на деца е прифатен и во Конвенцијата за заштита на човековите права и дигнитетот на човечкото суштество во однос на Примената на биологијата и медицината: Конвенција за човекови права и биомедицина на Советот на Европа од 1997 (Конвенција од Овиедо) која предвидува дека „Кога законот дозволува истражување со ембриони *in vitro*, тој треба да обезбеди соодветна заштита на ембрионот. Создавањето на човечки ембриони со цел тие да се користат за истражување е забранета.“²⁰ Оваа Конвенција е ратификувана од страна на поголем број земји. Креацијата на човечки ембриони и набавката на матични клетки за истражувачки цели е забрането во Австрија, Данска, Финска, Франција, Германија, Ирска, Холандија, Португалија и Шпанија.²¹ Република Македонија ја ратификуваше Конвенцијата на Советот на Европа од Овиедо, така што и во Македонија е забрането создавањето на ембриони само за експерименти или истражување.

2. Кој има право да донесе одлука за статусот на замрзнатите ембриони

Освен прашањето за експериментите со ембрионите, второто значајно прашање кое произлегува од можноста за криопрезервација на ембрионите е и тоа кој има право да решава за судбината на ембрионите. Ова прашање станува особено актуелно доколку се јави спор помеѓу мажот и жената што се донори на репродуктивните клетки околу судбината на ембрионот. Ваквите спорови, за кои често се водат и судски постапки, најчесто настануваат во случај кога бракот или вонбрачната заедница ќе престанат да постојат, едниот партнер сака да ги искористи ембрионите за оплодување или за донирање на друг пар, а другиот се спротивставува на тоа, поради тоа што не сака да стане биолошки родител. Во овие ситуации судовите треба да решаваат за тоа дали правото да се стане родител, или да се донира ембрионот на друг пар за тој да може да добие дете, е посилено од правото да не се стане биолошки родител.

¹⁹ Според ова мислење European Group on Ethics in Sciences and New Technologies истакнува дека: “создавањето на ембриони со единствена цел за истражувања отвора сериозни размислувања со оглед дека го претставува понатамошниот чекор кон инструментализација на човковиот живот” и се смета дека “создавањето на ембриони со донирани гамети со цел за создавање на матични клетки е етички неприфатливо, кога вишокот на ембриони претставуваат алтернативен извор” (Opinion No. 15 issued 14 November 2000).

²⁰ Член 18 став 2 од Овиедо Конвенцијата.

²¹ Commission Staff Working Paper, Report on Human Embryonic Stem Cell Research, *op. cit.*, стр. 42.

Еден од најпознатите судски случаи во кои се решавало за спор околу судбината на смрзнатите ембриони е случајот Дејвис против Дејвис (Davis v. Davis) во американската држава Тенеси. Брачниот пар Дејвис во текот на три години се обидуваа да добијат дете преку ин витро фертилизација. Последниот обид резултирал со создавање на девет ембриони, од кои седум биле замрзнати во клиниката за лекување на неплодност во Ноксвил во Тенеси, а другите два имплантирани кај жената, но не резултирале со бременост. Во меѓувреме парот се разведува и жената во постапка пред првостепениот суд бара ембрионите да и бидат доверени на неа, со цел таа да започне нова постапка за оплодување. Првостепениот суд, врз основа на сведочењето на францускиот генетичар, доктор Жером Лежен, утврдил дека ембрионите претставуваат „човечки суштества in vitro“ и дека „најдобриот интерес на децата би се манифестираше преку доделувањето на привременото старателство на ембрионите на Мери Су Дејвис.“²² Кога случајот стигнува до Врховниот суд на Тенеси, двајцата поранешни брачни другари склучиле нов брак, а жената веќе не сакала да ги користи ембрионите за себе, туку сакала да ги донира на друг неплоден пар, на што мажот се спротивставувал и барал ембрионите да се уништат. Врховниот суд на Тенеси ја менува одлуката на првостепениот суд, според која ембрионите се човечки суштества, но и во пресудата истакнува дека тие не претставуваат ниту предмети за кои важат правилата за сопственост. Според Врховниот суд на Тенеси ембрионите се нешто помеѓу овие две категории, и имаат право на почит, но не поседуваат посебни права (тие имаат право на почитување, не можат да поседуваат права самите). Судот исто така утврдил дека мажот има уставно право да не стане родител и дека тоа право е посилено од правото на жената која сакала да ги донира ембрионите на друг пар.²³ Судската одлука донесена во 1992 година од страна на Врховниот суд на Тенеси “е основа на секоја судска одлука која се однесува на прашањето за располагање со смрзнатите ембриони.”²⁴

Американските судови често требало да носат одлуки за тоа дали судот да го спроведе предлогот на парот во однос на нивните ембриони, и дали интересот на едната страна да стане родител треба да има предност во однос на интересот на другата страна да не стане родител.²⁵ Во случајот Кас против Кас (Kass v. Kass), брачниот пар потпишал договор пред да почне постапката за биомедицински потпомогнато оплодување, според кој, во случај на развод, ембрионите треба да се дадат на клиниката за истражување. Подоцна парот се разведува, а жената почнува судска постапка во која бара замрзнатите ембриони да и бидат доделени на неа, со цел да почне нова процедура за

²² Види Dolgin, *op. cit.*, стр. 101.

²³ За случајот Davis v. Davis види повеќе кај Jost, T. S., Rights of Embryo and Foetus in Private Law, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 50, No. 3 (Summer 2002) стр. 637. За овој случај види и кај Daar, J., Panel on Disputes Concerning Frozen Embryos, *Texas Journal of Women and the Law*, Vol. 8:285, 1999, стр. 285-288.

²⁴ Daar, *op. cit.*, стр. 286.

²⁵ Shapo, H. S., Frozen Pre-Embryos and the Right to Change One's Mind, *Duke Journal of Comparative & International Law* Vol. 12:75, 2002, стр. 80.

имплантација на ембрионите. Првостепениот суд го уважува нејзиното барање, но апелациониот суд ја менува одлуката на првостепениот суд. Апелациониот Суд од Њујорк ја потврдува оваа одлука, со образложение дека треба да се почитува договорот на парот во врска со судбината на нивните замрзнати ембриони. Според тоа, исто како и во случајот Дејвис против Дејвис, и во овој случај Судот носи одлука според која не се дозволува започнување на постапка за имплантација на ембрионите и за раѓање на дете спротивно на волјата на едниот од донорите, кој не сака да стане биолошки татко на детето родено со примена на биомедицински потпомогнато оплодување.²⁶ Оваа практика, во која судовите во САД дават предност на донорот кој не сака ембрионот да биде имплантиран и тој да стане родител е доминантна и во други судски случаи, кога судовите решаваат за судбината на ембрионите во случај на спор помеѓу донорите на репродуктивните клетки.²⁷

Оваа судска практика на судовите во САД е прифатена и во поголем број европски законодавства, како на пример во Велика Британија.²⁸ Оваа законска одредба беше основа за случајот *Evans v. United Kingdom*, кога госпоѓата Еванс поднесе тужба до Европскиот суд за човекови права, откако судовите во Велика Британија донесоа одлука дека таа нема право да биде оплодена со смрзнатите ембриони спротивно на волјата на нејзиниот поранешен сопруг кој не сакаше да стане биолошки татко. Според мнозинското мислење на Европскиот суд, правото на жената да стане генетска мајка нема поголема тежина од правото на поранешниот маж да добие генетски поврзано дете со неа.²⁹ Сепак, овој став на Европскиот суд не беше донесен едногласно. Четворица судии го издвоија своето мислење, застапувајќи го ставот дека во некои ситуации, како во случајот Еванс, треба да се даде предност на жената да стане мајка, доколку таа нема друга можност да добие дете со кое ќе биде генетски поврзана.³⁰

²⁶ *Ibidem*, стр. 88. Според професорот Robertson “ризикот од неправичност во спроведувањето на договорите поврзани со ембрионите не може да ги избегне предностите од правната сигурност што им припаѓа на паровите и инвитро програмите за спроведување на овие договори”. *Ibidem*, стр. 88.

²⁷ Според Dickens и Cook “познато е дека судовите и законодавствата ги штитат донорите на гамети за ин витро фертилизација од нивното станување на родители спротивно на нивната волја, дозволувајќи им да ја отповикаат нивната согласност се до моментот на внесување на ембрионот.” Види повеќе кај Dickens, B.M., Cook, R.J., *The legal status of in vitro embryos*, *International Journal of Gynecology and Obstetrics*, 111, 2010, стр. 93.

²⁸ Според *United Kingdom’s Human Fertilization and Embryology Act* од 1990, страната чии гамети биле користени во создавањето на ембрионот може да ја повлече согласноста за чувањето и користењето на ембрионот.

²⁹ Ben-Naftali и Conog, *op. cit.*, стр. 130.

³⁰ Во оваа смисла е и издвоеното мислење на четири судии во случајот Еванс, кои го наведуваат фактот дека со судската одлука се спречува жената да добие дете со кое ќе биде генетски поврзана. Според ова издвоено мислење поради “исклучителниот емотивни и физички товар . . . предизвикан од нејзината состојба” правото на жената да и бидат доделени ембрионите и таа да има можност да стане генетска мајка на

3. Статусот на ембрионот во македонското законодавство

Статусот на ембрионот во Република Македонија е уреден со Законот за биомедицински потпомогнато оплодување, што е донесен во 2008 година.³¹ Во Република Македонија јасно е уредено прашањето околу тоа кој има право да решава дали ќе се користат или не замрзнатите ембриони, што често доведува до спорови кога за тоа треба да решаваат судовите, како во случаите *Evans v. United Kingdom* и *Davis v. Davis*. Имено, во Македонија предност се дава на оној партнер кој учествувал во создавањето на ембрионот кој не сака да даде согласност за негово користење. Според законот за биомедицински потпомогнато оплодување жената и/или мажот можат да ја повлечат согласноста и да се откажат од постапката на БПО се додека сперматозоидите, јајце клетките или ембрионите не се внесени во телото на жената. Изјавата за повлекување на согласноста жената и/или мажот ја даваат во писмена форма. Пред внесувањето на сперматозоидите, јајце клетките или ембрионите во телото на жената докторот кој ја спроведува постапката за БПО е должен да провери дали согласноста е повлечена.³² Според тоа, доколку помеѓу партнерите се јави спор, кога еден партнер (најчесто жената) бара да се дозволи користење на ембрионот за оплодување, а другиот партнер со тоа не се согласува, предност има партнерот кој не сака да стане родител. Ваквата концепција предвидена во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување е прифатена во поголем број европски законодавства, а таква е и судската практика на американските судови³³ како и судската пракса на Европскиот суд за човекови права.³⁴ Сметаме дека македонското законодавство добро го уредува ова прашање, поради фактот што никој не може да стане родител спротивно на својата волја, доколку донирал репродуктивни клетки од кои е создаден ембрионот кој е замрзнат.

На сличен начин во македонското законодавство е решено и прашањето за донирање на ембриони. Имено, во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „Донирање и набавка на ембриони според одредбите на овој закон може да се спроведе само врз основа на слободна писмена согласност на мажот и жената кои се откажале од сопственото користење на ембрионот. Согласноста мора да биде составена во форма на писмена изјава заверена од нотар.“³⁵ Освен тоа, законодавецот предвидел дека донаторите на сперматозоидите, јајце клетките и ембрионите можат да ја

детето треба да има предност во однос на правото на нејзиниот поранешен сопруг да не стане биолошки татко на нејзините деца. *Ibidem*, стр. 131.

³¹ Закон за биомедицински потпомогнато оплодување, Службен весник на Република Македонија, 37/2008.

³² Член 12 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

³³ Во случаите *Davis v. Davis* и *Kass v. Kass*

³⁴ Ваква одлука е донесена во случајот *Evans v. United Kingdom*

³⁵ Член 15 став 2 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

повлечат согласноста за донирање до почнување на постапка за БПО со нивниот дониран материјал.³⁶ Во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека изјавата за повлекување на согласноста донаторите на сперматозоидите, јајце клетки и ембриони ја даваат во писмена форма. Во случај на повлекување на согласноста, донираните полови клетки или ембриони се уништуваат и за тоа здравствената установа на донаторите им издава потврда во писмена форма.³⁷ Македонскиот Закон за биомедицински потпомогнато оплодување предвидува и дека донорите на ембриони немаат никакви родителски права или обврски во однос на децата зачнати со користење на донираните ембриони.³⁸

Македонското законодавство предвидува посебна заштита на репродуктивните клетки и на ембрионите, така што тие не смеат да бидат предмет на трговија и извор за стекнување на заработка или друга корист.³⁹ Ваквото решение е предвидено во поголем број европски законодавства, како и во Конвенцијата за човекови права и биомедицина (Конвенцијата од Овиедо) што ја донесе Советот на Европа во 1996 година. За разлика од Европа, во САД постои развиен пазар за репродуктивни клетки и за ембриони. Голем број американски автори смета дека алтруистичкото донирање на репродуктивни клетки и на ембриони (кое во основа се базира на солидарност помеѓу донорите и неплодните парови) е непродуктивно и дека тоа доведува до намалување на бројот на потенцијалните донори и до неможност сите неплодни парови да добијат репродуктивни клетки или ембриони.⁴⁰ Ваквиот став во врска со плаќањето за репродуктивните клетки и ембрионите го прифаќа и American Bar Association, која изработи Предлог закон за биомедицински потпомогнато оплодување, во кој се предвидува плаќање одреден надомест за користење на репродуктивните клетки и за ембрионите.⁴¹ Како што наведува John Roberts, забраната да се плаќа надомест за репродуктивните клетки и за ембрионите, што е предвидена во најголемиот број европски законодавства, како и во Конвенцијата од Овиедо, доведува до многу помал број донации во Европа, отколку што е тоа случај во САД.⁴²

³⁶ Член 15 став 3 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

³⁷ Член 15 став 6 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

³⁸ Член 15 став 4 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

³⁹ Член 26 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

⁴⁰ Повеќе за аргументите во прилог на плаќање за репродуктивните клетки и ембрионите види кај Shenfield, F., Gamete donation: ethical implications for donors, *Human Fertility*, No. 2, 1999.

⁴¹ Повеќе за Предлог законот на American Bar Association види кај Kindregan, C., Clarifying the Law of ART: The New American Bar Association Model Act Governing Assisted Reproductive Technology, *Family Law Quarterly*, Summer, 2008.

⁴² За разликите помеѓу САД и европските земји во однос на плаќањето надомест за користење на репродуктивните клетки и на ембрионите види повеќе кај Roberts, J., Commerce & Regulation in the Assisted Reproduction Industry, *Texas Law Review*, Vol. 85, 2007.

И покрај тоа што сметаме дека е неприфатливо плаќањето за репродуктивните клетки и за ембрионите, со што тие би се изедначиле со ствари кои може да се купуваат и продаваат на пазар, и би се нарушило човековото достоинство и дигнитет, факт е дека донирањето на јајце клетки и на ембриони во Македонија е доста ретко, што создава големи проблеми за неплодните парови кои сакаат да добијат бебе со помош на постапката за биомедицински потпомогнато оплодување. Законот за биомедицински потпомогнато оплодување на Република Македонија предвидува забрана да се дава или прима паричен надоместок или каква било друга корист за донирање на полови клетки, односно ембриони.⁴³ Ваква забрана е предвидена и во најголемиот број европски земји. Така на пример, српскиот Закон за лекување на неплодност со постапка на биомедицински потпомогнато оплодување предвидува дека е забрането нудење односно донирање на репродуктивните клетки или ембрионите заради стекнување на имотна или било каква друга корист.⁴⁴ Проблемот се состои во тоа што македонскиот закон за БПО предвидува дека „Материјалните трошоци поврзани со превоз на донаторот до местото на донирање не се сметаат за паричен надоместок, во смисла на овој закон.“⁴⁵ Жената која донира јајце клетка не добива никаков надоместок за изгубеното време, болката и стравот кои се поврзани со постапката за донирање на јајце клетка, од која се создава и ембрионот. Поради тоа, праксата во Македонија покажува дека не постојат случаи на алтруистичко донирање на јајце клетки или на ембриони, освен помеѓу роднини и блиски пријатели. Неплодните парови во Македонија се соочуваат со голем проблем да набават јајце клетка или ембрион, со цел да се спроведе постапка за биомедицински потпомогнато оплодување. Освен тоа, постои реална опасност да се појави црн пазар за трговија со јајце клетки или ембриони и да се оствари токму она што законот сака да го спречи-а тоа е трговија со репродуктивни клетки или ембриони. Поради тоа сметаме дека е потребно во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување да се предвиди можност за плаќање на разумен надомест за жената која се јавува како донор на јајце клетка, или за парот кој се јавува како донор на ембриони. Тој надомест нема да биде плаќање за самата јајце клетка или ембрион, туку ќе претставува надокнада за времето, напорот, ризикот и стравот со кој се соочува жената во текот на постапката за донирање на јајце клетка или ембрион. Вакво решение е предвидено во поголем број европски законодавства.⁴⁶

⁴³ Член 18 став 2 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување

⁴⁴ Член 32 став 1 од Законот за лекување на неплодност со постапка на биомедицински потпомогнато оплодување на Република Србија.

⁴⁵ Член 18 став 4 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување

⁴⁶ Така на пример, во член 28 став 5 од Законот за лекување на неплодност со постапки за биомедицински потпомогнато оплодување на Република Србија се предвидува дека забраната за стекнување на корист од постапките на БПО не се однесуваат на надоместот за донорот за загубената заработувачка или за друг вид на приход за времето проведено во здравствената установа во текот на опоравувањето, односно за времето на привремена спреченост за работа, односно надомест на другите оправдани трошоци кои ги имал донорот поради постапката на БПО (превоз,

Македонскиот закон за БПО, како и голем број други закони во европските земји, предвидува забрана за објавување на јавен оглас со кој се бараат или се нудат репродуктивни клетки или ембриони.⁴⁷ Сметаме дека ова законско решение е добро. Во спротивно, и во Македонија би се случувало она што сега се случува во САД, а тоа е праксата неплодните парови, потенцијалните донори или посредниците да објавуваат огласи и да бараат донори со точно определени карактеристики. Така на пример Egg Donation Inc. објавува огласи во САД и бара донори на јајце клетки кои имаат висок коефициент на интелигенција, атрактивен изглед, кои се стари помеѓу 21 и 30 години и кои имаат совршено здравје. Надместот за јајце клетка изнесува помеѓу 3500\$ и 12000\$. Слични огласи објавуваат и неплодните парови, и тоа најчесто во универзитетските весници. Во еден таков оглас во „Vassal College“ се нуди 25000\$ за јајце клетка на „здрава и интелигентна студентка или постдипломка, на возраст помеѓу 21 и 33 години, која има сини очи и смеѓа коса“.⁴⁸ Сметаме дека доколку се дозволи јавно огласување на понуда и побарувачка за репродуктивни клетки или ембриони, тие ќе се претворат во стока, која како и секоја друга стока ќе се нуди и ќе се продава на пазарот. Во таков случај, цената на репродуктивните клетки и на ембрионите ќе зависи од одредени пожелни карактеристики на донорите, како што се бојата на кожата, здравствената состојба, изгледот, интелигенцијата или нивото на образование. Ова несомнено ќе доведе до дискриминација во репродуктивната сфера, што може да има сериозни последици за рамноправноста на луѓето, за човековото достоинство и за почитувањето на основните човекови права и слободи.

Македонскиот Закон за биомедицински потпомогнато оплодување го регулира и прашањето за експерименти со човековите ембриони. Притоа, законот забранува да се создаваат ембриони за истражувачки цели,⁴⁹ за што може да се користат само ембриони што се веќе создадени, а парот не ги користи за сопствена репродукција. Ова решение е добро и е во согласност со генералните тенденции во европските законодавства и најзначајните меѓународни документи. Притоа, во Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „Научно-истражувачка работа со ембриони е дозволена исклучиво со намена за подобрување на човечкиот живот, со согласност во писмена форма на брачните или вонбрачните другари од кои потекнува ембрионот, како и одобрение од Државната комисија, по претходно мислење од Етичкиот комитет.“⁵⁰ Законот за биомедицински потпомогнато оплодување го регулира и прашањето за чување на замрзнатите ембриони.

сместување, трошоци за исхрана и сл.) Оваа забрана не се однесува и на оправданиот надомест во врска со плаќање на здравствените и другите услуги во врска со земање на репродуктивните клетки, како и со надместот во врска со прекумерната штета што настанала како последица од земањето на репродуктивните клетки.

⁴⁷ Член 26 став 2 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

⁴⁸ Reproduction and Responsibility, The Regulation of new Biotechnologies, Council of Bioethics, Washington DC, 2004, стр. 223.

⁴⁹ Член 29 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

⁵⁰ Член 37 став 1 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

Така, законот предвидува дека „Половите клетки и ембрионите се чуваат согласно со барањата приспособени на научно-техничкиот напредок, медицинските науки и искуства и условите од овој закон, по правило до пет години од денот на сместувањето. Рокот може да се продолжи врз основа на писмено барање на лицата од кои половите клетки или ембрионите потекнуваат. Ако брачните или вонбрачните другари не се договорат за времето на чување на ембрионите, одлука врз основа на нивно барање донесува Државната комисија.“⁵¹ Сметаме дека во законот е потребно да се внесе и едно дополнување, кое ќе го регулира прашањето за судбината на замрзнатите ембриони во случај на смрт на парот од чии репродуктивни клетки е создаден ембрионот. Во таа насока, би требало да се предвиди одредба според која во таков случај, за судбината на замрзнатите ембриони (уништување, донирање на неплоден пар или донирање за истражувачки цели) би требало одлука да донесе Државната комисија за БПО, по претходни мислење на Етичкиот комитет, и со согласност на членовите на семејствата на донорите.

Dejan Mickovik, Phd
Full Professor, Faculty of Law Iustinianus Primus
University “Ss. Cyril and Methodius”

Summary

In this paper, the author points out that legislators are faced with two major issues in the regulation of the legal status of embryos. The first question is related to the dilemma whether to allow experimentation with human embryos, and the second is linked to the problem of determining who may decide the fate of frozen embryos. In this paper the author analyzes the complex legal and ethical issues facing lawmakers in regulating the legal status of embryos. Furthermore, the author provides an overview of the most important judicial decisions of the courts in Europe and the United States concerning the status of the embryo, analysis of significant ethical dilemmas associated with the treatment of the embryo, as well as an overview of the opinions of several ethical committees on the status the embryo. In addition, the author outlines the regulation of the status of the embryo in several modern legislation, and a summary of the most important international documents concerning the regulation of the status of the embryo. The paper provides an analysis of the regulation of the legal status of the embryo in the Macedonian law on biomedical assisted fertilization and make proposals for amendments of the Macedonian legislation in order to overcome certain weaknesses of the existing legislation.

⁵¹ Член 30 од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

проф. д-р Ана Павловска-Данева*

доц. д-р Елена Давитковска**

УПРАВНО-СУДСКАТА ЗАШТИТА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ПОМЕЃУ ЕВРОПСКИТЕ СТАНДАРДИ И РЕАЛНОСТА

УДК: 397.998.85.037.071.21 (497.7)

Original Research Paper

Абстракт: Предмет на анализа во овој труд се прашањата кои се однесуваат на развојот на управното судство во Република Македонија, предметот на одлучување во управно-судската постапка, овластувањата на судот при одлучување во управните спорови и правните средства кои се употребуваат во управно-судската заштита. При тоа, како основна цел на трудот е да прикажеме каква е состојбата во управното судство во Република Македонија *de lege lata* и *de lege ferenda*. Тргувајќи од фактот дека во Република Македонија веќе десет години постои посебно управно-судство ќе укажеме на основните придобивки, но и недолседностите со кои се соочува управно-судската постапка. Имено, консекветно на тоа дека Република Македонија е земја која претендира за влез во Европската унија, таа веќе со денџени е во спроведување на одредени нормативни и институционални реформи во согласност со основните европски вредности. Оттука, неминовно е и усогласувањето на управно-судската постапка со европските принципи и стандарди за управно-судската заштита. Следствено на ова, во овој труд ќе укажеме на некои од новините и препораки кои би требало да се превземат во управното судство, со цел од една страна, да добиеме реална, ефикасната, ефективна и независна управно-судска контрола над органите на јавна администрација кои имаат јавни овластувања да одлучуваат во конкретни управни работи, а од друга страна управното судство да претставува вистинска гаранција на остварување на принципот на законитост и заштита на правата и интересите на физичките и правните лица од актите на управата.

Клучни зборови: управно судство, Управен суд, Виш управен суд, конечен управен акт, управно-судска постапка.

1.Управното судство како вид на надворешна контрола на остварување на начелото на законитост од страна на органите на јавната администрација

Начелото на законитост е едно од основните начела на работењето на органите на јавната администрација, кое ги обврзува органите кога постапуваат во управни работи да решаваат врз основа и во рамките на закон и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот и други прописи на државните органи и на правните и други лица во вршењето на јавни овластувања.

„Во основа, постојат три средства за обезбедување законитост и заштита на правата на граѓаните од зафатите на егзекутивата. Првото средство се способни, стручни, ефикасни и совесни кадри, кои добро ја познаваат својата работа. Второто средство е системот на процедурални обезбедувања против грешките и незаконитостите во работата, меѓу тие обезбедувања подразбирајќи и можност за исправање на грешките и незаконитостите од страна на повисокиот орган на управата, значи во рамките на самата егзекутива. И на крајот, третото средство е системот на надворешен надзор, што го врши некој од страна, некој што не влегува во составот на органите на управата, односно воопшто во состав на егзекутивата.“¹ На пример, надворешната контрола може да се спроведува од страна на законодавното тело, позната како парламентарна контрола, судска контрола, контрола од страна на народниот правобранител или познат како омбудсман, контрола од страна на јавното мислење и судската контрола. Наш потесен предмет на интерес во овој труд е судската контрола над управата, конкретно управно-судска контрола. Имено, во нашата земја, судската контрола над органите на државната управа се одвива :

- по пат на користење на правни средства во кривична постапка за кривична одговорност на службените лица во државната управа;
- со употреба на правни средства во граѓанска постапка, кога се работи за

¹ Види: М. Jovičić, Ombudsman čuvar zakonitosti i prava građana, Beograd, 1969, str.5-6

одговорност на јавните службеници за штета сторена на правни и физички лица;

- преку уставно-судска контрола над општите акти на управата;

- по пат на решавање на управни спорови против конечни управни акти, односно управно-судска контрола.²

Оваа управно-судска контрола во Република Македонија претставува контрола што ја спроведуваат управните судови заради утврдување на законитост на конечен управен акт, одлучувајќи за конкретен управен спор во со посебна со закон пропишана постапка. Станува збор за надворешна и правна контрола над управата од страна на судските органи со која се врши решавање на една спорна ситуација, со цел од една страна да се корегира работењето на органите на управата, односно се гарантира законитоста на конкретните акти на управата, а од друга страна се гарантира правната сигурност на граѓаните, штитејќи ги нивните права и на закон засновани правни интереси. Како основен предмет на одлучување е утврдување на законитоста при решавањето во управни работи. Имено, управниот спор е спор кој настанува меѓу поединец, правно лице или установа или друга институција, од една страна, и административен орган или друг државен орган или јавна служба, која врши јавни овластувања, од друга, во врска со законитоста на решение донесено во административна работа во спор кој се води пред посебно управно судство (или пред редовното судство) во посебна административно-судска постапка.³ Управниот спор се смета дека претставува облик на судска контрола над управата, и тоа првенствено контрола над управниот индивидуален акт.⁴ Управниот спор се дефинира и како правно призната ситуација, настаната со поднесување тужба против одредени и конкретни резултати на управната работа – управен акт, за кои легитимниот тужител смета дека е незаконит и бара

² Гризо, Гелевски, Давитковски, Павловска-Данева, „Административно право“, Скопје, 2008, стр.244, види и во Zoran Tomić, *Komentar Zakona o upravnim sporovima*, Beograd, 2012, стр. 64-65.

³ Гризо, Гелевски, Давитковски, Павловска-Данева, „Административно право“, Скопје, 2008, стр. 244

⁴ И. Борковиќ, Управно право, Загреб, 1987, стр 404

негово елиминирање од правниот поредок.⁵ Професор Димитријевиќ управниот спор го смета за спор на законитоста на административното делување.⁶ Професор Марковиќ пак истакнува дека: „управниот спор е спор на законитост на донесен или претпоставен управен акт чија законитост е неспорна од аспектот на управата“.⁷ Свое мислење изразува и професор Томиќ кој вели дека: „управниот спор е правно признаена ситуација која настанува со поднесување на тужба против одреден конкретен управен акт, за кој тужителот смета дека е незаконит и бара негово елиминирање од правниот поредок,“.⁸ Одредени автори извлекуваат еден општ поим на управниот спор, според кој управен спор претставува судска контрола на законитоста на конечни управни акти и други поединечни управни работи за кои не е обезбедена друга судска заштита.

Согласно правната рамка дефиницијата е дека: „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.“⁹

Во Република Македонија од осамостојувањето до денес во управното судство се извршени неколку реформи. Имено, развојот на управното судство може да го прикажеме преку три периода. Првиот од осамостојувањето 2001 година до 2006 година кој го обележува тоа што управните спорови ги решаваше Врховниот суд на Република Македонија како највисок суд од општа надлежност и одлучувањето врз основа на закон за управни спорови кој беше донесен во 1977 година, кој во Република Македонија беше само усогласен со

⁵ З.Томиќ, Управно право, Белград, 1990, стр 429

⁶ P. Dimitrijević, Osnovi upravnog prava, Beograd, 1983, str.339;

⁷ R.Marković, Upravno pravo, Beograd, 2002, str.510;

⁸ Z.Tomić, Upravno pravo, Beograd, 1991, str.525;

⁹ Член 1, Закон за управни спорови, Сл. Весник на Република Македонија, бр.62/2006

принципите на новото општествено политичко уредување.¹⁰ Вториот период кој се однесува од 2006 до 2010 година е суштински за развојот на управното судство и истиот го обележува прва нормативна реформа, затоа што во мај 2006 година беше донесен првиот Закон за управни спорови од осамостојувањето на Република Македонија и втората организациона, која се однесува на етаблирање на посебен управен суд, со што Република Македонија се вброи во земјите со европско – континентален систем. Согледувања во поглед на решенијата што ги нуди Законот за управни спорови од 2006 година, се дека овој Закон нуди поголема, побрза и поефикасна заштита на правата на граѓаните повредени со незаконити акти на јавната управа, а притоа судската контрола (со која се обезбедува таа заштита) ќе биде вршена од страна на стручни и професионални кадри, специјализирани за прашања од областа на управното право.¹¹ Третиот период од 2006 до денес 2016 година е карактеристичен по етаблирањето на Вишиот управен суд и воведување на двостепена управно-судска постапка.

Може да констатираме дека правната рамка за основањето и работата на Управниот суд начелно е поставена со член 22 од Законот за судовите, согласно кој во судскиот систем судската власт ја вршат основните судови, апелационите судови, Управниот суд и Врховниот суд на Република Македонија.¹² Деталното уредување на постапката и надлежноста на Управниот суд се утврдени со Законот за управните спорови, а по одредени прашања истиот е тесно поврзан

¹⁰ Законот за управни спорови од 1977 ("Сл. лист на СФРЈ", бр. 4/77, со исправка извршена во "Сл. лист на СФРЈ", бр.36/77).

¹¹ Б.Давитковски, А. Павловска-Данева, Управниот спор во Република Македонија согласно новиот Закон за управни спорови, Законската рамка на судската реформа во Република Македонија Скопје“ на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Скопје (2006) стр. 114-119;

¹² Закон за судови, Сл. Весник на Р. Македонија бр.58/06 од 11.05.2006 година

и со Законот за општата управна постапка¹³, како и со други процесни и материјални закони¹⁴.

2. Правото на жалба во управно-судската постапка

Жалбата во управниот спор отсекагаш била исклучок и тоа треба така и да остане. Управно судската постапка не треба да се смета како парнична постапка, напротив улогата на Управниот суд треба да биде пред се касациона, што е и основната цел на управниот спор оцена на законитост на управен акт. Сепак, сметаме дека жалбата треба да биде предвидена и истата да може да биде искористена само против одлука на Управниот суд донесена во спор на полна јурисдикција. Постоенето на жалба против сите пресуди на Управниот суд само би ја одолговлекло и отежнало целата управно-судска заштита.¹⁵

Но, бидејќи во ЗУС од 2006 не постоеше ваква одредба, во праксата се појавија одредени проблеми и недостатоци во однос на уредувањето на оваа прашање. Всушност, Законот за управните спорови од 2006 година не го регулира во целост одлучувањето по жалба против првостепената пресуда донесена во управен спор, не е регулирана постапката по жалба и не е регулирана надлежноста за одлучување по жалба. Она што го предвидуваше законот во однос на правото на жалба беше уредено само со еден член, а тоа е член 39 став 2 од Законот за управни спорови од 2006 година во кој е утврдено против пресудата од член 30 став 3 е дозволено жалба. Што значи дека таа се дозволува само против пресуда која е донесена по претходно одржана усна

¹³ Закон за општа управна постапка, Службен весник на РМ бр.38/2005, со измените и дополнувањата

¹⁴ На пример, членот 7-а од Законот за управни спорови кажува на примена на Законот за парничната постапка во случај кога Законот за управни спорови не содржи одредби за постапката во управните спорови

¹⁵ Ана Павловска-Данева: Тимчо Муцунски: Виш управен суд: кочничар или ефикасна второстепена инстанца кон остварување на правата на граѓаните во управно судската постапка?, Зборник на објавени излагања од Меѓународната научна конференција “Развојни тенденции во управното законодавство 24-26 јуни 2011, Охрид”, Правен факултет “Јустинијан Први” Скопје.

расправа, која била иницирана по барање на странката, но во законот не е предвидена обврска за судот дека доколку постои барање од странката за усна расправа, таа треба да биде и одржана¹⁶. Оттука, ова останува како дискреционо право на судот самиот да одлучи дали ќе закаже усна расправа или не. Ваквото применување на жалбата беше оспорено пред Уставниот суд на Република Македонија. Уставниот суд ценејќи ја уставноста на оваа одредба оцени дека е во спротивност со амандман XXI од Уставот на Република Македонија. Со донесување на амандман XXI во 2005 година се извршени значајни промени во однос на правото на жалба кое од правило во управна постапка изразено во начело на двостепеност, сега се претвара во исклучок, наведувајќи дека тоа право е дозволено само доколку е уредено со материјален пропис.¹⁷ Врз основа на амандман XXI на Уставот на Република Македонија од 2005 година беше поднесена иницијатива за укинување на член 39 став 2 од Законот за управни спорови и постапувајќи по истата Уставниот суд ја донесе одлуката со која правото на жалба се определи како правило во управно-судска постапка¹⁸. Имено Уставниот суд „утврдил дека Управниот суд конкретната правна работа ја решава преку донесување на решение или пресуда, со што странките остваруваат судска заштита во првостепена постапка. Меѓутоа, законодавецот во Законот за управните спорови не го уредил, во посебно заглавие, правото на жалба против вака донесените одлуки, како гарантирано уставно право, туку во креирањето на ова право прифатил само редуцирана можност за нејзино изјавување, како што бил случајот со членот 39 став 2 од Законот, што Уставниот суд поради делумноста, го оценил со своја Одлука У.бр.231/2008 како неприфатливо и неуставно законско решение. Соодветно на ставот на Уставниот суд во наведената Одлука, врз основа на уставносудската анализа на

¹⁶Шумановска Спасовска д-р Ивана, Етаблирање на Виш управен суд во Република Македонија, Зборник на правниот факултет „Јустинијан први“ Скопје, 2012, стр 442

¹⁷ Ibid. str. 443

¹⁸Павловска Данева д-р Ана, Муцунски Тимчо „Виш управен суд: кочничар или ефикасна второстепена инстанца кон остварување на правата на граѓаните во управно-судска постапка“, Зборник на објавени излагања од Меѓународната научна конференција “Развојни тенденции во управното законодавство 24-26 јуни 2011, Охрид”, Правен факултет “Јустинијан Први” Скопје.

одредбите од Законот за управните спорови, Судот оцени дека на членот 42 став 1 во оспорениот дел „ако е дозволена жалба“ од Законот за управните спорови, е во несогласност со Уставот, бидејќи неспорно е дека Уставот го гарантира правото на жалба против одлуки донесени во постапка во прв степен пред суд, а Управниот суд е првостепен суд. Од овие причини Судот оценил дека членот 42 став 1 во делот: „ако е дозволена жалба“ ... од Законот е во несогласност со Амандманот XXI од Уставот.¹⁹ Ваквата одлука во правниот промет предизвика правен вакуум во поглед на определување на надлежен орган кој ќе постапува по жалбата кој траеше до декември 2009 година кога Врховниот суд на Република Македонија донесе начелен став со кој се огласи за надлежен за решавање по жалби, но и ваквото решение не траеше долго²⁰. Врховниот суд во второстепена управно судска постапка ги применувал одредбите од Законот за парнична постапка од член 337 до член 371, затоашто не постоеше посебна постапка за одлучување по жалба.

Ваквата состојба алармираше на потреба од нов Закон за управни спорови во кој на соодветен начин ќе биде регулирано ова прашање, но и другите институти да бидат доуредени и прецизирани. Наместо тоа, во ноември 2010 година беше донесен Закон за изменување и дополнување на Законот за управните спорови. Основната новина е формирање на Виш управен суд како второстепен суд кој ќе одлучува по жалба против одлуките на Управниот суд, и покрај бројните укажувања на теоретичарите дека далеку подобро и поекисано решение би било оваа надлежност да му се даде на Врховниот суд

¹⁹ Одлука на Уставен суд 15.12.2010, СЕ УКИНУВА членот 42 став 1 во делот: „ако е дозволена жалба“ ... од Законот за управните спорови („Службен весник на Република Македонија“ бр. 62/2006 и 150/2010)

²⁰ АМАНДМАН XXI 1. Се гарантира правото на жалба против одлуки донесени во постапка во прв степен пред суд. Правото на жалба или друг вид на правна заштита против поединечни правни акти донесени во постапка во прв степен пред орган на државната управа или организација и друг орган што врши јавни овластувања се уредува со закон. 2. Со овој амандман се заменува членот 15 на Уставот на Република Македонија, Устав на Република Македонија, Сл.весник на РМ, бр. 52 од 22.11.1992 година, АМАНДМАНИ XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX И XXX на Уставот на Република Македонија Сл.Весник на Р.Македонија бр.107 од 09.12.2005 година

на РМ, односно на специјализирано управно одделение во рамките на судот.²¹ Бидејќи судовите се основаат врз основа на Законот за судови, беше извршена измена и во овој закон. ²²Друга новина е тоа што Законот за управни спорови од 2010 година е дополнет со уште пет члена кои го уредуваат правото на жалба.

Согласно ова законско решение управните спорови во Република Македонија ги решаваат: Управниот суд, како првостепен суд; Вишиот управен суд како второстепен суд и Врховниот суд на Република Македонија кој одлучува по вонредни правни средства во случаите кога тоа е уредено со овој закон".²³ Имено, сега „Управниот суд во управен спор одлучува во прв степен по тужба против управни акти. Вишиот управен суд одлучува по жалби против одлуките на Управниот суд донесени во прв степен. Врховниот суд одлучува по вонредни правни средства против одлуките на Вишиот управен суд."²⁴ Жалбата може да биде изјавена поради: суштествени повреди на одредбите на постапката, - поради погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба и - поради погрешна примена на материјалното право.

Најнебулозната новина на ова законско решение е давањето можност, односно право и тужениот орган кој учествувал во управниот спор да може да

²¹ Н.Гризо, С.Гелевски, Б.Давитковски, А. Павловска-Данева, Административно право, Скопје, 2011, стр.636.

²² Член 2 Во членот 22 по зборовите: „Управниот суд“ се става записка и се додаваат зборовите: „Вишиот управен суд“.²² „Член 25-а (1) Вишиот управен суд се основа и ја врши судската власт на целата територија на Република Македонија. (2) Седиштето на Вишиот управен суд е во Скопје.“ Имено, по членот 34 се додава нов член 34-а, кој, како што споменавме, гласи: „Вишиот управен суд е надлежен: 1) да решава по жалбите против одлуките на Управниот суд; 2) да одлучува за судир на надлежности меѓу органите на Републиката, меѓу општините и градот Скопје, меѓу општините на градот Скопје и по спорите настанати за судир на надлежности меѓу општините и градот Скопје и носителите на јавните овластувања, ако тоа е предвидено со закон, доколку со Уставот или законите не е предвидена поинаква судска заштита и 3) да врши други работи определени со закон.“ Закон за изменување и дополнување на Законот за судови, Сл.весник на Р.Македонија, бр.150/2010;

²³ Член 4 од Закон за изменување и дополнување на Законот за управните спорови, Службен весник на РМ, бр. 150 од 18.11.2010 година

²⁴ Член 16 од Закон за изменување и дополнување на Законот за управните спорови, Службен весник на РМ, бр. 150 од 18.11.2010 година

покрене жалба до Вишиот управен суд. Ваквото решение се коси со основната идеја и цел на управниот спор, која се сотои во тоа дека управно судската контрола претставува надворешен облик на контрола на органите на јавната администрација во која се цени законитоста на поединечните конечни управни акти. Имено, согласно новата одредба “органот чиј акт бил предмет на управниот спор може да поднесе жалба преку Државниот правобранител на Република Македонија.“

На полето пак на остварување на правото на жалба од страна на општините како единици на локалната самоуправа во практиката се соочуваме со уште една аномалија во поглед на доследното применување на ова право. Суштината е во тоа што и покрај постоењето на законската одредба која им дозволува на општините да се појават како жалител во управно-судската постапка, сепак тие неможат да го искористат ова право.

За поконкретно претставување на овој проблем ќе ги наведеме двете законски решенија содржани во Законот за управни спорови и Законот за Државно правобранителство. Имено, согласно член 42-а „против одлука на Управниот суд, органот чиј акт бил предмет на управниот спор може да поднесе жалба преку Државниот правобранител на Република Македонија“. А, согласно член 5 од Законот за Државното правобранителство „Државниот правобранител и државните правобранители ги штитат имотните права и интереси на Република Македонија и на државните органи основани со закон пред судовите и другите органи во земјата и странство.²⁵ Имајќи ги предвид двете законски решенија воочуваме дека една со друга не соодејствуваат и нема можност законски гарантираното право да се оствари.

Уште една одредба која отвара можност за дискусија е член 7-а според кој „доколку овој закон не содржи одредби за постапката во управните спорови, соодветно ќе се применуваат одредбите од Законот за парничната постапка.“ Нашиот став, во однос на ова прашање е дека во најскоро време треба да се

²⁵ Закон за државното правобранителство, Сл. Весник на Р. Македонија бр.87/07 од 12.07.2007 год.

донесе нов Закон за управни спорови во кој во целост ќе биде уредена второстепената постапка пред Вишиот управен суд.

Оттука, воведувањето на Вишиот управниот суд со кој на странката и се нуди и уште едно, четвртто ниво на правна заштита навидум изгледа добро решение, но тоа од друга страна ја спречува и оневозможува странката во остварувањето на своите права во разумен временски рок.

Нашиот став го поткрепуваме со позитивните практики и решенија на Република Словенија каде што двостепеноста, како исклучок, во управно-судска заштита се остварува пред Врховниот суд. Република Словенија ја земаме како пример бидејќи е дели определени сличности со Република Македонија во поглед на правната традиција, демографските карактеристики и територијата. А, воедно претставува држава која е економски поразвиена држава и поподготвена да издржи покомплексен административен апарат, а се одлучува за поедноставно решение за остварување на управно-судска заштита.²⁶

3. Перспективите на управното судство во Република Македонија

Република Македонија е земја во транзиција и земја која веќе две децении интензивно работи на спроведување на одредени нормативно-правни и институционални реформи во правниот, економскиот и социјалниот систем, со цел исполнување на основните европските критериуми за аспирација во Европската унија. Меѓу клучните услови кои треба да ги исполни Република Македонија се наведуваат Копенхагенските критериуми дефинирани од страна на Советот на Европската Унија, во Копенхаген, во 1993 година, а тоа се:

А) Стабилност на институциите кои ја гарантираат демократијата, владеењето на правото, човековите права и почитувањето и заштитата на малцинствата;

²⁶ Проф. д-р Ана Павловска-Данева м-р Тимчо Муцунски: Виш управен суд: кочничар или ефикасна второстепена инстанца кон остварување на правата на граѓаните во управно судската постапка?, Зборник на објавени излагања од Меѓународната научна конференција “Развојни тенденции во управното законодавство 24-26 јуни 2011, Охрид”, Правен факултет “Јустинијан Први” Скопје.

Б) Постојење на оперативно пазарно стопанство, како и способност за справување со конкурентните притисоци и пазарните сили во рамките на Унијата; и

В) Способност да се преземаат обврските од членството, вклучувајќи го и придржувањето кон целите на политиката, економската и монетарната унија,²⁷ како и барањето за формирање на такви управни и судски структури кои се способни да го применуваат правото на Европската Унија поставени се во Мадрид во 1995 година.

Како еден од позначајните документи во областа на судската постапка се смета Европската конвенција за човекови права, која Собранието на Република Македонија ја има ратификувано со Законот за ратификација на Европската конвенција за човекови права во 1997 година со што стана интегрален дел на националниот правен поредок. Особено значење за судската постапка има членот 6 став 1 од Европската конвенција за човековите права, кој гласи: *“Секој, во текот на одлучувањето за неговите граѓански права и обврски или за кривичното обвиненије против него, има право на правична и јавна расправа во разумен рок пред независен и непристрасен суд, образуван на основа на закон...”*. Со одредбата на членот 6 се утврдуваат минимумот на процедуралните гаранции, преку кои се одлучува за субјективните права и правните интереси на странката.²⁸ Овој член се однесува и на пристапот до судот (право на тужба), на присуство во постапката, на контрадикторна постапка, еднаквост на средствата на странките, на докажување и на образложението на пресудата.

Тука би ја навеле и Препораката која се однесува на извршување на управните и судските одлуки²⁹ (Препораката. Р (2003) 16) чија цел е да гарантира ефикасно извршување на управните и судските одлуки во областа на управното право преку почитување на начелата на добрата работа на управата.

²⁷ Н. Гризо, Б. Давитковски, Проблеми на управувањето, Скопје, 2001, стр. 182;

²⁸ S. Lilić, *Evropsko upravno pravo*, Beograd, 2011, стр. 103;

²⁹ *Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law*

Препорака Р. (2001) 9 на Комитетот на министрите на државите членки за алтернативите на судскиот процес помеѓу органите на управата и приватните странки промовира примена на алтернативните средства за решавање на спорите во согласност со начелата на добрата пракса.³⁰

Препорака која се однесува на судската заштита од незаконитите управни акти³¹, во која како една од основните цели е да се остварува поголем степен на единство меѓу државите-членки на Советот на Европа. Во таа смисла се смета дека судската ревизија на управните акти претставува суштински елемент на системот на правната заштита на човековите права, и од таа причина треба да се обезбедува делотворен пристап на овој вид на ревизија. Имено, Препораката Р (2004) 20 на Комитетот на министрите на државите членки за судската ревизија на управните акти е усвоена, како што се кажува “имајќи предвид членот 6 на Европската конвенција за човековите права”, која предвидува дека “секој има право на правична и јавна расправа во разумен рок пред независен и непристрасен суд образуван на основа на закон” и релевантна судска пракса во (управните) спорови на Европскиот суд за човекови права. За потребите на Препораката поимот управен акт значајно е проширен и ја опфаќа целокупната дејност на управата: општите и поединечните правни акти и физичте (материјалните) дејствија кои управата ги презема при вршењето на власта, кои можат да влијаат на правата и правните интереси на физичките и правните лица (што и одговара на поимот по македонски јазик “акти на управата”, чии подвид се “управните акти”) и ситуациите на пропуштање на чинењето на управниот орган во случаите кога е обврзан да спроведува постапка по барање на странката (т.н. молчење на управата).³²

Имено, сметаме дека Република Македонија како земја која претендира кон евроинтеграција, таа треба да ги исполни и европските стандарди во однос

³⁰ *Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*

³¹ *Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts*

³² Види и во: Б.Синани, Правна положба на управното судство во Република Македонија (докторска дисертација), Скопје, 2015;

на управно-судската заштита, па оттука и нашиот обид да се направи слика за тоа дали постои доследна примена на овие принципи во управно-судското законодавство. Всушност, исполнувањето на принципот на контрадикторана и усна судска постапка, остварување на судска заштита во разумен рок и од страна на независен суд, како и обезбедување на задолжителност на судските пресуди наведени во членот 6 од Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи за Република Македонија се значајни, не само заради тоа што таа е потписничка на Конвенцијата, туку и заради фактот што во последните години постои тенденција управното судство во сите земји членки да се заснова на одредени исти заеднички основни вредности меѓу кои се и оние наведени во Конвенцијата, без разлика на тоа што повеќето правни, а поконкретно и управни системи помеѓу земјата се разликуваат помеѓу себе во однос на културните, политичките, економските, социјалните и историските услови на одредено општество. Во прилог на ова оди и мислењето на Cardona дека треба да постои уедначување на начелата и механизмите на управното судство, и притоа ја нагласува улогата на Европскиот суд за воедначување на управната правда во државите членки на Европската унија, создавајќи со својата судска пракса воедно и европско управно право.³³

Истата оваа одредба е предвидена и со член 47 од Повелба за основните права во Европската унија, согласно кој секој има право на правично и јавно сослушување во разумен рок од страна на претходно законски востановен независен и непристрасен суд.³⁴

Членот 6 од Европската Конвенција за заштита на човекови права и основни слободи³⁵ гласи: „Право на правична судска постапка –

³³ Cardona, op. cit., str. 3-4., превземено од D. ĐerĐa, Upravni spor u Hrvatskoj: sadašnje stanje i pravci reforme Zb. Prav. fak. Sveuč. rij. (1991) v. 29, br. 1, ???-??? (2008)

³⁴ Повелба за основните права во Европската унија, превземено од : http://eeas.europa.eu/delegations/the_former_yugoslav_republic_of_macedonia/documents/more_info/publications/charteroffundamentalrights_mk.pdf

³⁵ Европска конвенција за заштита на човековите права согласно Протоколите број 11 и 14 со протоколите број 1, 4, 6, 7,12 и 13 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_MKD.pdf

1. 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 или основаноста на какви било кривични обвиненија против него. Пресудата се изрекува јавно, а новинарите и публиката можат да бидат исклучени за време на целата или на дел од постапката во интерес на моралот, јавниот ред или националната безбедност во едно демократско општество, кога тоа го наложуваат интересите на малолетник или заштитата на приватниот живот на страните во спорот, или кога тоа судот го смета за неопходно затоа што во посебни околности публицитетот би можел да им нанесе штета на интересите на правдата.

2. Секој кој е обвинет за кривично дело се смета за невин сè додека неговата вина не се докаже по законски пат.

3. Секој обвинет ги има следните минимални права:

а. веднаш, на јазикот што го разбира, да биде детално известен за природата и причините на обвинението подигнато против него;

б. да му се обезбедат време и услови неопходни за подготвување на неговата одбрана;

в. да се брани самиот или со помош на бранител по свој избор, а доколку не располага со средства да плати бранител, да добие бесплатен службен адвокат кога тоа го наложуваат интересите на правдата;

г. самиот да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението и да бара повикувањето исслушувањето на сведоците на одбраната да биде под услови што важат и за сведоците на обвинението;

д. да користи бесплатна помош од преведувач, доколку не го разбира или не го зборува јазикот на кој се одвива судењето.“

Истата оваа одредба е предвидена и со член 47 од Повелба за основните права во Европската унија, согласно кој секој има право на правично и јавно

содлушување во разумен рок од страна на претходно законски востановен независен и непристрасен суд.³⁶

Во трудот се повикуваме на примената на овој член во управно-судската постапка затоа што истиот од крајот на XX век важи и се однесува не само на граѓанските постапки, туку и за управните спорови, но неговата правна теорија од последните неколку години го дефинира гледиштето според кое со членот 6 се регулираат многу повеќе други видови на спорови меѓу поединецот и државата отколку што може да се претпостави од неговото првично гледиште. Тука се на пример, предметите во врска со јавната контрола над земјиштето, доделувањето дозволи, надомест за незаконски дејствија на властите, правата на социјално осигурување и социјална помош кои сега исто така се опфатени од правото на правично судење.³⁷

Анализирајќи ја точката 1 од овој член може да воочиме неколку принципи кои се однесуваат на спроведување на судската постапка, па со тоа сметаме дека тука спаѓа и управно-судската постапка, а тоа се: правично и јавно судење, судење во разумен рок, и пред независен и непристрасен со закон воспоставен суд да бидат разгледани и утврдени неговите граѓански права и обврски. Ова значи дека ЕКЧП во членот 6 ги гарантира правото на правична постапка кое се остварува со спроведување на усна, контрадикторна јавна расправа, можноста за судска контрола над фактичката состојба во управната постапка и можност за контрола на пресуда на суд од прв степен.³⁸

Од овој став може да се извлечат неколку обврски кои треба да бидат уредени со правната регулатива која се однесува на оваа проблематика, а тоа се пред се обезбедување на начело на јавност во постапката, судењето да се оствари и заврши во разумен рок, постапката да се остварува од страна

³⁶ Повелба за основните права во Европската унија, превземено од : http://eeas.europa.eu/delegations/the_former_yugoslav_republic_of_macedonia/documents/more_info/publications/charterof-fundamentalrights_mk.pdf

³⁷ D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.184

³⁸ Savjetovanje Novi Zakon o upravnim sporovima i nova organizacija upravnog sudovanja, *Vijesti hrvatska javna uprava*, god. 10. (2010.), br. 2., str. 581–613 http://www.iju.hr/HJU/HJU/preuzimanje_files/2010-2%2019%20Savjetovanje.pdf

независен суд и на крај она што е дискутабилно и што може да посложи на различни толкувања и решенија е делот кој што гласи „ да бидат разгледани и утврдени неговите граѓански права и обврски или основаноста на какви било кривични обвиненија против него“, односно остварување на начелото на усна расправа и утврдување на фактичка состојба од страна на судот.³⁹

Еден од европските принципи е и задолжителноста на судските пресуди. Овој принцип се отсликува на тој начин што согласно ЕКЧП се предвидува дека судот кој одлучува мора да биде основан со закон, независен и непристрасен. Согласно праксата на Европскиот суд за човекови права, за да може некое тело да се смета за суд согласно чл.6 став1 не е доволно тој само да дава препораки и совети, туку неговите одлуки мора да бидат задолжителни.⁴⁰ Воедно се смета и дека судската независност и правото на правично судење (член 6 од ЕКЧП) се доведуваат во прашање доколку одлуката не се изврши.⁴¹

Завршувањето на судската постапка во разумен рок е уште еден од принципите кој е утврден во ЕКЧП. Имено, „целта на гаранцијата за „разумен рок“, што се применува и за кривичните и некривичните предмети, е да се заштитат странките во судската постапка, од големи процедурални одложувања.“⁴² Како што изјавил судот во случајот *H v France* гаранцијата ја подвлекува важноста за спроведување на правдата без одлагање што пак може

³⁹ Borce Davitkovski, Ana Pavlovska Daneva, Ivana Shumanovska Spasovska: [Consistent Application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Administrative Judicial Procedure in the Republic of Macedonia - Reality or Fiction?](#), Iustinianus Primus Law Review

№ 12 - volume VII - Winter 2015

⁴⁰ V. o navedenom u: Garašić, Jasna, *O upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske usjetlu čl.6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, Suppl., 1998., str. 987. i 988. O navedenom v. također i van Dijk, Peter i dr., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006. str. 560.-563, prevzemen od Marko Šikić: Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012., str. 411.-424.

⁴¹ 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.

⁴² *Stogmuller v Austria* A 9 para. 40 (1969), prevzemen od D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.234

да ги загрози нејзината ефикасност и кредибилност.⁴³ При тоа, разумноста на должината на постапката зависи од конкретните околности на случајот, односно нема апсолутно временско ограничување.⁴⁴ Воедно, Конвенцијата ги обврзува договорните страни, да ги организираат своите правни системи на начин со кој што ќе им се овозможи на судовите да се придржуваат кон барањата од членот 6 (1).⁴⁵

Прашање кое заслужува посебен интерес е одржувањето на усна расправа и утврдување на фактичка состојба од страна на Управниот суд. Имено, доколку во иднина се оди кон измена на Законот за управни спорови во насока да начелото на усна расправа стане задолжително, тогаш треба истото детално да се уреди, а воедно да се внимава и да не се доведе во прашање еквилибрумот помеѓу властите, согласно кое начело управните предмети се одлучуваат во управна постапка и од страна на органите на јавна администрација кои имаат овластувања да решаваат во управни работи, а управно-судската контрола постои пред се за утврдување на повреда на начелото на законитост во оспорените акти.

Заклучок

Извршената позитивно-правна анализа за развојот на управното судство во Република Македонија ни е појдовната основа на база на која може да изведеме одредени заклучоци и препораки за тоа што е добро во досегашната пракса, а што треба да се доуреди и прецизира. Оваа секако треба да го разгледаме и во корелативен однос со европските случувања и стандарди во однос на управно-судската заштита.

Актуелната состојба на управното судство во Република Македонија укажува на тоа дека и покрај бројните позитивни искустава од спроведувањето

⁴³ A 162-A para 58 (1989)., превземено од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.234

⁴⁴ Konig v FRG A 27 para 99 (1978)., превземено од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.234

⁴⁵ Zimmermann and Steiner v Switzerland A 66 para 29 (1983), превземено од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.239

на управно-судската контрола сепак во праксата се појавуваат одредени аномалии и недоследности, кои влијаат на квалитетот и ефикасност на управно-судската заштита, па затоа е неопходно истите да бидат потенцирани и да се изнајде начин за нивно надминување. Како отворени прашања или прашања кои отвараат одредена дилема ги наведуваме:

1. Потребата од услогласување на Законот за управни спорови со Законот за општа управна постапка од јули 2015 година, кој стапи во сила во август 2016.
2. Да се утврдат факторите кои се одразуваат на одржување на усна расправа во управно-судската постапка. Имено, како што „констатира Европскиот суд за човекови права, јавниот карактер на судската постапка претставува еден од основните принципи содржани во членот 6, став 1 од Европската конвенција за човековите права.“⁴⁶
3. Можноста и државата, конкретно органот кој бил тужен во првостепената управно-судска постапка да биде жалител во управно судска постапка. Сметаме дека со ваквото решение се задира и се става во дилема самата цел на управниот спор.
4. Да се уреди жалбената постапка, нејзиниот тек, а особено второстепениот орган односно суд имајќи предвид дека формирањето и постоењето на Виш управен суд ни оддалеку не е целисходно решение.
5. Да се превземат мерки за доследна примена на задолжителноста на судските пресуди и по можност да се предвиди начин на кој ќе се утврди колку од првосилните пресуди се извршени во законски предвидениот рок од 30 дена. Ова е еден од европските принципи наведени во Протоколот кој што беше претходно наведен.
6. Постои потреба од воведување на норма со која Управниот суд ќе воведо обврска да води евиденција за подносителот на жалбата, дали жалбата е поднесена од физичко или правно лице кој претходно бил тужител во управно-

⁴⁶ Пресуда од 24 јуни 1993г., бр. 17/1992/362/436-Шулер-Цграген/Швајцарија – OJZ 1994, 1938, превземено од Ото Малман, Јавната усна расправа во постапката на управните спорови: средство за обезбедување на квалитет и предуслов за фер постапка, Излагања од управното право и управното судство, Скопје, 2011, стр.75;

судската постапка или пак жалбата е поднесена од страна на тужениот орган преку Државниот правобранител. Сметаме дека ова е значајно поради фактот што преку тие податоци ќе дознаеме дали има оправданост постоењето на Вишиот управен суд, како и бројот на негови судии и стручни соработници ако се покаже дека најголемиот процент предмети се укинати предмети и вратени на повторно решавање по жалба на државните органи. Како и дали тоа значи дека Вишиот управен суд постои во најголем дел заради заштита на државата, а не на граѓаните незадоволни од нејзиното работење?

На крајот би констатирале дека она што се очекува од управно-судската контрола е таа да се спроведува на транспарентен, ефективен и ефикасен начин, судиите да одлучуваат на професионален и непристрасен начин, а Судот да остане независен. Сето ова секако ќе влијае од една страна на остварување на демократијата и остварување правна контрола над актите на управата, а од друга страна ќе имаме модерна, ефикасна и ефективна управно судска контрола.

Ana Pavlovska Daneva, PhD

Full professor Faculty of Law Iustinianus Primus University”Ss. Cyril and Methodius”

Elena Davitkovska, PhD

Assistant professor, Economic Institute, University”Ss. Cyril and Methodius”

ADMINISTRATIVE-JUDICIAL PROTECTION IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA BETWEEN EUROPIAN STANDARDS AND REALITY

Summary

The subject of analysis of this paper are the issues concerning the development of the administrative judiciary in the Republic of Macedonia, the subject of decisions in administrative proceedings, the powers of the court in deciding administrative disputes and the remedies used for administrative judicial protection.

Bearing that in mind, the main goal of the paper is to present the situation in the administrative judiciary in the Republic of Macedonia *de lege lata* and *de lege ferenda*. Based on the fact that in the Republic of Macedonia there is a separate administrative judiciary for ten years already we will point out the basic benefits, but also and inconsistencies that have been faced in the administrative judicial proceedings. The Republic of Macedonia, due to its aspirations to join the European Union, is in the process of implementation of certain legislative and institutional reforms for decades so far. These reforms are in line with the fundamental European values. Because of this, it is necessary to harmonize the administrative judicial procedure with the European standards on the same matter. Consequently, in this paper we will present some of the novelties and recommendations that should be taken into account in order to, on one hand get a real, efficient, effective and independent administrative judicial control over the public authorities which decide on specific administrative matters, and make the administrative judiciary a real guarantee for achieving the principle of legality and protection of the rights and interests of natural and legal persons from the acts of the administration, on the other.

Keywords: *administrative judiciary, Administrative Court, Higher Administrative Court, the final administrative act, administrative judicial procedure.*

РЕФЕРЕНЦИ

1. А. Павловска-Данева Т. Муцунски Виш управен суд: кочничар или ефикасна второстепена инстанца кон остварување на правата на граѓаните во управно судската постапка?, Зборник на објавени излагања од Меѓународната научна конференција “Развојни тенденции во управното законодавство 24-26 јуни 2011, Охрид”, Правен факултет “Јустинијан Први” Скопје.
2. Б.Давитковски, А. Павловска-Данева, Управниот спор во Република Македонија согласно новиот Закон за управни спорови, Законската рамка на судската реформа во Република Македонија Скопје“ на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Скопје (2006).
3. Borce Davitkovski, Ana Pavlovska Daneva, Ivana Shumanovska Spasovska: [Consistent Application of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Administrative Judicial Procedure in the Republic of Macedonia - Reality or Fiction?](#), Iustinianus Primus Law Review № 12 - volume VII - Winter 2015

4. D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, 2014.
5. Z. Tomić, Komentar Zakona o upravnim sporovima, Beograd, 2012.
6. Z. Tomić, Upravno pravo, Beograd, 1991.
7. И. Борковиќ, Управно право, Загреб, 1987.
8. И. Шумановска Спасовска, Етаблирање на Виш управен суд во Република Македонија, Зборник на правниот факултет „Јустинијан први“ Скопје, 2012.
9. J. Garašić, О управном спору пред Управним судом Republike Hrvatske usvjetlu čl.6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, Suppl., 1998.
10. М. Јовиќиќ, Ombudsman чувар законитости и права граѓана, Beograd, 1969.
11. Н. Гризо, С. Гелевски, Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, „Административно право“, Скопје, 2008.
12. Н. Гризо, С. Гелевски, Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Административно право, Скопје, 2011
13. Н. Гризо, Б. Давитковски, Проблеми на управувањето, Скопје, 2001.
14. Ото Малман, Јавната усна расправа во постапката на управните спорови: средство за обезбедување на квалитет и предуслов за фер постапка, Излагања од управното право и управното судство, Скопје, 2011.
15. Р. Dimitrijević, Osnovi upravnog prava, Beograd, 1983.
16. R. Marković, Upravno pravo, Beograd, 2002.
17. S. Lilić, Evropsko upravno pravo, Beograd, 2011.
18. 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.
19. Европска конвенција за заштита на човековите права согласно Протоколите број 11 и 14 со протоколите број 1, 4, 6, 7, 12 и 13 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_MKD.pdf
20. Закон за управни спорови, Сл. Весник на Република Македонија, бр.62/2006
21. Законот за управни спорови од 1977 ("Сл. лист на СФРЈ", бр. 4/77, со исправка извршена во "Сл. лист на СФРЈ", бр.36/77).
22. Закон за судови, Сл. Весник на Р. Македонија бр.58/06 од 11.05.2006 година
23. Закон за општа управна постапка, Службен весник на РМ бр.38/2005
24. Одлука на Уставен суд 15.12.2010.
25. Закон за изменување и дополнување на Законот за судови, Сл.весник на Р.Македонија, бр.150/2010;
26. Закон за изменување и дополнување на Законот за управните спорови, Службен весник на РМ, бр. 150 од 18.11.2010 година.
27. Закон за државното правобранителство, Сл. Весник на Р. Македонија бр.87/07 од 12.07.2007 год.

28. Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law
29. Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties
30. Recommendation Rec(2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts
31. Повелба за основните права во Европската унија, http://eeas.europa.eu/delegations/the_former_yugoslav_republic_of_macedonia/documents/more_info/publications/charteroffundamentalrights_mk.pdf
32. Пресуда од 24 јуни 1993г., бр. 17/1992/362/436-Шулер-Цграген/Швајцарија – OJZ 1994, 1938

**NORME O TRANSFERNIM CIJENAMA PORESKOG SISTEMA CRNE GORE
I PRINCIP PRAVNE SIGURNOSTI U KONTEKSTU PRAKSE SUDA
PRAVDE EVROPSKE UNIJE**

УДК: 338.532.425:34-026.16 (497.16)
Original Research Paper

Apstrakt: *Na osnovu prakse Ustavnog suda Crne Gore garancija pravne sigurnosti predstavlja posebnu dimenziju šireg ustavnog načela vladavine prava. Ova garancija pretpostavlja da pravna norma mora biti dostupna i predvidljiva za njene adresate, tj. dovoljno određena i precizna, te da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze, odnosno predvidjeti posljedice svog ponašanja. Norme o transfernim cijenama čine jedan od osnovnih antievazinih mahanizama, čiji je cilj zaštita nacionalne poreske osnovice od zloupotreba u pogledu vještačkog transfera profita između povezanih lica. Ovaj rad predstavlja analizu usklađenosti normi o transfernim cijenama iz poreskog sistema Crne Gore sa praksom Suda pravde Evropske unije u vezi sa principom pravne sigurnosti. Naime, ova nadnacionalna sudska instanca je u svojoj praksi razvila posebne uslove koje nacionalne antievazione norme moraju da ispunjavaju u kontekstu principa pravne sigurnosti kako bi bile u skladu sa pravom Evropske unije. U tom pogledu, rad će pokazati da norme o transfernim cijenama iz poreskog sistema Crne Gore ne ispunjavaju kriterijum pravne sigurnosti iz prakse Suda pravde Evropske unije.*

Ključne riječi: *transferne cijene, antievaziono zakonodavstvo, princip pravne sigurnosti, Sud pravde Evropske unije*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Princip pravne sigurnosti predstavlja garanciju imanentnu svim ustavnim sistemima modernih država, kao i praksi nadnacionalnih sudskih instanci. Kada je riječ o crnogorskom pravnom sistemu, ova garancija svoje izvorište nalazi u opštem pravnom načelu vladavine prava, iz člana 1 stav 2 Ustava, ipodrazumijeva da pravna norma mora da bude dostupna adresatima i za njih predvidljiva, tj. da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze kako bi se prema njima mogli upravljati prilikom donošenja odluka. Sa druge strane, Sud pravde Evropske unije (u daljem tekstu: SPEU) kroz svoju praksu stvara pravila koja nacionalne norme država članica moraju poštovati kako bi bile u skladu sa pravom Evropske unije (u daljem

tekstu: pravo EU), a naročito kada je riječ o tumačenju osnovnih sloboda (sloboda kretanja) sadržanih u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije (u daljem tekstu: UFEU) i njihovoj primjeni u cilju stvaranja unutrašnjeg tržišta EU. Upravo želja država članica da u okviru svog suvereniteta zadrže što više nadležnosti u pogledu oporezivanja, a sa druge strane zahtjev za što većom liberalizacijom poslovanja na unutrašnjem tržištu, stvaraju sukob između nacionalnih antievazionih normi i osnovnih sloboda koje garantuje UFEU.

Na ovom polju uloga SPEU je da „izbrusi“ konačnu formu nacionalnih antievazionih normi kako iste ne bi bile suprotne pravu EU. U tom kontekstu, posebno mjesto zauzimaju pravila koja je SPEU u svojoj praksi iskristalisao u pogledu normi o transfernim cijenama, kao i antievazionim normama slične pravne prirode. Iz navedenog proizilazi i dilema koja predstavlja predmet ovog rada: da li su norme o transfernim cijenama iz crnogorskog pravnog sistema u skladu sa pravilima razvijenim u praksi SPEUu pogledu usklađenosti antievazionog zakonodavstva sa pravom EU, sa posebnim osvrtom na garancije sadržane u načelu pravne sigurnosti prava EU?

2. TRANSFERNE CIJENE

Norme o transfernim cijenama predstavljaju jedan od osnovnih antievazionih mehanizama u svim nacionalnim pravnim sistemima. Stoga, u cilju valjanog razumijevanja ove vrste antievazionih normi, a u kontekstu ovog rada, nepohodno je razumjeti njihovu svrhu i cilj, kao i oblik koje ove norme imaju u crnogorskom pravnom sistemu.

2.1. Antievaziono zakonodavstvo

Poreska evazija se javlja u dva vida. Aktivnosti poreskog obveznika koje imaju za posljedicu kršenje zakona a koje su, štaviše, preduzete sa namjerom da se izbjegne plaćanje poreza, pokrivene su pojmom nezakonite poreske evazije (*evasion*). Dakle, ovakvo ponašanje poreskog obveznika se podvodi pod krivično djelo poreske

utaje (eng. *tax fraud* – poreska prevara)¹ ili se sankcioniše u vidu prekršaja. Nasuprot nezakonite poreske evazije, koja podrazumijeva kršenje zakona, vlasti u mnogim državama pokušavaju da se suprotstave i neprihvatljivom minimiziranju poreske obaveze (avoidance) koje za sobom ne povlači kršenje zakona.² Ova praksa je prisutna u državama u kojim sudovi smatraju da je zakon već prekršen ukoliko je moguće dokazati povredu duha zakona ili namjere zakonodavca.³ Nasuprot ovakvog neprihvatljivog ponašanja poreskog obveznika, poresku obavezu je moguće umanjiti u potpunosti prihvatljivim poreskim planiranjem (npr. izborom najpovoljnije poreske olakšice ili podsticaja), ili čak uzdržavanjem od korišćenja određenog oporezovanog proizvoda, i jasno, u ovim slučajevima ne postoji namjera poreskih vlasti da se bore protiv aktivnosti ove vrste. Neprihvatljivo (tj. nelegitimno) i prihvatljivo (tj. legitimno) minimiziranje poreske obaveze, koje za sobom ne povlači kršenje slova zakona, predstavlja dva vida zakonite poreske evazije.

U mnogim pravnim sistemima postoje ili nepisani principi ili opšte pravne norme na osnovu kojih poreske vlasti mogu preispitati određene transakcije koje su prividno pravno ispravne ali čija pojava forma sakriva stvarnost a postoji sumnja da su razlozi za to prevashodno fiskalni.⁴ Ove mjere su u tijesnoj vezi sa pojmom nelegitimne, tj. neprihvatljive zakonite poreske evazije. Iako opšte mjere protiv izbjegavanja plaćanja poreza imaju svojih prednosti, sudovi mnogih država nerado idu dalje od striktnog slova zakona. Zato, pored mjera opšte prirode, koje se u principu primjenjuju na cjelokupno nacionalno poresko zakonodavstvo, postoji i niz posebnih mjera iz ove oblasti.⁵ One se, u načelu, ne usredsređuju na primjenu ili tumačenje zakona, nego na

*Docent Pravnom fakultetu Univerziteta Donja Gorica u Podgorici.

¹Dejan Popović: Komentari Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji, Beograd, 2003, str. 251.

² OECD Work on Tax Avoidance and Evasion (International Tax Avoidance and Evasion. Colloquy of 5–7 March 1980), Strasbourg, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam 1981, str. 12.

³ International tax avoidance and evasion: Four related studies, Organisation for economic co-operation and development, 1987, str. 16.

⁴ Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends, (San Francisco Congress 2001, Studies on International Fiscal law) *International Fiscal Association*, Kluwer Law International, str. 34.

⁵ International tax avoidance and evasion: Four related studies, Organisation for economic co-operation and development, 1987, str. 30.

prosto mehaničko uskraćivanje pojedinih poreskih pogodnosti pod određenim okolnostima.⁶ U ovu grupu spadaju norme o: transfernim cijenama, utanjenoj kapitalizaciji, zloupotrebi ugovora o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja, zloupotrebi direktiva EU i zabrani zloupotrebe poreskih rajeva (npr, zabrana određenih isplata i sl.), norme o kontrolisanoj inostranoj kompaniji (*cfc* norme) i druge njima srodne norme (npr. norme o inostranim investicionom fondovima, raspolaganju i transferu imovine u inostranstvo, i sl.).

2.2. Pojam transfernih cijena

Transferna cijena predstavlja cijenu nastalu u vezi sa transakcijama nastalim sredstvima ili stvaranjem obaveza među povezanim licima.⁷ Pošto transferne cijene nastaju u odnosu između povezanih lica, potrebno je prethodno definisati pojam „povezanog lica“. Ovaj pojam je veoma široko shvaćen i obuhvata pravna ili fizička lica u čijim se odnosima sa obveznikom javlja mogućnost: a) „kontrola“ koja se vrši na osnovu učešća u kapitalu obveznika, riječ je o većinskom ili pojedinačno najvećem udjelu u kapitalu; b) „značajnog uticaja na poslovne odluke“ koji postoji u slučaju uzajamno velikog obima kupoprodaja, tehnološke zavisnosti ili na bilo koji način stečene kontrole nad upravljanjem; v) licem povezanim sa obveznikom smatra se i pravno lice u kojem, kao i kod obveznika, ista fizička ili pravna lica neposredno ili posredno učestvuju u upravljanju, kontroli ili kapitalu na prethodno pomenut način. Transakcije, odnosno stvarne obaveza kod kojih se javljaju transferne cijene mogu biti: isporuke dobara, pružanje usluga, ustupanje uz nadoknadu prava intelektualne svojine, sporazum o podjeli troškova za aktivnosti istraživanja i razvoja, davanje kredita i dr. Ove cijene mogu značajno odstupati od cijena koje se obrazuju za iste ili slične transakcije između nepovezanih lica na slobodnom tržištu. Motive za postojanje transfernih cijena možemo podijeliti na:

⁶Dejan Popović: Poresko pravo – Opšti deo, *Cekos In*, Beograd 2006, str. 58.

⁷Dejan Popović: Nauka o porezima i poresko pravo, *Savremena administracija*, Beograd 1997, str. 559.

(a) Poreske – u ovom slučaju cilj korišćenja transfernih cijena je isključivo evazioni. Na međunarodnom tržištu, na primjer, njihovim korišćenjem različite članice grupe multinacionalne kompanije mogu pokušati da „izvuku“ dobit iz zemlje u kojoj je porez visok, u zemlju u kojoj je porez nizak.

(b) Neporeske – transferne cijene mogu biti korišćene i iz drugih razloga. Na primjer, u cilju privlačenja novih investicija može biti u interesu vlasnika da prikaže da kompanija posluje bolje nego što bi to zaista bilo da su se transakcije između nje i povezanog lica odvijale po cijenama koje postoje na slobodnom tržištu. Takođe, većinski vlasnik kompanije, u cilju oštećenja (izigravanja) manjinskih akcionara, može dobit kompanije putem transfernih cijena „prebaciti“ u drugu kompaniju koja je u njegovom 100% vlasništvu.

U navedenim slučajevima moguće je, prema tome, da se poreskom obvezniku nametnu transferne cijene koje će služiti interesima onoga koji ima kontrolu. Njihovim korišćenjem postoji mogućnost da obveznik poresku osnovicu modifikuje u svom interesu. One imaju neposredan uticaj na određivanje iznosa dobiti koja u finansijskom izvještaju prikazuje kompanija koja se nalazi u ulozi kupca robe, odnosno koja je korisnik usluga kompanije sa kojom se nalazi u odnosu povezanosti.⁸ Pošto oko 50% ukupne svjetske razmjene otpada na razmjenu između povezanih lica, legitimno je pravo poreskih vlasti da zahtijevaju od poreskih obveznika da dokumentuju svoje transferne cijene.⁹ Da bi se spriječila poreska evazija kroz mehanizam transfernih cijena, u poreskim propisima se nalaže obveznicima da transakcije po transfernim cijenama posebno iskažu u svom poreskom bilansu, kao i da u njemu prikažu vrijednost tih transakcija po cijenama koje bi se ostvarile na tržištu takvih ili sličnih transakcija, da se nije radilo o povezanim licima. Dakle, u osnovi, radi se o mjerama koje imaju za cilj zamijeniti cijenu dogovorenu između povezanih osoba cijenom s otvorenog tržišta, koju međusobno utvrđuju nepovezani prodavac i

⁸Gordana Ilić-Popov: Osnovica poreza na dobit korporacija, *Pravni fakultet, Beograd*, 1995, str. 120.

⁹ Transfer Pricing Documentation: A case for international cooperation, *International Chamber of Commerce*, 4 decembar 2003, www.icc.org

kupac.¹⁰Ovakve cijene se nazivaju cijenama „van dohvata ruke“ (*arm'slengthprices*). Razlika između cijene utvrđene primjenom principa „van dohvata ruke“ i obveznikove transferne cijene smatra se „skrivenom raspodjelom profita“ i uključuje u poresku osnovicu.

Najznačajniji problem koji se javlja u vezi sa zakonodavstvom o transfernim cijenama jeste kako odabrati cijenu „van dohvata ruke“. Metode koje se mogu koristiti u tom cilju, na osnovu *OECD* Smjernica o transfernim cijenama za multinacionalne kompanije i poreske administracije (*TransferPricingGuidelinesforMultinationalEnterprisesandTaxAdministrationsOECD*) moguće je podijeliti na:

1. Tradicionalne metode: a) metoda uporedivih nekontrolisanih cijena (*comparableuncontrolledpricemethod*) koja uzima u obzir prodajnu cijenu sličnih dobara ili usluga uspostavljenu između kupca i prodavca koji nisu povezana lica, pod pretpostavkom da su ostale okolnosti iste ili slične; b) metoda koštanja uvećana za uobičajenu maržu (*cost-plusmethod*) putem koje se cijena određuje na osnovu troškova proizvodnje na koje se dodaje uobičajena zarada tj. marža; v) metoda preprodajne cijene (*resalepricemethod*) se može koristiti u slučaju da je obveznik robu kupio od povezanog lica, a zatim je prodao kupcu koji je nepovezan partner, on nabavnu cijenu može uskladiti prema preprodajnoj cijeni, umanjujući je za razuman profit, koji odražava funkciju i udeo u riziku obveznika kao preprodavca.¹¹

2. Ostale metode:¹² a) metod podjele profita (*profit-splitmethod*) dijeli profit između povezanih lica na osnovu ekonomski valjanih osnova koji približno odslikavaju podjelu profita koja bi bila očekivana da je dogovor zasnovan na principu van dohvata ruke;¹³ b) metod transakcione neto margine (*transactionalnetmarginmethod*) analizira

¹⁰BožidarJelčić,OliveraLončarević-Horvat, Jure Šimović, HrvojeArbutina:Financijskopravoifinancijskaznanost, Narodnenovine, Zagreb, 2002, str. 333.

¹¹Dejan Popović: Nauka o porezima i poresko pravo, *Savremena administracija*, Beograd 1997, str. 562.

¹²Ove metode se u okviru Smjernica o transfernim cijenama za multinacionalne kompanije i poreske administracije *OECD* nazivaju metodi transakcionog profita (*transactionalprofitmethod*)

¹³Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations,*OECD*, 1995,poglavlje III 3.5.

marginu neto profita na osnovu odgovarajućih indikatora (npr. troškovi, prodaja, sredstva) koje obveznik ostvaruje na osnovu kontrolisane transakcije.¹⁴

Zbog velike složenosti postupka određivanja „cijena van dohvata ruke“ poreske administracije su razvile više administrativnih pristupa u cilju izbjegavanja i rješavanja sporova u ovoj oblasti. Svakako najvažniji institut, jeste tzv. aranžman o unaprijed određenim cijenama (*advancepricingarrangement*). On postoji u nekoliko najrazvijenijih država i predstavlja postupak putem kojeg se poreski obveznik i poreska uprava unaprijed dogovaraju o metodologiji koja će biti korišćena u cilju određenja metode kojom će biti utvrđena transferna cijena.

2.3. Norme o transfernim cijenama u crnogorskom poreskom sistemu

Na osnovu Zakona o porezu na dobit pravnih lica (u daljem tekstu: ZPDPL) u crnogorskom poreskom sistemu se transfernom cijenom smatra cijena nastala u vezi sa transakcijama sredstava ili stvaranjem obaveza među povezanim licima.¹⁵ Kada je riječ o povezanim licima, kao takva se smatraju lica između kojih postoje posebni odnosi koji mogu imati neposredni uticaj na uslove ili ekonomske rezultate transakcija između tih lica, u skladu sa Zakonom o poreskoj administraciji (u daljem tekstu: ZPA). Na osnovu odredaba ovog propisa povezana licima su ona između kojih postoje posebni odnosi koji mogu imati neposredan uticaj na uslove ili ekonomske rezultate transakcija između njih, dok se pod posebnim odnosima podrazumijevaju pojedinačni odnosi između: 1) lica koja imaju najmanje 25% učešća u kapitalu drugog lica; 2) jednog lica koje ima neposredan ili posredan interes u drugom licu koje predstavlja preduzeće, ukoliko je taj interes najmanje 25%; 3) jednog lica koje je podređeno drugom u smislu poslovnog položaja i tog drugog lica, ili jednog lica koje je pod kontrolom (neposredno ili posredno) drugog lica i tog drugog lica; 4) lica koja predstavljaju zavisna društva ili su pod neposrednom ili posrednom kontrolom trećeg

¹⁴*ibid.*, poglavlje III 3.26.

¹⁵Član 38 Zakona o porezu na dobit pravnih lica ("Sl. list RCG", br. 65/01 od 31.12.2001, 12/02 od 15.03.2002, 80/04 od 29.12.2004, 40/08 od 27.06.2008, 86/09 od 25.12.2009, 40/11 od 08.08.2011, 14/12 od 07.03.2012, 61/13 od 30.12.2013).

lica; 5) lica koja neposredno ili posredno kontrolišu treće lica i tog trećeg lica ukoliko je glasačko pravo svakog od ovih lica najmanje 25%. Dodatno, povezanim licem smatra se i član porodice poreskog obveznika, a pod pojmom člana porodice smatra se svako lice koje je kao takvo određeno zakonom kojim se uređuju porodični odnosi.¹⁶

Uporednom analizom dolazimo do zaključka da norme o povezanim licima čine jednu od krucijalnih tačaka cijelog zakonodavnog sistema koji ima za cilj sprječavanje raznih vidova poreskih zloupotreba, a u predmetnom slučaju, u pogledu određivanja transfernih cijena. Naime, utvrđivanje postojanja pojma povezanih lica predstavljaju često neku vrstu prethodnog pitanja u primjeni posebnih antievazionih zakonodavstava. Razlog za to jeste što se poslovni odnosi koji bi mogli nastati među povezanim osobama mogu znatno razlikovati od onih poslovnih odnosa koji nastaju između nepovezanih osoba. Zato će se u poreske svrhe priznati samo onda kada i druge osobe koje nisu u takvom međusobnom odnosu, pod istim ili sličnim okolnostima, utvrde takve poslovne odnose. Takvi poslovni odnosi mogli bi nastati u porodičnim, organizacijskim, poslovnim ili drugim odnosima.¹⁷ Dakle, upravo zbog te povezanosti među njima mogu nastajati ugovori i razvijati se poslovni odnosi koji se znatno razlikuju od onih koji nastaju među nepovezanim licima, a to postavlja pitanje ekonomske suštine takvih odnosa i poslova.¹⁸

Stoga, na osnovu ZPDPL cijena za koju se očekuje da će se postići u imovinskim transakcijama ili ugovornim obavezama među licima koja su poslovala "van dohvata ruke" ili više postignuta cijena smatraće se cijenom "van dohvata ruke". Razlika između cijene "van dohvata ruke" i transferne cijene uključuje se u poresku osnovicu. Cijena "van dohvata ruke" se utvrđuje primjenom metode „uporedne cijene“, a kada to nije moguće utvrđuje se primjenom „metode preprodajne cijene“ ili „metode

¹⁶Član 15 Zakona o poreskoj administraciji ("Sl. list RCG", br. 65/01 od 31.12.2001, 80/04 od 29.12.2004, 29/05 od 09.05.2005, "Sl. list Crne Gore", br. 73/10 od 10.12.2010, 20/11 od 15.04.2011, 28/12 od 05.06.2012, 08/15 od 27.02.2015).

¹⁷Božo Grbešić, Mate Jurić, Milan Škugor: Porezninadzor, Poslovnizbornik doo, Zagreb, 2005, str. 89.

¹⁸Mirko Budić, Zdenka Koharić, Olivera Lončarević-Horvat, Veljko Mratović, Mate Perković: Opći poreznizakon s komentarom, Institut za javne financije, Zagreb, 2001, str. 48.

nabavne cijene uvećane za uobičajenu maržu“. Ono što je bitno naglasiti u kontekstu ovoga rada, je da predmetni propis predviđa da će bliži način utvrđivanja cijene „van dohvata ruke“ biti propisano pozakonskim aktom Ministratsva nadležnog za finasije.Međutim, iako ZPDPL još od svoje prve verzije iz 2001. godine, u članu 38 sadrži odredbe o transfernim cijenama, koje između ostalog propisuju i nadležnost Ministarstva finansija da donese podzakonski akt, isti nije nikada donešen.

3. PRINCIP PRAVNE SIGIRNOSTI U PRAKSI USTAVNOG SUDA CRNE GORE

Na osnovu prakse Ustavnog sudazahitjev pravne sigurnosti proističe iz načela vladavine prava, iz člana 1 stav 2 Ustava i podrazumijeva da pravna norma bude dostupna i predvidiva za njene adresate, tj. takva da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze kako bi se prema njima mogli ponašati. Adresati pravne norme ne mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i dužnosti te predvidjeti posljedice svog ponašanja ako pravna norma nije dovoljno određena i precizna. Zahtjevi za određenošću i preciznošću pravne norme moraju se smatrati sastavnim dijelom načela vladavine prava na području svih grana prava, jer bi njihovo zanemarivanje ugrozilo druga načela pravne sigurnosti kao dijela načela vladavine prava. Zakon mora biti jasan i precizan u skladu sa posebnošću materije koju normativno uređuje, čime se sprečava svaka arbitrarnost i proizvoljnost u tumačenju i primjeni zakona, odnosno uklanjanju neizvjesnosti adresata pravne norme u pogledu krajnjeg efekta zakonskih odredaba koje se na njih neposredno primjenjuju. U pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava zakoni moraju biti opšti i jednaki za sve, a zakonske posljedice trebaju biti izvjesne za one na koje će se zakon primjenjivati.

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), u tom smislu, u predmetu *Sunday Times (No.1) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁹, prvi put je ustanovio standard zakonitosti, koji mora biti ispunjen da bi se termin „zakon“ u sintagmi „propisan zakonom“ (*prescribed by law*) smatrao zakonom:

“Po mišljenju suda, dva zahtijeva koja proizlaze iz izraza »propisano zakonom« susljedna. Prvo, zakon mora biti primjerenodostupan: građanin mora biti u stanju dobiti upozorenje primjerenom u okolnostima pravnih pravila primjenjivih u navedenom slučaju. Drugo, norma se ne može smatrati “zakonom” osim ako nije formulisanas dovoljno preciznošću koja omogućava građaninu da upravlja svojom ponašanjem: on mora biti u stanju – ako treba i uz odgovarajuć savjet – predvidjeti, do razumnog stepena u datim okolnostima, posljedice koje nekaradnjamože izazvati. Te posljedice ne trebaju biti apsolutno predvidljive: iskustvo pokazuje da je to nemoguće postići. Prema tome, dok je određena veoma poželjna, može donijeti sasobom pretjeranukrutost i zakon mora biti sposoban držati korak s promjenama okolnosti. Shodno tome, mnogi zakoni su neminovno izraženi u pojmovima koji su, u većoj ili manjoj mjeri, nejasni i čije su tumačenje primjenastvar prakse.”

Slično u predmetu *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁰ ESLJP je daljerazvio pojam “zakonitosti”

vezujući ga za zabranu zloupotrebe ovlaštenja izvršne vlasti :

„Bilo bi protivno vladavini prava kada bi se diskreciona ovlaštenja izvršne vlasti izražavala u obliku neobuzdanemoći. Stoga, zakon mora

dovoljno jasno označiti granice svakog diskrecionog prava datog nadležnim organima u činnjegovog vršenja, imajući u vidu zakonitost i ljdotičnemjere, kako bi pojedincu pružila dovoljnu zaštitu od samovoljnog miješanja državnih organa.”

¹⁹ESLJP, 26. aprila 1979, zahtjev br. 6538/74, p. 49.

²⁰ESLJP, 2. avgusta 1984. godine, predstavka br. 8691/79, p. 68.

U ovom kontekstu slične stavove sriječemo i u praksi Saveznogustavnog suda Njemačke koji zahtijeva da određeni propis mora biti predvidiv za svoje adresate, što potvrđuje predmet *BVerfGE60,253-Anwaltsverschulden*:

*„Sloboda zahtijeva pouzdanost stalnog sistema jer sloboda prije svega znači mogućnost da se organizuje vlastiti život. Bitan uslov za ostvarivanje slobode jeste da okolnosti i faktori koji mogu dugotrajno uticati na nečije planove, njihovo sprovođenje pogotovo u svijetlu njihovih učinaka moraju biti predvidljivi.”*²¹

Ovih stavova se drži Ustavni sud u svojoj ustaljenoj praksi i smatra da određeni propis da bi bio u skladu sa principom vladavine prava mora biti jasno precizan:

“Iz navedenih stavova Evropskog suda proizilazi da bi propisi države ili pojedinačnog ograničenja ljudskih prava, u smislu Konvencije, bili »u skladu sa zakonom«, moraju biti dostupni, predvidljivi, zakon mora ukazati na obim diskrecionog prava povjerenog ovlaštenim organima u dovoljno precizno formulisan način uređivanja diskrecionog prava, radi pružanja odgovarajuće zaštite građanima od arbitrarnog odlučivanja.

*Svrha svakog zakona, kojim se uređuje nadležnost i rad bilo kog državnog organa, u tom smislu, je određivanje njegovog djelokruga rada i granice njegovih ovlaštenja, postupak po kojem vrši poslove, kao i nadzor nad njegovim radom.”*²²

Slično, Ustav u okviru načela vladavine prava građanima pruža garanciju zaštite od arbitrnog odlučivanja državnih organa. Drugim riječima, diskrecona ovlaštenja državnih organa moraju biti ograničena jer bi u suprotnom ona predstavljala samovolju u odnosu na pojedinca:

“Zakonodavac, pri tom nije odredio nadležni državni organ pred kojim se inicira pokretanja postupka za utvrđivanje ništavosti tih akata. Svrha svakog zakona, kojim se uređuje nadležnost i rad bilo kog državnog organa, po nalaženju Ustavnog suda, je određivanje njegovog djelokruga rada i granice njegovih ovlaštenja, postupak po kojem vrši poslove, kao i nadzor nad njegovim radom. Kako osporenim odredbom člana 13. stav 1. Zakona, nije utvrđen obim diskrecionog prava povjerenog

²¹Savezni ustavni sud Njemačke, 2BvL.26/81, 20. aprila 1982. godine.

²²Ustavni sud Crne Gore, U-I br. 27/12, 24. jul 2015. godine, p. 11.

ovlašćenim organima, kao ni nadležni organi, niti je, radi pružanja odgovarajuće zaštite građanima od arbitrarnog odlučivanja dovoljno precizno formulisan način korišćenje tog diskrecionog prava, Ustavni sud je utvrdio da nije u saglasnosti s načelom vladavine prava iz odredbe člana 1. stav 2. Ustava.”²³

U tom kontekstu, određeni propis da bi bio u skladu sa principom pravne sigurnosti, mora biti precizan i u nomotehničkom i u suštinskom smislu:

„Stoga je Ustavni sud utvrdio da su osporene odredbe čl. 3. i 4. Zakona višestruko protivrječno određene, u nomotehničkom i suštinskom smislu neprecizne, jer je njihov sadržaj po značenju pogrešan i kad je riječ o započinjanju i završetku postupka koji bi trebalo sprovesti po njima, čime se direktno narušava načelo pravne sigurnosti.“²⁴

Takođe, u kontekstu načela pravne sigurnosti Ustavni sud smatra da određeni propis mora biti primjenjiv u praksi:

„...povrijedio načelo pravne sigurnosti, koje s načelom supremacije prava podrazumijeva da je pravo primjenljivo u praksi i predvidljivo u pogledu dejstva, kako bi se obezbijedila pravna sigurnost za sva lica na koje se odnosi.“²⁵

4. ANTIEVAZIONO ZAKONODAVSTVO I PRINCIP PRAVNE SIGURNOSTI UPRAKSI SUDA PRAVDE EU

U svojoj praksi SPEU ustanovljava kriterijume koje antievaziono zakonodavstvo poput normi o transfernim cijenama mora ispunjavati da bi bilo u skladu sa pravom EU, odnosno osnovnim slobodama iz UFEU na unutrašnjem tržištu EU. U slučaju *Thin Cap GLO*²⁶ koji se ticao britanskih normi o utanjenoj kapitalizaciji SPEU u načelu prihvata princip „van dohvata ruke“ kao objektivni kriterijum za primjenu antievazionog zakonodavstva koji je moguće podvrgnuti provjeri. U tom pogledu korekcija koja nastaje na osnovu predmetnog zakonodavstva mora biti

²³*Ibid*, pasus 16.2.

²⁴Ustavni sud Crne Gore, U-I br.13/14, 30. maj 2014, pasus 16.

²⁵Ustavni sud Crne Gore, U-I br.13/14, 30. maj 2014, pasus 15.3.2.

²⁶SPEU 524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*.

ograničena na dio koji prevazilazi onaj koji bi kompanije ugovorile da ne postoji odnos međuzavisnosti:

“Suprotno, zakonodavstvo države članice može biti opravdano potrebom za sprečavanjem zloupotreba u slučaju kada predviđa da se isplaćena kamata rezidentne filijale prema nerezidentnoj kompaniji majci treba tretirati kao raspodjela dividende, samo ako, i samo u pogledu dijela koji prelazi ono što bi te kompanije dogovorile na osnovu principa van dohvata ruke, drugim riječima, na osnovu komercijalnih uslova koje bi te strane prihvatile u slučaju da nisu dio iste grupe kompanija. Činjenica da je rezidentnoj kompaniji dat zajam od strane nerezidentne kompanije sa uslovima koji ne odgovaraju onima koji bi bili ugovoreni na osnovu principa van dohvata ruke, predstavlja za državu članicu čiji je rezident kompanija koja je primila zajam objektivni element koji može biti provjeren na nezavistan način sa ciljem da se utvrdi da li predmetna transakcija predstavlja, u cjelosti ili u svom dijelu, u potpunosti vještački aranžman...”²⁷

Kada je riječ o antievazionim normama i principu pravne sigurnosti prava EU onda se kao relevantan mora navesti slučaj *SAIT*²⁸. Naime, princip pravne sigurnosti prava EU zahtijeva da zakonske odredbe moraju biti jasne, precizne i predvidive u pogledu svojih posljedica a posebno kada mogu imati nepovoljne posljedice za pojedince ili preduzeća.²⁹ Pomenuti belgijski predmet *SAIT* se ticao plaćanja koja je izvršila belgijska kompanija *SAIT* nerezidentnoj luksemburškoj kompaniji *MISA* na osnovu ugovora o pružanju usluga. Pošto je luksemburška kompanija bila rezident specijalnog poreskog režima, na osnovu kojeg ista nije bila podvrgnuta plaćanju poreza analognog belgijskom porezu na korporacije, poreske vlasti Belgije su odbile da priznaju ovo plaćanje kao poslovni rashod. Na osnovu belgijskih propisa plaćanja na osnovu ugovora nerezidentnim kompanijama koje su podvrgnute „poreskom režimu koji je znatno povoljniji od onog koji se primjenjuje u Belgiji“ nisu priznavana kao poslovni

²⁷*Ibid.*, pasusi 80-81.

²⁸SPEU 318/10 *Société d'investissement pour l'agriculture SA (SAIT) v État Belge*.

²⁹ Maria Hilling: *Justifications and Proportionality: An Analysis of the ECJ's Assessment of National Rules for the Prevention of Tax Avoidance*, *INTERTAX*, Volume 41, Issue 5, 2013, Kluwer Law International BV, The Netherlands, str. 303.

rashod rezidentnih kompanija, osim ukoliko one ne pruže dokaze da je riječ o istinskoj transakciji (nije ugovor o pružanju fiktivnih usluga), kao i normalnom iznosu transakcije (cijena koja bi se postigla na tržištu u regularnim uslovima). Zbog ovih otežavajućih okolnosti kada je riječ o prekograničnim aktivnostima, kompanija SAIT je smatrala da se krše njena prava na osnovu UFEU. SPEU je podržao ovakav stav dovodeći ga u kontekst principa pravne sigurnosti koji zahtjeva da su posljedice primjene određene norme unaprijed određene:

“U skladu sa tim, to posebno pravilo – koje ustanovljava teže uslove za mogućnost odbijanja poslovnih rashoda od onog predviđenog opštim pravilom i čije polje primjene nije unaprijed određeno sa preciznošću – je u stanju i da odvrati belgijeske poreske obveznike od korišćenja svog prava na slobodu pružanja usluga i korišćenja usluga pružaoca osnovanih u drugoj državi članici i da odvrati te pružaoce da ponude svoje usluge korisnicima osnovanim u Belgiji.”³⁰

Preciznije, osnovni problem belgijskih normi je bio taj što su postavljene na nedovoljno određenoj osnovi. Po ustaljenoj praksi, kada je riječ o antievazionm mjerama, glavnu prepreku predstavlja test proporcionalnosti, što je bio slučaj i u predmetu SAIT. SPEU je našao predmetnu mjeru kao opravdanu ciljem sprječavanja nelegitimnog izbjegavanja poreza te je podvrgnuo detaljnoj analizi njen mehanizam. Što se tiče zahtjeva za podnošenjem dokaza, da je riječ o istinskoj i stvarnoj prirodi transakcije, kao i normalnom iznosu transakcije, SPEU je smatrao da su isti adekvatni za postizanje cilja. Međutim, zbog nepostojanja zakonske definicije pojma „porskog režima koji je znatno povoljniji od onog koji se primjenjuje u Belgiji“ predmetna mjera nije ispunila zahtjev pravne sigurnosti:

„...odredba formulisana na ovaj način ne čini mogućim...određenje svog polja primjene sa dovoljnom preciznošću...ovakva odredba, dakle, ne ispunjava zahtjeve principa pravne sigurnosti, u skladu sa kojim pravne norme moraju biti jasne, precizne i predvidive u pogledu svojih dejstava, a posebno kada one mogu imati nepovoljne posljedice za fizička lica i preduzeća...odredba koja ne ispunjava ove

³⁰SPEU 318/10 Société d’investissement pour l’agriculture SA (SAIT) v État Belge, pasus 28.

*uslove principa pravne sigurnosti ne može se smatrati proporcionalnom sa ciljem koji želi postići.*³¹

Dakle, jedina zamjerka mehanizmu ove poreske mjere od strane SPEU je bila njena nedovoljna preciznost, koja stvara pravnu nesigurnost za poreskog obveznika. Ovaj razlog neproporcionalnosti mjere nije vezan isključivo za poreze, već se SPEU pozvao na presudu u slučaju *Vereniging voor Energie* koji se ticao trgovine električnom energijom na unutrašnjem tržištu:

*„U pogledu principa pravne sigurnosti, isti zahtijeva posebno da odredbe koje imaju negativne posljedice po pojedince moraju biti jasne i precizne, a njihova primjena predvidiva za one koji su joj podvrgnuti...“*³²

Dalju razradu primjene principa pravne sigurnosti prava EU na polju antievazonog zakonodavstva nalazimo u predmetu *Itelcar*³³ koji se ticao portugalskih normi o utanjenoj kapitalizaciji. Iste su predviđale da ne postoji mogućnost da rezidentna kompanija koristi kao trošak prilikom kalkulacije poreske osnovice kamate na zajam koji je primila od strane povezane kompanije koja je rezident neke treće države (nije članica EU), ukoliko između njih postoje „posebni odnosi“ (*special relations*), jer predmetna kamata proističe iz tzv. pretjeranog zaduženja (preko 2:1 odnosa duga i osnovnog kapitala kompanije).³⁴ Termin „specijalni odnosi“ na način definisan u portugalskom zakonodavstvu obuhvata i situacije u kojima kompanija zajmodavac iz treće države nema kapital učešće u rezidentnoj kompaniji zajmoprimecu. Kada ne postoji ovakvo kapital učešće, efekat metoda obračuna prekomjernog zaduženja propisan na osnovu predmetnog zakonodavstva je taj da bilo koji kreditni aranžman između ove dvije kompanije treba smatrati pretjeranim. U ovim okolnostima predmetne norme u glavnom postupku utiču takođe i na sprovođenje ekonomske stvarnosti koja ne može biti dovedena u pitanje. Ukoliko se u ovim okolnostima bude smatralo da dolazi do erozije osnovice poreza na profit rezidentne kompanije

³¹*Ibid*, pasusi 57-59.

³²SPEU 17/03 *Vereniging voor Energie, Milieu en Water, Amsterdam Power Exchange Spotmarkt BV, Enco NV v Directeur van de Dienst uitvoering en toezicht energie*, pasus 80.

³³SPEU 282/12 *Itelcar – Automóveis de AluguerLda v FazendaPública*.

³⁴ Francisco de Sousa da Câmara, José Almeida Fernandes: *The Applicability of Portuguese Thin Capitalization Rules to Third Countries*, *Tax Notes Int'l*, October 22, 2012, str. 373.

zajmoprimca, ove norme idu dalje od onoga što je neophodno da bi postigle svoj cilj. Drugim riječima, SPEU kaže da ukoliko ne postoji konačni uticaj (*definite influence*) nad donošenjem odluka kompanije ne može ni postojati zloupotreba u vidu vještačkog prebacivanja profita iz jedne u drugu jurisdikciju. Dakle, SPEU smatra da predmetne norme idu dalje od onoga što je neophodno da bi postigle svoj cilj jer ne ispunjavaju kriterijum pravne sigurnosti:

*„...na početku, sporne odredbe ne daju mogućnost da se utvrdi njihova svrha sa dovoljnom preciznošću. Dakle, one ne ispunjavaju kriterijume pravne sigurnosti, na osnovu kojeg zakonske odredbe moraju biti jasne, precizne i predvidive u pogledu svojih posljedica, a posebno kada one mogu imati nepovoljne posljedice za fizička lica i kompanije. Na osnovu toga, odredbe koje ne ispunjavajukriterijume principa pravne sigurnosti se ne mogu smatrati srazmjernimcilju kojeg žele postići“.*³⁵

5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analizirajući praksu SPEU u pogledu primjene principa pravne sigurnosti očigledno je da njegov oshvatanje nemavelikurazliku u odnosu na ono koji je mogućenaći u praksi ESLJP, kao i praksinacionalnihustavnih sudova. Ova činjenica nije iznenađujuća pošto je SPEU značajan broj opštih pravnih načela EU preuzeo iz prakse najviših sudskih instanci država članica.

Predmetna garancija pravne sigurnosti podrazumijeva da norme zakona (svih opštih propisa uključujući i podzakonske akte) moraju biti jasne, precizne i predvidive kako bi njihovi adresati mogli znati unaprijed posljedice svojih ponašanja.

Primjenom ovog principa na polju antie-vizionog zakonodavstva SPEU istipostavlja kao jedan od osnovnih kriterijuma koji mora biti ispunjen kako binacionalne norme ove vrste bile u skladu sa osnovnim slobodama unutrašnjem tržištu EU. Dokaz za to subelgijski predmet *SAIT*, kao i portugalski predmet *Itelcar* u

³⁵SPEU 282/12 *Itelcar* – *Automóveis de Aluguer Lda v Fazenda Pública*, pasus 44.

kojimasunacionalneantievazionenormesmatranesuprotnimpravu EU jernisu bile dovoljnojasne, precizneipredvidive u pogledusvojihdejtava.

DovođenjemovihstavovaSPEU, u konteksternogorskikhnormi o transfernimcijenamadolazi se do zaključka da su one sporne u pogledujesnoćeipreciznosti, kaoimogućnostipredviđanja njihovih efekata, što daje velikadiskrecionaovlašćenjadržavnimorganimakoji ih primjenju. Drugim riječi ma, postavlja se pitanje da li predmetneodredbeispunjavajustandard zakonitosti. Ova dilemapostoji u pogleduodredabakojima se u ZPA(ne)određujepojam “posrednoginteresa/kontrole”, kaoikada je riječ o definisanjupojma “cijene van dohvataruke”iz ZPDPL. U prvomslučajupojmoviposrednoginteresaiaposrednekontrole bez njihovogpreciznogodređenja ne značeništaipraktičnosuneprijemljivi u praksi. Slično, u drugomslučaju, postavlja se pitanjesta predstavljaumetode “uporednecijene”, “preprodajnecijene”ili“metodenabavnecijeneuvećanezauobičajenumaržu” kaoputokazi u ciljuodređenjacijene van dohvataruke. Dodatnupravnunesigurnostpredstavljačinjenica da Ministarstvofinansijanikadanijedonijelopodzakonskiaktkojim bi preciznijedefinisala ova otvorenapitanja.

Primjenom analiziranihpravila razvijenih u praksi SPEU na odredbe o transfernim cijenama iz crnogorskog poreskog sistema dolazi se do nedvosmislenog zaključka da se iste moraju smatrati u suprotnosti sa opštim principom pravne sigurnosti prava EU. Sa jedne strane, nepostojanje precizne definicije posrednog vlasništva/kontrole krši princip pravne sigurnosti koji zahtijeva da efekti jedne zakonske odredbe moraju biti predvidljivi za njene adresate, odnosno, pošto ova odredba nije dovoljno određena i precizna, oni ne mogu znati pravne posljedice svog ponašanja. Sa druge strane, odredbe koje se odnose na metode putem kojih se dolazi do cijene van dohvata ruke uopšte ne predviđaju njihovo određenje te na taj način takođe krše garanciju pravne sigurnosti. Preciznije, nepostojanje jasnog određenja pomenutih pojmova podrazumijeva visok stepen diskrecionih ovlašćenja poreskih vlasti, koje bi dovele do arbitrarnog odlučivanja. Stoga, kršenjem garancije pravne sigurnosti iz prava EU,

odredbe o transfernim cijenama treba smatrati suprotnim pravilima iz prakse SPEU u vezi sa primjenom antievazionog zakonodavstva.

TRANSFER PRICES RULES FROM THE MONTENEGRIN TAX SYSTEM AND THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY IN THE CONTEXT OF CASE PRACTICE OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Summary

According the case practice of the Montenegrin Constitutional Court the guarantee of legal certainty represents a special dimension of a broader constitutional principle of the rule of law. The subject guarantee presume that a certain legal provision must be available and foreseeable to its addressees, namely, it must be sufficiently certain and precise, and that they can be really aware of their rights and obligations and can foresee the consequences of their behaviour. Transfer prices provisions represent one of the basic anti-evasion mechanisms which goal is to protect the national tax base from abuses related to artificial shifting of income between related persons. This article represents an analysis of compatibility of transfer prices provisions from the Montenegrin tax system with the case practice of the Court of Justice of the European Union related to the principle of legal certainty. Namely, this supranational judicial instance in its case practice has developed special requirements that national anti-evasion provisions must fulfil to be in line with EU law, in the context of the principle of legal certainty. In that view, the article will show that the Montenegrin transfer prices provision don't fulfil the criterion of legal certainty from the case practice of the Court of Justice of the European Union.

Key words: *transfer pricing, antievasion legislation, principle of legal certainty, Court of Justice of the European Union*

*доц.д-р Ивана Шумановска-Спасовска**

*Константин Битраков****

МЕРЕЊЕ НА ПЕРФОРМАНСИТЕ НА УПРАВНОТО СУДСТВО ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 347.998.85:340.114 (4-672 е:497.7)

Review Paper

Апстракт: Имајќи предвид дека квалитетното управно судство непосредно влијае на квалитетот и законитоста во работењето на органите на управата, како и дека основната цел на управното судство е заштита на човековите права и обврски, сметаме дека тоа во Република Македонија мора да претрпи соодветни модификации кои него ќе го доближат до европските принципи, како и европските стандарди за општата управна постапка бидејќи тие треба да се набљудуваат како една целина. Имено, за законито исполнување на своите права и обврски и заштита на правните интереси за странките е потребна и правична управна и правична управно судска постапка, која треба да биде вистински контролор над законитоста во управната постапка и гарант за почитување на принципот на правна држава и владеење на право во една држава. За значењето на управно-судската постапка говорат и бројни меѓународни документи и препораки со кои се уредуваат одредени институти на управно-судската постапка. Од таа причина, како наш потесен предмет на истражување се јавија принципите на ефикасност, ефективност и независност кај управното судство во Република Македонија. Станува збор за три принципи со кои, според ЕУ-ранг листата на правосудството, може да се оцени развојот на правосудството во една држава. Со користење на извесни индикатори ќе прикажеме колку навистина овие принципи се остваруваат и како би требало да се постапи за тие да се остварат во иднина. Од спроведеното истражување ќе се дојде до одговор на бројни прашања кои се однесуваат на институтите на управно-судската постапка, а водено ќе се дадат и одредени препораки за надминување на одредени недоследности и услогласување со европските стандарди.

Клучни зборови: управен спор, независност, ефикасност, ефективност,

Управен суд

* Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје при УКИМ

*** Магистрант на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје при УКИМ

1. Основни европски принципи кои се однесуваат на управно-судската постапка

Историски гледано управно-судската материја отсекогаш биле предмет на уредување на националното законодавство на секоја држава, со што таа се сообразувала на нејзиното општествено, политичко и економско устројство. До промена во оваа смисла доаѓа дури во последните неколку децении кога Европската унија (во натамошниот текст: ЕУ) и Советот на Европа (во натамошниот текст: СЕ), предводени од аспирациите за хармонизација и унификација на законодавствата, подготвуваат низа меѓународни документи кои, меѓу другото, поставуваат и стандарди во однос на управно-судската заштита. Таквите стандарди не го заобиколија ни правниот систем на Република Македонија која е член на СЕ и кандидат за членство во ЕУ. Всушност, за управно-судската постапка во Република Македонија се значајни повеќе меѓународни документи со кои на општ план се поставуваат нејзините основни принципи. Меѓу нив би ги издвоиле:

i) *Копенхашките критериуми*: „Копенхашките критериуми“ се оние критериуми утврдени од страна на Советот на ЕУ во 1993 кои секоја држава аспират за членство во ЕУ мора да ги исполни:

- Стабилност на институциите кои ја гарантираат демократијата, владеењето на правото, човековите права и почитувањето и заштитата на малцинствата;
- Постојење на оперативно пазарно стопанство, како и способност за справување со конкурентните притисоци и пазарните сили во рамките на Унијата; и
- Способност да се преземаат обврските од членството, вклучувајќи го и придржувањето кон целите на политиката, економската и монетарната унија,¹ како и барањето за формирање на такви управни и судски

¹ Н. Гризо, Б. Давитковски, Проблеми на управувањето, Скопје, 2001, стр. 182;

структури кои се способни да го применуваат правото на ЕУ поставени се во Мадрид во 1995 година.²

ii) *Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи*: Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи (во натамошниот текст ЕКЧП) е еден од најзначајните извори на меѓународното право на европско тло. Станува збор за меѓународен договор донесен во рамките на СЕ, а ратификуван во Република Македонија во 1997 година. Во нејзини рамки особено значење за судската постапка (па и управно-судската) има членот 6 став 1 кој гласи: “*Секој, во текот на одлучувањето за неговите граѓански права и обврски или за кривичното обвиненије против него, има право на правична и јавна расправа во разумен рок пред независен и непристрасен суд, образуван на основа на закон...*”.³ Со одредбата на членот 6 се утврдуваат минимумот на процедуралните гаранции преку кои се одлучува за субјективните права и правните интереси на странката.⁴ Овој член се однесува и на пристапот до судот (право на тужба), на присуство во постапката, на контрадикторна постапка, еднаквост на средствата на странките, на докажување и на образложението на пресудата.

iii) *Препораката P (2003) 16 на СЕ*: Препораката се однесува на извршување на управните и судските одлуки⁵ чија цел е да гарантира ефикасно извршување на управните и судските одлуки во областа на управното право преку почитување на начелата на добрата работа на управата.

iv) *Препорака P. (2001) 9 на СЕ*: Препораката е дадена од Комитетот на министрите на државите-членки. Таа дава алтернативи за судскиот процес помеѓу органите на управата у приватните странки во случај кога тие се во спор.

² Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, И.Шумановска-Спасовска, Д. Гоцевски, Е. Давитковска, „Градење на капацитетите на административното судство во Република Македонија во пресрет на предизвиците за постигнување на европските стандарди“, Скопје, 2015;

³ Европска конвенција за заштита на човековите права согласно Протоколите број 11 и 14 со протоколите број 1, 4, 6, 7,12 и 13,
http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_MKD.pdf

⁴ S. Lilić, *Evropsko upravno pravo*, Beograd, 2011, стр. 103;

⁵ *Recommendation Rec(2003)16 of the Committee of Ministers to member states on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law*

Со други зборови, таа ги промовира алтернативните средства за решавање на споровите помеѓу органите на управата и граѓаните, согласно начелата на добра практика.⁶

v) *Препораката за судска заштита од незаконските управни акти на СЕ*: една од основните цели на оваа Препорака е да се оствари поголем степен на единство помеѓу државите-членки на СЕ, во оглед на прашањата поврзани со судската и управната постапка. Во таа смисла се смета дека судската ревизија на управните акти претставува суштински елемент на системот на правната заштита на човековите права, и од таа причина треба да се обезбедува делотворен пристап на овој вид на ревизија. Оваа Препорака е усвоена со обзир на членот 6 од ЕКЧП и релевантна судска практика на Европскиот суд за човекови права. За потребите на Препораката поимот управен акт значајно е проширен и ја опфаќа целокупната дејност на управата: општите и поединечните правни акти и физичките (материјалните) дејствија кои управата ги презема при вршењето на власта, кои можат да влијаат на правата и правните интереси на физичките и правните лица (што и одговара на поимот по македонски јазик “акти на управата”, чии подвид се “управните акти”) и ситуациите на пропуштање на чинењето на управниот орган во случаите кога е обврзан да спроведува постапка по барање на странката (т.н. молчење на управата).⁷

vi) *ЕУ-ранг листата на правосудството*: ЕУ- ранг листата на правосудството е, како што наведува и нејзиниот назив, ранг листа на која правосудните системи на државите-членки на Европската унија се компарираат, од аспект на тоа колку судската заштита кај секој од нив е квалитетна, независна и ефикасна. Според тоа, таа не претставува меѓународен договор односно извор на правото туку еден споредбен алат кој овозможува увид во одликите на секој поединечен правосуден систем.

⁶ *Recommendation Rec(2001)9 of the Committee of Ministers to member states on alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*

⁷ Види и во: Б.Синани, *Правна положба на управното судство во Република Македонија* (докторска дисертација), Скопје, 2015;

Имајќи ги предвид образложените специфики на ЕУ-ранг листата на правосудството решивме да се впуштиме во нејзино поподробно проучување. Тоа, пак, е мотивирано од желбата да ги истражимо индикаторите според кои таа ги рангира правосудните системи и да утврдиме дали се тие апликабилни на управното судство во Република Македонија. Следствено, во текстот ќе биде најнапред детално проучена ЕУ-ранг листата на правосудството по што, доколку тоа е можно, ќе се аплицираат нејзините индикатори на управното судство во Република Македонија.

2. Основни принципи на управно-судската постапка согласно ЕУ ранг-листа на правосудството

Како што беше наведено целта на ЕУ-ранг листата е да им се помогне на Унијата и на земјите-членки да постигнат ефективност на правосудството. Таквото образложение е дадено и од страна на Комисијата на Европската унија (во понатамошниот текст: Комисијата).⁸ Помошта се овозможува со тоа што ќе се приложат веродостојни, споредбени и објективни податоци за функционирањето на правосудните системи во сите земји-членки. Квалитетот, независноста и ефикасноста се клучни компоненти на „ефективниот правосуден систем.“ Оттаму, податоците во врска со овие компоненти придонесуваат кон развоток на посоодветни политики во областа на правосудството, на национално и на ниво на ЕУ. Како што објаснува Комисијата,⁹ основните карактеристики на Ранг-листата се:

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The EU Justice Scoreboard – a tool to promote effective justice and growth*, Brussels, 27.03.2013

⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *The EU Justice Scoreboard – a tool to promote effective justice and growth*, Brussels, 27.03.2013

i) Таа претставува *споредбен* метод, кој ги покрива сите земји-членки, независно од правната традиција, односно правосудниот модел. Таа содржи споредби на некои индикатори, меѓутоа во никој случај не тежнее кон промовирање на даден правосуден систем.

ii) Ранг-листата цели кон претставување на *трендовите* во поглед на функционирањето на националните правосудни системи во текот на времето.

iii) Ранг-листата е *необврзувачки алат*, кој подразбира отворен дијалог со земјите-членки, со цел да им се помогне ним и на Унијата во креирањето на подобри политики во областа на правосудството. Преку Ранг-листата се идентификуваат проблемите кои заслужуваат внимание. Доколку индикаторите укажат на слаби перформанси се оди кон подлабока анализа на причините за таквите перформанси, по што може да се пристапи кон реформски зафати.

iv) За крај, Ранг-листата е и *еволуирачки алат*, кој со текот на времето ќе се прошири и ќе опфати и области кои, иницијално, не биле опфатени. Исто така, зависно од суштинските параметри Ранг-листата може да се здобие со поинакви индикатори и методи. Во дијалог со земјите-членки Ранг-листата може, прогресивно, да опфати и полиња кои не биле опфатени, а се дел од „правосудниот-ланец“, па оттаму и неопходна да е нивна анализа.

Освен овие основни карактеристики, неопходно да се истакне е дека Ранг-листата се бави исклучиво со *случаи кои не се кривично-правни*. Односно, Ранг-листата ги анализира само оние аспекти од правосудниот систем кои на непосреден начин се поврзани со инвестиционата клима. Оттука, таа се бави со *граѓанските и трговските постапки*, со кои се решаваат *трговските спорови*, како и со *административните случаи*. *Административните случаи се исклучително значајни од аспект на бизнис климата, поради фактот што административните органи издаваат лиценци и наплаќаат даноци, а исто така претприемачите често зависат од националните регулаторни тела.*

Со цел подготовка на Ранг-листата, Комисијата побара од посебниот *Совет на Европската комисија за евалуација на ефикасноста на правосудството* (скратено на англиски: *CEPEJ*) да прибира податоци и да изврши анализа. *CEPEJ* ги користи најрелевантните и значајни податоци до кои има пристап, а

тука спаѓаат и податоците од надворешни извори (пр. Светската банка, Светски економски форум).

Како основни индикатори на ЕУ ранг листата на правосудството се наведуваат *должината на постапките, стапка на завршени случаи, и „висечките“ случаи*.¹⁰

Должината на постапките, како индикатор, значи дека се мери (во денови) колку време е потребно да се реши еден случај во прв степен. Како подиндикатор се јавува и „времето за решавање по поединечен предмет“. ¹¹ *Стапката на завршени случаи* го изразува односот на бројот на решени предмети со бројот на пристигнати предмети. На тој начин се согледува дали судот може да ги следи трендовите на покачување на бројката на пристигнати случаи. Бројот на „висечки“ *предмети* го одразува бројот на предмети кои по завршетокот на извесен референтен период (пр. година) се уште не се решени. Бројот на „висечки“ *предмети* влијае на „времето на решавање по поединечен предмет“.

3. Примена на принципите на ефикасност, квалитет и независност во управно-судската постапка во Република Македонија

Во овој дел од трудот е извршена анализа на примената на принципите на ефикасност, квалитет и независност во управно-судската постапка во Република Македонија која е извршена согласно со методологијата на СЕРЕЈ. Податоците кои се добиени од истражувањето укажуваат на реалната состојба, односно што е она што се случува со управното судство *de lege ferenda*, се посочуваат одредени фактори кои директно влијаат на функционирањето на Управниот и Вишиот управен суд, за да на крај се извлечат заклучни

¹⁰ Овие индикатори во поглед на ефективноста на правосудството се дефинирани од СЕРЕЈ, Повеќе за нив може да се пронајде на: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default_en.asp

¹¹ Овој подиндикатор ја изразува бројката која се добива со делење на нерешените со решените случаи на крајот на годината, по што се множи со 365.

согледувања и констатции за мерките кои треба да се превземат за модернизирање и подобрување на управно-судската заштита.

3.1. Остварување на принципот на ефикасност

и) Првото истаржување во однос на принципот на ефикасното е спроведено согласно испитување на индикаторот кој се однесува на должината на постапки и време за решавање по поединечен предмет.¹²

Она што може да го констатираме од спроведената анализа (емпириски податоци дадени во Табела 3) е дека Управниот суд од своето постоење до денес е континуирано неефикасен, што го покажуваат и емпириските податоци, но и Извештаите на Врховниот суд на Република Македонија кои го ценат работењето на Управниот суд. Имено од основањето, Управниот суд континуирано не го совладува годишниот прилив на предмети, така што и според Судскиот совет и според Врховниот суд на Република Македонија тој се категоризира како неефикасен суд¹³.

Како главни фактори што влијаат на ваквата неефикасност и неможност на судот да го совлада бројот на нерешени предмети би посочиле на бројката на судиите, бројката на административните службеници, зголемиениот обем на работа-особено во прекршочните предмети, недоволната обученост и специјализација на судиите, соодветното искуство на судиите. Затоа сметаме дека во иднина треба да се превземат соодветни мерки за надминување на одредените недостатоци со што ќе се влијае на подобрување на ефикасноста. Тука пред се би укажале и на тоа дека ефикасноста, непосредно влијае и на судењето во разумен рок, кое е едно од основните европски принципи кои се однесуваат на судските постапки, а е предвидено во Европската Конвенција за заштита на човековите права и слободи.

¹² Времетраењето на постапката се изразува во единица на време (денови) потребно за решавање на предмет од страна на суд. Тоа е времето за кое судот треба да донесе одлука (во прв степен). Времето за решавање по поединечен предмет се изразува преку бројот на нерешени предмети, поделени со бројот на решените предмети на крајот на годината, помножено со 365 дена.

¹³ http://soros.org.mk/dokumenti/Poveke_trud_za_podobar_sud_MK.pdf

ii) Второто истражување е во однос на исполнувањето на индикаторот кој се однесува на стапката на решавање. Имено, стапката на решавање е соодносот на бројот на решени предмети во однос на бројот на примени предмети. Кога стапката на решавање е ниска и должината на постапката е долга, тогаш се создава повисока стапка на заостанати предмети во системот.

Стапката на решавање корелира со времето решавање по поединечен предмет во Управниот суд. Од првата извештајна година до 2010 се гледа варијација на постепено покачување на стапката од 0.61 на 0.87 во 2009, по што се гледа пад на 0.65, и постепено и континуирано покачување на стапката на решавање до 2013 година. Во 2014 година има маргинален пад на стапката од 0.01 процентен поен што е значителен пад во стапката во решавање.¹⁴

Управниот суд од 2010 година конзистентно ја зголемува способноста да решава поголем број на предмети од година во година. Варијациите во стапката на решавање се должат и на фактот што бројката на ново оформени односно нови примени предмети не е конзистентна, односно се зголемува од 2008 до 2012, по што се бележи пад во 2013 и повторно зголемување на бројот на нови предмети во 2014. И покрај тоа, од 2010 година Управниот суд sukcesивно решава се поголем број предмети на годишно ниво. Додека Вишиот управен суд успешно се справува со совладување на новопримените предмети.

Управен суд	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Решени	5147	7857	6322	9746	16363	14544	15395
Новоформирани	8497	9043	9792	11768	14675	12754	13585
Стапка на решавање	0.61	0.87	0.65	0.83	1.12	1.14	1.13

Табела 1. Извор: Годишни извештаи за работа на Управниот суд, www.uskopje.mk

¹⁴ Б.Давитковски, А.Павловска-Данева, И.Шумановска-Спасовска, Д.Гоцевски, Е.Давитковска, „Градење на капацитетите на административното судство во Република Македонија во пресрет на предизвиците за постигнување на европските стандарди“, Скопје, 2015;

Виш управен суд	2011	2012	2013	2014
Примени	55	1750	1982	3948
Решени	50	1715	1935	3953
Стапка на решавање	0.91	0.98	0.98	1.00

Табела 2. Извор – Годишни извештаи за работа на Вишиот управен суд, www.vuskopje.mk.

iii) Третото, истражување се однесува на индикаторот со кој се испитува стапката на нерешени предмети.¹⁵

Управен суд	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Новоформирани	8497	9043	9792	11768	14675	12754	13585
Решени	5147	7857	6322	9746	16363	14544	15395
Нерешени	9154	10340	13810	15980	14228	12461	10743
Останати	5804	9154	10340	13866	15980	14228	12461
Стапка на нерешени предмети (на 100 ж.)	0.45	0.51	0.68	0.79	0.70	0.62	0.53

Табела 3. Извор: Годишни извештаи за работа на Управниот суд, www.uskopje.mk

¹⁵ Оваа стапка на нерешени предмети се изразува преку бројот на нерешени предмети на 100 жители, што остануваат да се решат (во прв степен) на крајот на периодот (на пример, една година). Стапката на нерешени предмети влијае врз времето решавање по поединечен предмет. За намалување на должината на постапката е потребно да се превземат мерки за намалување на бројот на нерешени предмети. За потребите на овој и другите квантитативни индикатори кои се врзани со број на жители, искористени се податоци од последниот званичен попис на населението на Република Македонија достапни од Државниот завод за статистика, согласно со кои во 2002 год., Република Македонија има 2.022.547 жители. Достапно на: <http://www.stat.gov.mk/OblastOpsto.aspx?id=2;>

Виш управен суд	2011	2012	2013	2014
Останати	/	5	40	87
Примени	55	1750	1982	3948
Решени	50	1715	1935	3953
Нерешени	5	40	87	82
Стапка на нерешени предмети	0.00	0.00	0.00	0.00

Табела 4. Извор – Годишни извештаи за работа на Вишиот управен суд, www.vussskopje.mk.

Во однос на стапката на решавање Вишиот управен суд сеуште прикажува занемарлива стапка на нерешени предмети, која со постојните капацитети и обем на оптереност не може да се измери (би требало да прикажеме стапка со четири или пет децимали што е занемарливо). Ова не кажува дека Вишиот управен суд ако остане како што е, нема да се соочи со намалување на ефикасноста во работата, напротив прашање на време е доколку остане да постои, кога ќе се зголеми бројката на незадоволни странки во Управен спор во прв степен кои ќе се решаваат да побараат правна заштита пред Вишиот управен суд.

3.2. Остварување на принципот на квалитет на судството¹⁶

Принципот на квалитет пред се може да го согледаме во корелација со принципот на ефективност. Тоа подразбира дека квалитетна судска заштита зависи од тоа колкав е предметот на обжалени предмети, односно колку жалби се вложени против првостепените судски одлуки на Управниот суд, но воедно и колкав е бројот на уважените или одбиените жалби од Вишиот управен суд. Доклку бројот на потврдените одлуки од страна на второстепениот суд е поголем тоа значи и дека квалитетот на првостепениот суд е поголем, и обратно,

¹⁶ Надвор од испитаните индикатори на СЕПЕЈ за квалитетот на работата на судството, како посериозен проблем кои влијае врз квалитетот на судските одлуки на Управниот суд Скопје се истакнува фактот дека не сите тужени органи ги доставуваат списите на предметот. Конкретно посочен пример се предметите кога тужен е Катастарот. Став на испитаниците е дека правилата не се проблематични туку нивното непочитување.

доколку бројот на уважените жалби е поголем тоа значи дека квалитетот на судството е намелен. Стандардизиран пристап кон мерењето на квалитетот на работата на судството во однос на законитоста на одлуките кои судовите ги донесуваат е:

- соодносот на бројката на решени предмети, со бројот на обжалени предмети односно бројката на предмети по кои повисокиот суд постапил по основ на поднесена жалба, одлучил и ги вратил во првостепениот суд;
- соодносот на бројката на предмети во кои повисокиот надлежен суд ја одбил жалбата од странката, односно со која ја потврдил одлуката на првостепениот суд со вкупната бројка.
- соодносот на бројката предмети на обжалени предмети во кои повисокиот суд ја уважил односно усвоил жалбата и постапил на начин што или ја укинал, преиначил и поништил одлуката на првостепениот суд и го вратил предметот на повторно одлучување во првостепениот суд, со вкупниот број на обжалени предмети. Овој соодност ни дава податок за колкав обем на предмети повисокиот суд (условно речено) оценил дека првостепениот донел законита одлука (погрешно утврдил фактичка состојба и сл.) и со своја одлука пристапил кон обезбедување на законитост.¹⁷

За да го утврдиме квалитетот на управното судство во Република Македонија, подолу во трудот преку анализа на емпириски податоци од годишните извештаи на Управниот и Виш управен суд е даден табеларен приказ за добиените резултати.

¹⁷ Б.Давитковски, А.Павловска-Данева, И.Шумановска-Спасовска, Д.Гоцевски, Е.Давитковска, „Градење на капацитетите на административното судство во Република Македонија во пресрет на предизвиците за постигнување на европските стандарди“, Скопје, 2015;

Примени предмети од ВУС и видови одлуки	2012	% од решен и во 2011 (9.746)	2013	% од решен и во 2012 (16.363)	2014	% од решени во 2013 (14.544)
Вкупно примени предмети*	1616	16.58	3325	20.32	2904	19.97
Потврдени одлуки**	948	9.73	1069	6.53	2107	14.49
Вкупно уважени жалби против одлуки на УС***	401	4.11	415	2.54	609	4.19
Преиначени одлуки	275	2.82	313	1.91	483	3.32
Укинати одлуки	126	1.29	102	0.62	126	0.87
Отфрлени жалби	138	1.42	132	0.81	182	1.25
Делумно укинати	3	0.03	/	/	6	0.04

Табела 5. Преглед на обжалени предмети на Управниот суд Скопје¹⁸

¹⁸ Податоците се добиени од Извештаи за работи на Управниот суд Скопје; Чл. 42а, ЗИД ЗУС (Сл. Весник на РМ бр. 150/2010) “Против одлуките на УС странките можат да изјават жалба во рок од 15 дена од денот на доставување на Одлуката преку УС до ВУС. Против одлуката на УС, органот чиј акт бил предмет на управен спор може да поднесе жалба преку Државниот правобранител на РМ. ”;

Примени предмети од ВУС и видови одлуки	2012	% од обжалени вратени и	2013	% од обжалени и вратени	2014	% од обжалени вратени
Вкупно примени предмети*	1616		3325		2904	
Потврдени одлуки**	948	58.66	1069	32.15	2107	72.56
Вкупно уважени жалби против одлуки на УС***	401	24.81	415	12.48	609	20.97
Преиначени одлуки	275	17.02	313	9.41	483	16.63
Укинати одлуки	126	7.80	102	3.07	126	4.34
Отфрлени жалби	138	8.54	132	3.97	182	6.27
Делумно укинати	3	0.19	/	/	6	0.21

* Вкупно примени предмети во Управен суд со второстепени одлуки од Вишиот Управен суд.

** Предмети во кои жалбата против одлука на Управниот суд е одбиена како неоснована се прикажани како “потврдени одлуки”.

*** Предмети во кои Вишиот управен суд ја уважил жалбата на странката, ја преиначил или укинал се прикажани како “Вкупно уважени (усвоени) жалби против одлуки на УС.

Табела 6. Процент на квалитет изразен преку методологија на УС

Притоа, прегледот на податоците се базира на достапните податоци во извештаите за работата на Управниот суд и истите се темелат на бројката на примени предмети во Управниот суд, кои се вратени со одлука на Вишиот управен суд односно веќе процесирани предмети за дадена извештајна година, а не врз бројката на предмети против кои е поднесена жалба во исата извештајна година. Тие предмети се прикажуваат откако Вишиот управен суд ќе постапи по нив, во следната извештајна година.¹⁹

Од табеларните податоци, може да се увиди дека од основањето на Вишиот управен суд во 2011 година за периодот на набљудување во ова истражување обемот на обжалени предмети по кои Вишиот управен суд одлучил и ги вратил во Управниот суд претставува помеѓу 16% и 20% од вкупниот обем на решени предмети за дадена година, односно само во една петина од случаите странките побарале правна заштита од повисока инстанца. Речиси за 80% од вкупно решените предмети на Управниот суд странките се согласиле дека одлуката на Управниот суд е законита.

Друг индикативен податок е бројката на обжалени предмети за кои Вишиот управен суд ја потврдил првостепена пресуда на Управниот суд, која за извештајната 2012 год., изнесувала 58.66% од вкупниот број на вратени предмети, во извештајната 2013 год., изнесувала 32.15% од вкупниот број на предмети вратени во Управниот суд со одлука на Вишиот управен суд, а во извештајната 2014 год., изнесувала 72.56% од вкупниот број на вратени предмети. Овие резултати се користат и како процент на квалитет на работата на Управниот суд, кој иако варира од година во година, за последниот извештаен период покажува исклучително висок процент на квалитет на Управниот суд во 2014 год.

Во услови кога 80% од странките во првостепаната управно-судска постапка самите се согласуваат со одлуките на Управниот суд, а повеќе од 70% (во 2014

¹⁹ Појаснување: во Извештајот за работа на Управниот суд за 2014 год., наведено е дека во 2014 година, во Управен суд се поднесени 3951 жалба, а од Вишиот управен суд, со второстепени одлуки се вратени 2904 предмети. Состојбата со примени предмети со второстепени одлуки од Вишиот управен суд се прикажани табеларно на ниво на Судот и по оддели;

год.) од обжалените предмети ја потврдиле одлуката на Управниот суд, улогата на Вишиот управен суд како заштитник на законитоста во управно-судска постапка се маргинализира. Доколку во периодот кој следи судската практика продолжи да прикажува слична состојба, се потешко ќе биде објективно да се брани оправданоста од дополнителна, повисока судска инстанца во управното судство во Република Македонија.

3.3. Остварување на принципот на независност во управно-судската постапка

i) Како прв индикатор врз основа на кој се врши истражување на остварување на принципот на независност е постоењето на заштитни механизми во постапките за прераспоредување на судии без нивна согласност. Преку овој индикатор се утврдува дали постојните механизми за заштита на судиите дозволуваат ваков модел на (пре)распоредување на судии, се утврдуваат институциите надлежни да решаваат вакви случаи, како и причините поради кои се дозволува распоредувањето на судии. Освен тоа, индикаторот ја анализира и утврдува дозволеноста на жалбата во вакви случаи, односно утврдува до која надлежна судска инстанца се поднесува жалбата.

Во Република Македонија, судиите можат да бидат прераспоредени само со нивна согласност. Заштита на судиите во поглед на нивното прераспоредување пружа Уставот на Република Македонија,²⁰ каде во членот 99 е предвидено дека судијата не може да биде преместен против својата волја. Оваа уставна одредба е преземена и во Законот за судовите²¹, каде во членот 39 е стипулирано дека единствено со согласност на судијата тој/таа може да биде преместен од еден во друг суд. Судијата не може да биде преместен ниту од еден во друг оддел без негова согласност. Оттаму, можеме да заклучиме дека Законот за судовите нуди соодветна заштита во овој поглед. Се разбира, во Законот е предвиден и исклучок од образложеното правило. Имено, судиите можат да бидат

²⁰ Устав на Република Македонија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/1991)

²¹ Закон за судовите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 58/2006, 62/2006, 35/2008 и 150/2010).

прераспоредени од еден во друг суд или од еден во друг оддел само по исклучок, доколку се исполнети условите предвидени со Законот. Ова прераспоредување е временски ограничено, односно може да трае најмногу една година. Во обата случаи судијата може да вложи приговори.

ii) Како втор индикатор врз основа на кој се врши истражување на остварување на принципот на независност е можноста за разрешување на судии во првостепени судови и во апелациони судии (Управен суд Скопје и Виш управен суд). Овој индикатор се однесува на организацијата на институцијата/телото кое ја донесува одлуката за разрешување на судија, како и на надлежните инстанци за давање на иницијатива или предлог за разрешување на судија.

Постапката за разрешување на судиите, во Република Македонија, ја иницира исклучиво Судскиот совет. Ваквото решение од Законот за судовите, во начело, нуди поголема заштита за самите судии, бидејќи иницијативата за разрешување на судија потекнува единствено од судството како засебна гранка на власта. Со тоа се намали притисокот на судството кој потекнуваше од останатите гранки на власт (законодавната и извршната).

Согласно Законот за судовите, судијата може да биде разрешен поради две причини: потешка дисциплинска повреда што го прави недостоен за вршење на судиската функција, согласно закон и поради нестручно и несовесно вршење на судиската функција под услови утврдени со закон.

Од наброените решенија, едно од можеби најпроблематичните е она со кое се утврдува дека судијата може да биде разрешен доколку во период од повеќе од осум месеци не реши соодветен законски определен број случаи – ориентационен број. Ова решение е проблематизирано, како и од домашната стручна јавност, така и од Унијата, која во Извештајот за напредокот на Република Македонија во 2014²² истакнува дека слабиот перформанс на судиите

²²Извештај за напредокот на Република Македонија 2014, Европска комисија. Достапен на:

http://www.sep.gov.mk/data/file/Progres%20Report%202014/Izvestaj%20MK_PROV_10_10_2014.pdf

треба да биде пресретнат преку поинакви средства – како што се обуките, а не да биде санкциониран со разрешување.

Согласно Законот за судовите, за дисциплинските повреди кои потпаѓаат под категоријата потешка дисциплинска повреда претседателот на судот е должен, во рок од 8 дена од денот на сторувањето, да го извести Судскиот совет на Република Македонија. Вака стипулираната обврска на претседателот на судот значи, всушност, дека претседателот на судот на потешките дисциплински повреди внимава *ex officio*.

Дисциплинската постапка за утврдување на дисциплинска одговорност на судијата е подетално уредена во Законот за Судскиот совет на Република Македонија.²³ Дисциплинската постапка се поведува по барање на Советот за утврдување на факти и покренување на постапка за утврдување одговорност на судија²⁴, во рок од шест месеци од осознавањето на сторената повреда, но не подолго од три години од денот на сторувањето на повредата. Постапката е итна и доверлива, односно се води без присуство на јавноста. По барање на судијата Советот ќе одлучи постапката да се води со присуство на јавноста. Ваквата законска формулација упатува на заклучокот дека кога судијата ќе побара Советот може, но не мора да одлучи постапката да се води со присуство на јавноста. Оттаму, се поставува прашањето дали дисциплинската постапка е доволно транспарентна, односно дали законодавството во Република Македонија нуди доволна заштита на судијата од Судскиот совет?

Постапката за утврдување на нестручно и несовесно вршење на судиската функција, исто како и дисциплинската постапка за утврдување дисциплинска повреда, се уредува со Законот за Судскиот совет на Република Македонија и се поведува по барање на Советот за утврдување на факти и покренување на

²³ Закон за Судскиот совет на Република Македонија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 60/2006, 69/2006, 150/2010, 100/2011, 20/2015 и 61/2015)

²⁴ Самостоен и независен орган кој се формира со Закон, со цел утврдување на факти и донесување одлука за поднесување на барање за утврдување на одговорност на судија или претседател на суд пред Судскиот совет на Република Македонија. Овој Совет е формиран со Законот за Советот за утврдување на факти и покренување постапка за одговорност на судија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 20/2015)

постапка за утврдување одговорност на судија. Таа постапка се поведува во рок од една година од денот на сторувањето на повредата. Исто како и дисциплинската постапка и оваа е итна и од доверлив карактер, односно се води без присуство на јавноста. Само по барање на судијата Советот ќе одлучи таа да се води со присуство на јавноста. Оваа постапка, во секој случај не може да се поведе доколку изминат повеќе од пет години од денот на сторената повреда.

iii) Како трет идикатор врз основа на кој се врши истражување на остварување на принципот на не зависност е алокација на новопримените предмети во рамките на еден суд. Индикаторите определуваат врз кои критериуми се врши распределбата на пристигнати предмети, кој е надлежен да врши надзор над алокацијата на предмети (судска или извршна власт).

Судовите во Република Македонија поседуваат автоматски (информатички) систем за распоредување на случаите. Системот е наречен „Автоматизирани информационален систем за управување со судските предмети“, односно познат е под акринимот АКМИС. Откако случаите ќе бидат физички примени и регистрирани во судовите тие се внесуваат во АКМИС, а потоа се распоредуваат автоматски.

iv) Како четврт идикатор врз основа на кој се врши истражување на остварување на принципот на независност е изземањето на судии од водење на постапка во случаи кога постои можен судир на интерес или кога е загрозувана непристрасноста на судијата или пак кога има основ за пристрасност на судијата. Овие индикатори укажуваат на постоењето на заштитни механизми во случај кога судија кој нема да се из земе од судење (во наведените случаи) може се санкционира (дисциплински или сл.). Која институција е надлежна да одлучува по барања за изземање на судија од страна на трета страна и дали постои можност за поднесување на жалба од страна на судија против одлука за изземање, до повисок судски орган.

Законот за управните спорови²⁵, како процесен закон со кој се уредува постапувањето на Управниот и Вишиот управен суд, не содржи одредби со кои би се уредувало иземањето на судиите од водењето на постапките во случаите кога постои можен судир на интерес или кога е загрозна непристрасноста на судијата, односно кога постои основ за пристрасност на судијата. Наспроти тоа, Законот за управните спорови упатува на супсидијарна примена на одредбите Законот за парничната постапка, каде овие прашања се детално уредени.

v) Како петти индикатор врз основа на кој се врши истражување на остварување на принципот на независност е постапка во случај кога е загрозна независноста на судија. Со овој индикатор се бара постоење (или непостоење) на процедура во ваков случај, која институција е надлежна да постапува како заштитник на независноста на судиите и кои мерки може да ги преземе таа институција.

Независноста на судството во Република Македонија е издигната на степен на едно од основните начела на правниот поредок. Согласно член 98 од Уставот²⁶, судовите во Република Македонија се независни и самостојни и судат врз основа на Уставот, законите и меѓународните договори ратификувани согласно Уставот. Таквата независност на судството на поединечно рамниште се одразува преку независноста на судијата. Односно, не би можело да се говори за независност на судството доколку самите судии, како индивидуи, не се независни и непристрасни при вршењето на својата функција. Токму затоа во наредниот член на Уставот е предвидено дека судиите се избираат без ограничување на мандатот и не можат да бидат преместени против нивна волја.

Одредбите од Уставот се доработени во Законот за судовите и Законот за Судскиот совет²⁷ на Република Македонија. Таму се пронаѓа општата правна рамка со која се уредува независноста на судиите. Овие Закони содржат неколку генерални (декларативни) одредби во кои се споменува независноста, како и

²⁵ Закон за управните спорови („Службен весник на Република Македонија“ бр. 62/2006 и 150/2010).

²⁶ Устав на Република Македонија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/1991)

низа на други одредби со кои се предвидуваат конкретни мерки за случаите на загрозеност на независноста на судиите. Она што може да се забележи е дека одредбите со кои се штити независноста на судиите се дисперзирани низ споменатите Закони, што укажува на недостатокот од систематизирана правна рамка во тој поглед.

Заклучок

Соочени со новите предизвици кои укажуваат на потребата на усогласување на управното судство во Република Македонија со европските стандарди и принципи, неминовно се наметнува потребата од измена и дополнување на Законот за управни спорови. Во намера да се усогласиме со европското законодавство, а поконкретно со принципите за управното судство во Република Македонија, се чини дека е неопходно да се преземат соодветни чекори за совладување на неусогласеноста на нашето законодавство со членот 6 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи. Она што може да се констатира е дека Законот за управни спорови од 2006 година претставува навистина еден квалитетен, коректен и реформски пропис во областа на управното судство со кој во Република Македонија се направи вистинска институционална реформа етаблирајќи го Управниот суд како посебен суд чии основни карактеристики на работење се специјализација, компетентност, квалитет и ефикасност во остварување на управно-судската заштита на правата и обврските на физичките и правните лица, односно остварување на контрола над законитоста на конечните управни акти. Но, сметаме дека денес треба да се размислува во насока на модификација на ова законско решение кое ќе обезбеди поефикасна, поквалитетна и независна управно-судска контрола, а сето тоа да бде во согласност со европските стандарди за управното судство, на тој начин што Република Македонија би била уште една скала поблизу до влез во европското семејство. Од она што беше наведено погоре во трудот сметаме дека треба да се преземат повеќе мерки:

i) во однос на подобрувањето на ефикасноста на управното-судство неопходно е или да се зголеми бројот на управните судии или да се подобрат административните и техничките капацитети на управните судови. Исто така, како фактор за големиот број на нерешени премеги од страна на Управниот суд може да се смета и недоволната обученост на судиите и недостигот од искуство на самите судии во решавање на управни спорови како и на други субјективни фактори. Во однос на ефикасноста на Вишиот управен суд како една од мерките е ограничувањето на правото на жалба само над одлуки на Управниот суд со кои тој мериторно го решил управниот спор. Воедно, сметаме и дека законската можност која се даде и тужениот орган да може да вложи жалба до Вишиот управен суд дополнително влијае на одолговлекување на постапката, а со тоа и на предметот на ефективно завршени предмети. Поради тоа, во иднина ваквото решение треба да се измени, а правото на жалба на може да го користи само тужителот. Во овој дел би напоменале дека треба да се превземат и мерки за утврдување на фактори кои влијаат на одлучување во „разумен рок“, а воедно да се утврди и временски стандарди за одлучување во управно-судска постапка. При тоа, разумноста на должината на постапката зависи од конкретните околности на случајот, односно нема апсолутно временско ограничување.²⁸ При идни вакви истражувања ќе треба да се земе предвид и обемот (предметот) на одлучување на Управниот суд, дали истиот ќе биде проширен, ако се има предвид дека во 2015 година е донесен нов Закон за општа управна постапка кој ќе започне да се применува од јули 2016 година, а една од новините во овој закон е токму зголемување на предметот и над реалните акт. Имајќи го предвид ова, а и компаративните решенија кои укжуваат дека предмет на одлучување во управен спор може да бидат и управните прописи, и спорови од службенички однос се поставува прашањето дали се појавува потреба од идни законски измени во ЗУС, во насока на проширување на опсегот на одлучување во управно-судска постапка. Доколку навистина се оди кон промена на членот 2 од

²⁸ *Konig v FRG* A 27 para 99 (1978)., превземено од D. J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2014, str.234

ЗУС каде се врши таксативно наведување на предметот на управно-судска заштита преку позитивна енумерација, ова секако ќе се одрази и може да се очекува да има негативно влијание над ефикасноста на Управниот суд.

ii) Во однос на подобрување на квалитетот на управното судство можеби може да се размислува во насока Управниот суд почесто да донесува пресуди во полна јурисдикција, врз онова на претходно спроведена усна расправа, отколку предметите да ги решава само во спор на законитост. Воедно, ова е еден и од принципите наведени во Европската конвенција. Тука би напоменале дека одењето во оваа насока од друга страна може да влијае на адекватна примена на начелото на поделба на власта и на основната улога на управниот суд која пред се треба да биде касациона. Но, сепак она што се заклучува од нашето истражување е дека доколку се земеме предвид фактот дека од основањето на Вишиот управен суд и воедно воведувањето на жалбата како редовен правен лек во управно-судската постапка во Република Македонија, ова правно средство се користи во просек против 20% од одлуките на Управниот суд, а во поголем дел од обжалените предмети (со исклучок во 2013 год.) се Вишиот управен суд ја потвдил одлуката на Управниот суд, се доведува во прашање дали воопшто постои потреба од второстепена управно-судска постапка. Затоа сметаме, дека правото на жалба треба да се ограничи само против одлуки кои се донесе во спор на полна јурисдикција и кои судот ги донел при претходно утврдена фактичка состојба, правото на жалба да може да го користи само тужителот, а не и тужениот во првостепената управно-судска постапка, а второстепената постапка по која одлучува Вишиот управен суд детално да се уреди со Законот за управни спорови, а не се упатувачка одреда за примена на Законот за парнична постапка.

iii) Во однос на јакнење на независноста на Управниот и Вишиот управен суд предлагаме афирмирање на улогата на судијата како непристрасен и објективен арбитер кој треба да одлучува во конкретни управни спорови, доследна примена на начелото на изземање на судија од одлучување во конкретен предмет во кој има одреден интерес, преместувањето на суддите да

се врши само со нивна претходна согласност, овозможување на поголема транспарентност во дисциплинската постапка која се води против судиите

iv) Потребна е континуирана евалуација и мониторинг врз остварување на управно-судската заштита и мерење на перформансите на управното судство на начин како што тоа е сторено во овој труд со анализа на индикаторите наведени во ЕУ-ранг листата, кои укажуваат на тоа колку управното судство во РМ е ефикасно, квалитетно и независно.

v) Да се обезбеди гаранција за обезбедување задолжително извршување на судските пресуди. Ова начело е предвидено и во чл.6 став 1 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи во кој се вели дека судот кој одлучува мора да биде основан со закон, независен и непристрасен. Согласно праксата на Европскиот суд за човекови права, за да може некое тело да се смета за суд согласно чл.6 став1 не е доволно тој само да дава препораки и совети, туку неговите одлуки мора да бидат задолжителни.²⁹Но, дискутабилно е што во праксата може да дојде и до таква ситуација да органите на управата не постапат по судски одлуки. Токму ваквата ситуација е уредена во член 53 од Законот за управни спорови.Имено, 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.³⁰

vi) Согласно најновите достигнувања во електронската технологија, можеби треба да се размислува во насока да се допушти електронска комуникација

²⁹ V. o navedenom u: Garašić, Jasna, *O upravnom sporu pred Upravnim sudom Republike Hrvatske usvjetlu čl.6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 19, Suppl., 1998., str. 987. i 988. O navedenom v. također i van Dijk, Peter i dr., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006. str. 560.-563, preuzeto od Marko Šikić: *Obveznost i izvršenje odluka donesenih u upravnom sporu* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012., str. 411.-424.

³⁰ 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.

помеѓу странките и судовите, како и употреба на електронски списи. Но, секако за да дојде до примена на ваквото решенија претходно во судовите би требало да се обезбедат соодветни технички услови и да се спроведе соодветна обука.

ADMINISTRATIVE JUDICIARY PERFORMANCE MEASURING IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

The administrative judiciary and the quality of its work directly influence the quality of the work of the administrative organs/bodies. It, moreover, provides legality in the work and the acts of the bodies/organs of the public administration, and finally, brings about timely and real guarantee for the protection of human rights, which is the essential aim of the administrative judicial control as well. Therefore, we find that it is necessary to modify the administrative judiciary in the Republic of Macedonia and to set it in line with the European principles for administrative judicial control and general administrative procedure's standards as well, since they ought to be perceived as a whole. Namely, a just administrative and administrative judicial procedure is the key prerequisite to fulfill the parties' rights and obligations, and to protect their legal interests. It should provide for supervision over the legality in the administrative procedure, and should be a guarantee for the principle of legal state (*Rechtsstaat*) and the rule of law. Numerous international documents and recommendations are also referring to certain institutes within the administrative judicial procedure which is yet another confirmation of its importance. However, in this paper we have narrowed the subject of analysis to the principles of efficiency, effectiveness and independence and their implementation in the administrative judiciary in the Republic of Macedonia. By using certain indicators, which are deemed as essential for that purpose, we are going to illuminate whether these principles are implemented and on which extend. The respective principles and indicators are used for the purpose of the EU Justice Scoreboard, as to evaluate the level of development of the justice system within the separate states. Thereby, their application in the Republic of Macedonia is going to

bring about the effectiveness, efficiency, quality and independence of the administrative judicial control.

The research is going resolve many dilemmas in relation to the administrative judicial procedure. Moreover, we are going to provide recommendations as to overcome some inconsistencies and to comply with the European standards

Key words: administrative dispute, independence, efficiency, effectiveness, Administrative Court

*dr Uroš Novaković**

KRITERIJUMI ZA DODELJIVANJE VRŠENJA RODITELJSKOG PRAVA NAKON RAZVODA BRAKA

УДК: 347.634:347.627.2
Review Paper

Apstrakt: *Imajući u vidu da je tendencija savremenog porodičnog prava da dete nakon razvoda braka nastavi da održava lične odnose sa oba roditelja, postavlja se pitanje koji su kriterijumi na osnovu kojih će sud odlučiti kom roditelju će biti dodeljeno neposredno vršenje roditeljskog prava. Model zajedničkog vršenja roditeljskog prava podrazumeva postojanje malog stepena poremećenosti odnosa između roditelja - bivših supružnika. Ostali modeli primenjuju kvantifikovane i kvalitativne kriterijume prilikom dodeljivanja vršenja roditeljskog prava. Po pravilu se mlađa deca uvek dodeljuju majkama, što je rezultat doktrine "mladog uzrasta deteta". Prvobitni staratelj deteta uvažava činjenicu da se roditeljsko pravo dodeljuje onoj osobi (roditelju) koji se starao o detetu od trenutka prestanka zajedničkog života roditelja do trenutka donošenja odluke o vršenju roditeljskog prava. Matematički kriterijum dobija pun smisao u doktrini procentulnog vremena koja podrazumeva da se roditeljsko pravo dodeli onom roditelju koji je pre razvoda braka provodio više vremena sa detetom. Potpuno ekstreman primer nam pruža doktrina prijateljskog roditelja, prema kojoj se roditeljsko pravo dodeljuje onom roditelju koji je spremniji da omogući održavanje ličnih odnosa deteta i drugog roditelja. Prema našem mišljenju, ovakav stav nema utemeljenje, budući da postoji obaveza roditelja kod koga se dete nalazi (ujedno i pravo drugog roditelja) da omogući održavanje ličnih odnosa sa detetom. Smatramo da svaki model ima određenih nedostataka, te da bi kombinacija doktrine mladog uzrasta i prvobitnog staratelja bila putokaz za sud. U svakom slučaju, kvalitet ličnih odnosa deteta i roditelja, kako u toku trajanja braka, tako i nakon prestanka zajedničkog života, treba da bude osnovna ideja pri dodeljivanju vršenja roditeljskog prava, nikako izvesne kvantifikovane metode.*

Ključne reči: *Roditeljsko pravo; Zajedničko vršenje roditeljskog prava; Samostalno vršenje roditeljskog prava; Doktrina mladog uzrasta; Primarni staratelj; Doktrina prijateljskog roditelja; Doktrina procentualnog vremena.*

1.Uvod

Imajući u vidu da je razvod braka sve češća pojava u savremeno doba, vršenje roditeljskog prava od strane oba roditelja nije više pravilo. Na osnovu određenih činjenica sudovi će dodeliti neposredno vršenje roditeljskog prava jednom roditelju a drugom dosuditi pravo na održavanje ličnih odnosa. Pol, uzrast deteta, vezanost deteta za jednog roditelja, pretežna nega deteta od strane jednog roditelja, samo neki su od

kriterijuma koje teorijske koncepcije nude kao putokaz sudovima pri dodeljivanju roditeljskog prava. Iako je tokom druge polovine XX veka smatrano da je za dobrobit deteta najbolje da jedan roditelj vrši roditeljsko pravo a da drugi roditelj održava lične odnose sa detetom, savremene tendencije pokazuju da se (najboljim) interesom deteta smatra vršenje roditeljskog prava od strane oba roditelja (i) nakon razvoda braka. Tako se savremeno porodično pravo nalazi pred dilemom - zajedničko ili samostalno vršenje roditeljskog prava nakon razvoda braka.

U radu ćemo posmatrati postojeće teorijske postavke za dodeljivanje roditeljskog prava. Sa jedne strane to je koncept zajedničkog vršenja roditeljskog prava, a sa druge, to je samostalno vršenje roditeljskog prava kada se roditeljsko pravo može dodeliti roditelju pozivanjem na koncepte: prvobitnog staratelja deteta, mladog uzrasta deteta, prijateljskog roditelja i procentualnog vremena.

2. Zajedničko vršenje roditeljskog prava

Iako je zakonski model zajedničkog vršenja roditeljskog prava na evropskom pravnom području počeo sa primenom od 70-ih godina XX veka, sudske odluke iz SAD o ovakvom načinu vršenja roditeljskog prava datiraju sa početka prošlog veka. Tako, vršenje roditeljskog prava je ravnopravno podeljeno u Pensilvaniji 1905. godine, Misisipiju 1908. godine, Južnoj Dakoti 1910. godine i Kentakiju 1917. godine.¹ Koliko sa teorijskog aspekta insistiranje na zajedničkom roditeljstvu nakon razvoda braka može imati opravdanja, toliko se u praksi ne ostvaruju očekivani pozitivni efekti.² Ideal saradnje u vršenju postbračnog roditeljstva može se pokazati kao kontraproduktivan ako je pravno nametnut, ako je rezultat striktno primene pravnih normi, u odnosu kad predstavlja posledicu prihvatanja od strane onih

* Docent Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

¹ J. Black, D. Cantor, *Child Custody*, New, York, 1989, str. 23.

² Odsustvo željenih efekata *joint custody* u praksi razlog je povlačenja ove pretpostavke iz porodičnopravnih normi u Kaliforniji. O tome, C. Piper, F. Kaganas, *Joint Parenting Under The Children Act 1989*, u D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000, str. 53.

subjekata koji sporazum treba da primene - roditelja.³ Roditeljstvo nakon razvoda braka nema iste karakteristike kao i ono tokom trajanja braka, i pre je odraz izmenjenih uloga roditelja nego kontinuiteta roditeljske uloge.⁴ Time se donekle govori da pravo ne može (ne treba) da ide izvan postojećih društvenih obrazaca vezanih za roditeljske uloge. Cilj zajedničkog roditeljstva je izbegavanje sukoba kulturološkog i normativnog, te smanjivanje jaza između *de lege lata* i *de lege ferenda* u oblasti odnosa deteta i roditelja nakon razvoda braka. Neretko se sreće stav da je zajedničko vršenje roditeljskog prava više u interesu roditelja nego u interesu deteta.⁵ Priklanjamo se ovakvom stavu sa obrazloženjem da u slučaju ozbiljno poremećenih odnosa roditelja, u interesu svakog od roditelja će biti da održavaju lične odnose sa detetom, dok blagostanje deteta, kao vrhni princip, ne može biti ostvaren ako ono podjednak period vremena provodi sa oba roditelja i ako oba roditelja vrše roditeljsko pravo prema detetu u identičnom obimu kao i pre razvoda braka. Jedan od suštinskih prigovora konceptu zajedničkog vršenja roditeljskog prava upravo je taj da se na taj način podriva stabilnost deteta kao princip koji je iznad najboljeg interesa deteta.⁶

Koncept zajedničkog vršenja roditeljskog prava kreiran je u cilju davanja jednakog autoriteta obema roditeljima nakon razvoda braka. Ipak, zajedničko roditeljstvo nosi opasnost da socijalne službe i drugi organi ne znaju koji roditelj vrši roditeljsko pravo i ko može doneti odluke u vezi deteta.⁷ Tako, sudovi su tumačili da je vršenje roditeljskog prava od strane roditelja homoseksualne orijentacije u suprotnosti sa najboljim interesom deteta.⁸

³ R. Collier, *Fatherhood, Law and the Fathers Rights: Rethinking the Relationship Between Gender and Welfare*, u J. Wallbank, S. Choudry, J. Herring, *Rights, Gender, and Family Law*, New York, 2010, str. 139.

⁴ P. Parkinson, *The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective*, u R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, str. 456.

⁵ A. Buchanan, J. Hunt, *Disputed Contact Cases in the Courts*, u A. Bainham, B. Lindley, M. Richards, L. Trindrer, *Children and Their Families, Contact, Rights, Welfare*, Oxford, 2003, str. 380; C. Piper, F. Kaganas, *Joint Parenting Under The Children Act 1989*, u D. J. Lockton, *Children and the Law*, London, 2000, str. 52.

⁶ Tako, M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2011, str. 299.

⁷ H. Reece, *Degradation of Parental Responsibility*, u R. Probert, S. Gilmore, J. Herring, *Responsible Parents and Parental Responsibility*, Oxford, 2009, str. 94.

⁸ T. Brower, *Using Sexual Orientation Demographics to Predict and Harmonize Family Responsibility Transformation, Taking Responsibility, Law and The Changing Family*, Ashgate, 2011. str. 98.

Kod zajedničkog vršenja roditeljskog prava, pravi razlika između zajedničkog pravnog i faktičkog vršenja. Zajedničko pravno vršenje roditeljskog prava (*joint legal custody*) odnosi se na slučaj kada se dete faktički nalazi (boravi) kod jednog roditelja a oba roditelja zajednički donose bitnije odluke vezane za dete. To su najčešće pitanja vezana za obrazovanje, zdravlje deteta,⁹ putovanje u inostranstvo, promenu prebivališta, religijsko opredeljenje deteta. Zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava (*physical, residential joint custody*) podrazumeva da je faktičko staranje nad detetom podeljeno - vremensko vršenje roditeljskog prava (ravnopravno, podjednako) je podeljeno između roditelja. To može biti dnevna, nedeljna i mesečna nega, odnosno faktičko vršenje roditeljskog prava. Zajedničko faktičko vršenje roditeljskog prava podrazumeva da dete jedan period vremena provodi kod jednog roditelja a zatim određen (jednak) period vremena provodi kod drugog roditelja. Faktičko zajedničko vršenje roditeljskog prava moguće je u statistički zanemarljivom broju slučajeva. Ovakav oblik vršenja roditeljskog prava pre je moguće ostvariti faktičkim dogovorom roditelja nego sudskim dosuđivanjem. Neuzimajući u obzir najbolji interes deteta, ovakav oblik vršenja roditeljskog prava moguće je ostvariti samo ako roditelji žive u međusobnoj blizini i ako imaju materijalne i stambene uslove potrebne da dete boravi kod njih svakih nedelju ili mesec dana. Međutim, i da je to slučaj, ne nalazimo kako bi u interesu deteta mogla da bude konstantna (nedeljna, mesečna) promena životnih uslova, uz ogradu da između roditelja nema krupnih nesuglasica i sukoba.¹⁰

Različito se posmatra na zakonsko propisivanje zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Tako, uprkos propisivanju odredbe u mnogim evropskim državama o

⁹ Povodom preduzimanja medicinske intervencije nad detetom videti slučaj na Novom Zelandu *Re J* (1996) 2 NZLR 134.

¹⁰ Razmatrajući koja bi količina vremena, eventualno, bila najkorisnija po dete da provodi u porodičnom domu svakog od roditelja, nalazimo da bi to bilo moguće samo u sedmičnim (nedeljnim) periodima. Naime, duži periodi vremena poput godinu dana ili pola godine nisu mogući s obzirom da bi to bilo u suprotnosti sa pojmom zajedničkog vršenja roditeljskog prava. U tom slučaju postavlja se pitanje mesečnog ili nedeljnog boravka deteta kod svakog roditelja. Međutim, mesečna promena prebivališta implicira da je reč o samostalnom vršenju roditeljskog prava, a takođe, povlači da se gubi ideja o nastavku vršenja roditeljskog prava nevezano za razvod braka roditelja. Tako, ostaje mogućnost sedmične promene boravista deteta. Ipak, tada, prizivanjem kriterijuma stabilnosti deteta, ovaj način vršenja roditeljskog prava pokazuje značajnu manjkavost.

zajedničkom vršenju roditeljskog prava nakon razvoda braka, engleski zakonodavac je 2004. godine stao na stanovište da nije potrebno predvideti pretpostavku o zajedničkom vršenju roditeljskog prava.¹¹ U Holandiji se nakon razvoda braka automatski dodeljuje zajedničko vršenje roditeljskog prava ako se jedan ili oba roditelja tome ne protive.¹² U Francuskoj je 2002. godine predviđeno da razvod braka roditelja ne utiče na vršenje roditeljskog prava.¹³ Inače, u Francuskoj je sudska praksa prethodno utrla put zakonskom regulisanju zajedničkog vršenja roditeljskog prava.

Zajedničko vršenje roditeljskog prava je svedočanstvo razmimoilaženja teorije i prakse. Teorijski poželjno postavljeno, dovodi se pod znak pitanja pod teretom svakodnevnih činjenica i težine postbračnog života. Empirijski podaci ne govore u prilog toga da je zajedničko vršenje roditeljskog prava poželjno za dete.¹⁴ Studije ukazuju da ono negativno utiče na emotivnu stabilnost deteta, posebno povećavajući osećaj zbunjenosti kod dece do dvanaeste godine života.¹⁵ Zanimljivo je da u Švedskoj u slučaju zajedničkog vršenja roditeljskog prava, kada dete ima dva doma, nijedan roditelj nema obavezu da plaća izdržavanje za dete drugom roditelju.¹⁶

3. Paradoks razvoda braka i zajedničkog vršenja roditeljskog prava

Zajedničko vršenje roditeljskog prava predstavlja nameru države da se zadrži netaknuta porodica. U ovoj oblasti primećujemo aktivnu ulogu države, za razliku od razvoda braka gde se država povlači i prepušta supružnicima slobodnu odluku o tome. Stoga, ostaje paradoks da država želi da obaveže supružnike po pitanju vršenja roditeljskog prava ali ne i da se prethodno umeša u očuvanje njihovog braka i time

¹¹ J. Wallbank, (En)Gendering the Fusion of Rights and Responsibilities in the Law of Contact, Rights, Gender, and Family Law, J. Wallbank, S. Choudry, J. Herring, New York, 2010, str. 93.

¹² B. Stark, International Family Law, Ashgate, 2005, str. 184.

¹³ L. C. Voneche, B. Bastard, Can Co-Parenting be Enforced? Family Law Reform and Family Life in France, u Mavis Maclean, Family Law and Family Values, Oxford, 2005, str. 96.

¹⁴ J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, str. 125.

¹⁵ L. C. Voneche, B. Bastard, Can Co-Parenting be Enforced? Family Law Reform and Family Life in France, u Mavis Maclean Family Law and Family Values, Oxford, 2005, str. 98.

¹⁶ J. Schiratzki, Litigation in the Shadow of Mediation: Supporting Children in Sweden, u Mavis Maclean Family Law and Family Values, Oxford, 2005, str. 129.

utiče na vršenje roditeljskog prava, ali tokom trajanja braka. Očigledno opredeljenje za postventivno delovanje. Zakonodavci se rukovode principom "jednom roditelj uvek roditelj". Neretko se previđa značaj mišljenja deteta na sprovođenje ovakvog sporazuma i ističe primarna uloga supružnika.¹⁷ Pokušava se održati porodični život između supružnika posredstvom zajedničkog staranja o detetu.

Država u jednom pravcu, liberalizacijom razvoda braka omogućava supružnicima da slobodno, najčešće bez ograničenja da li imaju decu ili ne, odluče o prestanku bračne zajednice. Ne utiče se na očuvanje i stabilnost porodice. U drugom pravcu, na već narušene porodične odnose država se meša, i zahteva da supružnici, iako su prethodno izrazili želju da prekinu zajednicu, nastave da sarađuju u pogledu dece, i u ovoj fazi ne poštuje njihovu volju da, usled istorije nesuglasica, ne ostvaruju bliske kontakte. Postventivno delovanje smatra se plodosnim po dete. Prethodno dato pravo (na liberalan razvod) ne može se u potpunosti konzumirati. Ne traži se odgovornost u porodičnoj zajednici već se traži odgovornost izvan porodične zajednice, nakon njene dezintegracije.

4. Primarni staratelj deteta (*primary caretaker*)

Od 70ih godina XX veka kada dolazi do početka povećanja stope razvoda braka, teorija porodičnog prava traži (pravednu) formulu po kojoj će dodeliti roditeljsko pravo jednom od roditelja, vodeći računa o najboljem interesu deteta.¹⁸

¹⁷ Ipak, iako se nekad od početka pokaže kao plodonosan, sporazum o zajedničkom vršenju roditeljskog prava nakon nekog vremena pokazuje potrebu da se pretoči u odluku o dodeljivanju deteta jednom roditelju, Federal Constitutional Court of Germany, Decisions of the Bundesverfassungsgericht, Vol. 5 Family Related Decisions 1957-2010, Karlsruhe, 2013, str. 215.

¹⁸ Povodom revolucionarnih promena u porodičnim odnosima 70-ih godina XX veka, ističe se da je pre tih promena postojala izvesnost i statičnost porodičnih odnosa, te tako i tačno određeno doba za: odlazak deteta od roditelja, zapošljavanje, zaključenje braka, zasnivanje sopstvenog domaćinstva, rađanje i odgajanje dece, J. Eekelaar, Family Law and Personal Life, Oxford, 2006, str. 3.

Primena principa primarnog staratelja podrazumeva kontinuitet odnosa između deteta i roditelja pre i nakon razvoda braka.¹⁹ Primarni staratelj deteta je osoba koja se pre prestanka zajednice života roditelja svakodnevno starala o detetu, hranila ga, oblačila, uspavljivala, kupala.²⁰ Pretpostavka zastupnika ove teorije jeste da će ta osoba nastaviti da se stara o detetu na isti način i nakon razvoda braka, i da je to u najboljem interesu deteta. Što je više roditelj bio uključen u vaspitanje i negu deteta tokom braka, to će imati više prava (vremena) na lične odnose sa detetom nakon razvoda braka. Ovaj princip je još poznat i kao princip "*status quo*". Prema ovom principu odlučujući uticaj pri dodeli roditeljskog prava treba da ima kontinuitet u podizanju deteta. Stoga, onaj roditelj koji se starao o detetu nakon prestanka zajednice života, kod koga je dete boravilo pre odluke o vršenju roditeljskog prava, dobija prednost u sudskom odlučivanju o dodeli roditeljskog prava. Koliki je značaj ovog principa svedoči činjenica da je savezna država SAD Zapadna Virdžinija, umesto principa najboljeg interesa deteta usvojila je načelo "prethodne brige o detetu" (*past caretaking standard*) prilikom odlučivanja o vršenju roditeljskog prava. Sudovi na Floridi rukovode se identičnom logikom.²¹ Teškoća pri sudskom odlučivanju u ovoj koncepciji javlja se ako je te aktivnosti pre prestanka zajedničkog života roditelja obavljala druga osoba a ne roditelji. Postavlja se pitanje kako u tom slučaju odlučiti o vršenju roditeljskog prava. U savremenim uslovima, neretko, takve aktivnosti u

¹⁹ P. Parkinson, *The Past Caretaking Standard in Comparative Perspective*, u R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, str. 448.

²⁰ Prvi put je princip prvobitnog staratelja primenjen pred Vrhovnim sudom Virdžinije u slučaju *Garska v. McCoy* 278 S.E. 2d 357 (Vir.1981.) Tada je navedena lista okolnosti koje sud treba da uzme u razmatranje pri određivanju ko je primarni staratelj deteta: 1) pripremanje i serviranje obroka; 2) kupanje, oblačenje i češljanje; 4) dojenje, vođenje kod lekara, briga o zdravstvenom stanju; 5) uređivanje društvenih aktivnosti, vođenje kod drugova, vođenje na sportske aktivnosti; 6) sprovođenje dnevne nege i čuvanja; 7) stavljanje deteta na spavanje, prisutnost uz dete tokom noći, buđenje deteta ujutru; 8) učenje deteta opštoj kulturi i higijenskim navikama; 9) religijska, kulturna, socijalna edukacija; 10) učenje osnovnim veštinama - čitanje, pisanje, računanje.

Doktrina prvobitnog staratelja derivira svoju argumentaciju iz teorije povezanosti (*attachment theory*) koja ima dosta zastupnika. Adekvatno uspostavljanje povezanosti deteta sa roditeljima manifestuje se kroz kasnije normalno povezivanje deteta u odraslom dobu, D. Cere, *Toward an Integrative Account of Parenthood*, u L. C. McClain, D. Cere, *What is Parenthood?*, New York, 2013, str. 21.

²¹ R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, str. 3.

velikoj, ako ne i pretežnoj meri, obavljaju ustanove ili servisi za brigu o deci. Primena principa treba da odgovori na pitanje ko je u odnosu između roditelja bio primarni staratelj. Kritikuje se da princip favorizuje kvantitet u odnosu na kvalitet brige o detetu, da je u suprotnosti sa savremenim zahtevima teorije i zakonodavstva u vezi promovisanja zajedničkog vršenja roditeljskog prava. Iako je dete provodilo više vremena sa jednim roditeljem, može biti više emotivno povezano sa drugim roditeljem. Takođe, roditelj koji se odselio iz zajedničkog porodičnog doma zarad smirivanja poremećenih partnerskih odnosa, neopravdano se diskriminiše pri dodeljivanju vršenja roditeljskog prava. Prigovor ovom pristupu se sastoji i u tome da najbolji interes deteta, kao vrhovno načelo, ne može u potpunosti biti primenjen ako se (samo) posmatra kvantitativni kriterijum oličan u standardu prethodne brige o detetu.²²

Na osnovu ovog principa, očevima je omogućeno da steknu roditeljsko pravo nakon razvod braka ako su se prethodno starali o detetu. Princip je u suprotnosti sa doktrinom "mladog uzrasta deteta" i smatra da se roditeljsko pravo dodeljuje u skladu sa povezanošću deteta sa roditeljem bez obzira na pol roditelja i uzrast deteta.

5. Doktrina mladog uzrasta deteta (*tender years doctrine*)

Prema doktrini mladog uzrasta deteta pretpostavlja se da je u najboljem interesu deteta da bude povereno majci. Praksa se u potpunosti priklonila takvim stavovima, posebno kada je reč o malom detetu ili bebi. Doktrina potiče iz američke porodičnopravne literature i poznata je i pod imenom *tenders year doctrine*. Kasnijim usvajanjem pretpostavke o zajedničkom vršenju roditeljskog prava značajno je izmenjen pogled na doktrinu o prednosti majčinske zaštite. U svetlosti kasnijeg favorizovanja zajedničkog vršenja roditeljskog prava, podnošenje zahteva jednog roditelja za samostalnim vršenjem roditeljskog prava smatrano je neprimerenim. Tako, ako majka zahteva razvod braka i traži samostalno vršenje roditeljskog prava,

²² O principu najboljeg interesa deteta, tačnije prema terminologiji autora, najvećeg interesa deteta, M. Janjić-Komar, M. Obretković, Prava deteta prava čoveka, Beograd, 1996, str. 59.

navedeno ponašanje može se tumačiti kao neprimereno i takva majka (o)karakterisati kao nepodobna.²³ Suprotno prednosti materinske zaštite predočava se da se identifikacija deteta u adolescentskom periodu vrši se sa roditeljem istog pola.²⁴

6. Doktrina "prijateljskog roditelja" (*friendly parent doctrine*)

Otvorenost ka saradnji roditelja u vršenju roditeljske funkcije nakon razvoda braka dobija najekstremniji izraz u doktrini "prijateljskog roditelja". Roditeljsko pravo dodeljuje se roditelju koji je otvoreniji, spremniji da podrži održavanje ličnih odnosa deteta i drugog roditelja.²⁵ Ocena prijateljskog roditelja zahteva ulaženje suda u lične odnose jednog roditelja prema drugom, što protivreči inicijalnoj nameri određivanja vršenja roditeljskog prava u interesu deteta. Uvodi se element eksperimenta u odnose između roditelja i zanemaruje interes deteta. Po interese deteta može biti bolje i da roditelj koji ima manje kooperativan odnos prema drugom roditelju vrši roditeljsko pravo. Neprijateljski odnos jednog roditelja prema vršenju roditeljskog prava drugog roditelja može biti uzrokovan postojanjem nasilja u porodici ili prostom činjenicom ozbiljno poremećenih ličnih odnosa (bivših) supružnika.

7. Doktrina procentualnog vremena

Doktrina procentualnog vremena podrazumeva da se vršenje roditeljskog prava dodeli prema matematičkom kriterijumu količine vremena koje je dete provodilo sa svakim roditeljem dok je trajao brak.²⁶ Time se lični odnosi između deteta i roditelja uređuju po kvantitativnom kriterijumu, ne ulazeći u sadržinu odnosa deteta i roditelja. Emotivni odnos deteta i roditelja nije uslovljen količinom provođenja vremena.

²³ M. Fineman, *Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, Harvard Law Review, Vol. 101, Num. 4, Feb. 1988, str. 765 i dalje.

²⁴ S. N. Katz, *Family Law in America*, Oxford, 2011, str. 107.

²⁵ R. J. Levy, *Custody Law and the ALI's Principles: A Little History, a Little Policy, and Some Very Tentative Judgments*, u R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, str. 71.

²⁶ Tako i J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2006, str. 124.

Ovakav način odlučivanja o vršenju roditeljskog prava, pored doktrine prvobitnog staratelja, usvaja savezna država Zapadna Virdžinija u SAD. Ispitivanje emotivne povezanosti deteta sa oba roditelja treba da ima ključnu ulogu pri dodeljivanju vršenja roditeljskog prava. Vreme koje dete provodi sa jednim roditeljem ne podrazumeva *a priori* da dete ima sadržajnije lične odnose sa tim roditeljem. Smatramo da doktrina procentualnog vremena može imati karakter smernice za sud da ceni količinu vremena koje su roditelji provodili sa detetom pre razvoda braka, i da bude jedan od kriterijuma, ali nikako da bude samostalan i odlučujući razlog za dodelu roditeljskog prava, bez ispitivanja drugih uslova poput emotivne povezanosti deteta sa oba roditelja, mišljenja i želja deteta, mogućnosti roditelja da vrše roditeljsko pravo.

ZAKLJUČAK

Složenost problema dodeljivanja roditeljskog prava jednom roditelju i istovremeno održavanje ličnih odnosa drugog roditelja i deteta, ogleđa se u nameri teorije porodičnog prava da uvede kvantifikaciju u odlučivanje sudova pri dodeljivanju roditeljskog prava. Smatra se da bi nekakva (magična) matematička formula mogla rešiti svu sadržajnost problema ličnih odnosa deteta i oba roditelja. Koncept procentualnog vremena u potpunosti ispušta iz vida kvalitet odnosa deteta i roditelja i uzima samo činjenicu vremena koje je dete provodilo sa jednim roditeljem pre prestanka zajednice života. Doktrina prijateljskog roditelja ne posmatra vršenje roditeljskog prava iz aspekta deteta, već neopravdano ulazi u odnose između samih supružnika. Naime, otvorenost, spremnost jednog roditelja da dozvoli ili omogući održavanje ličnih odnosa između deteta i drugog roditelja ne sme biti jedina i odlučujuća okolnost koja svedoči u prilog dodeljivanja roditeljskog prava. Postoji obaveza roditelja koji vrši roditeljsko pravo da omogući održavanje ličnih odnosa drugog roditelja i deteta, kao i identično pravo deteta. Oba koncepta ne uvažavaju interese deteta. Kvalitativni kriterijumi - emotivne povezanosti deteta i roditelja, stabilnosti deteta, omogućavanja adekvatnih emotivnih i materijalnih uslova, želja deteta i roditelja treba da imaju primat nad matematičkim kriterijumima. Smatramo da sudovi treba da polaze od kombinacije doktrine mladog uzrasta deteta i prvobitnog staratelja, imajući u vidu da u najvećem broju slučajeva najbolji interes deteta - beba

i dece mlađeg uzrasta, zahteva da se majkama dodeli vršenje roditeljskog prava. Međutim, ako se ustanovi da oba roditelja imaju nameru da vrše roditeljsko pravo, a da je dete više emotivno povezano sa drugim roditeljem (ocem), uz činjenicu da se otac starao o detetu od trenutka prestanka zajednice života do donošenja odluke o vršenju roditeljskog prava, mlad uzrast deteta ne treba da dovede do apsolutne primene *tender years* doktrine. Količina vremena koje je dete provodilo sa roditeljem, kao i lični odnosi između samih roditelja vezani za dete, mogu poslužiti kao dopunski kriterijumi.

Uroš Novaković, PhD

Assistant professor, University of Belgrade, Law Faculty

CRITERIA FOR AWARDING PARENTAL RESPONSIBILITY AFTER DIVORCE

Summary

Bearing in mind tendency of modern family law that child after divorce continues to maintain personal relations with both parents, the question is what are the criteria by which the court will decide which of the spouses will be granted exercise of parental rights. The model of joint parental responsibility implies the existence of a small degree of disturbance of the relationship between the parents - former spouses. Other models applied quantified and qualitative criteria in the process of assigning parental rights. As a rule, younger children are always awarded to mothers as a result of the "tender years" doctrine. Primary caretaker of the child, as principle, recognizes that parental rights granted to that person (parent) who took care of the child from the termination of joint parental life to the enacting decision on the exercise of parental rights. Mathematical criterion receives full meaning in the doctrine of procentual time, which means that the parental rights will be assigned to that parent who before divorce spend more time with the child. Completely extreme example gives us the "friendly parent" doctrine according to which parental rights awarded to the parent who is more open to provide observance of personal relations between the child and other parent. Our opinion is that such attitude has no basis, since there is obligation of the parent with whom the child is (likewise the right of the other parent) to enable personal relations with the child and other parent. In conclusion, we consider that each model has certain shortcomings, and that the combination of "tender year" doctrine and the "primary caretaker" should be guideline for the court. In any case, the quality of the personal relationship between child and parent, both during the marriage and after termination of common life, should be the basic idea in the process when court assigning parental rights.

Key words: Parental responsibility; Joint custody; Sole custody; Tender years doctrine; Primary caretaker; Friendly parent doctrine ; Procentual time doctrine.

ТРГОВИЈАТА СО ЧОВЕЧКИ ОРГАНИ И ГЛОБАЛНАТА АКЦИЈА ЗА БОРБА ПРОТИВ НЕА

УДК: 343.9.02:616-089.843

Original Research Paper

Апстракт: Во овој труд се обработува проблематиката на трговијата со човечки органи и ткива, која според авторката е типичен облик на биокриминал и еден од се почестите облици на организиран криминал. Појавата на ваквиот криминал не е нова и пред се се должи на големиот дефицит на органи и ткива за пресадување како последен терапевтски метод за многу болести во терминална фаза.

Казнените законодавства разгледувани од компаративен аспект долго време не познаваа инкриминација на трговијата со човечки органи и ткива, па дури и денес доминира инкриминарањето на тргување со органи како цел на трговијата со луѓе како примарен облик на криминал во наведениот контекст.

Авторката преку анализа на листите на чекање за органи за трансплантација, на појавните облици на овој криминал и осврт врз Конвенцијата на Советот на Европа за борба против ваквиот криминал, укажува на потребата и дава конкретен предлог за криминализација на ова дело *per se*.

Клучни зборови: трансплантација, трговија, органи, казнено дело, дефицит

1. Трговија со човечки органи и ткива – воведни напомени и законодавство

Трговијата со човечки органи и ткива е типичен облик на биокриминал и еден од се почестите облици на организиран криминал. Појавата на ваквиот криминал не е нова и пред се се должи на големиот дефицит на органи и ткива за пресадување како последен терапевтски метод за многу болести во терминална фаза.

Казнените законодавства разгледувани од компаративен аспект долго време не познаваа инкриминација на трговијата со човечки органи и ткива, па

дури и денес доминира инкриминарањето на тргување со органи како цел на трговијата со луѓе како примарен облик на криминал во наведениот контекст.

Обид за инкриминарање на трговијата со човечки органи рег сево македонското законодавство е направен со донесувањето на новиот Закон за земање и пресадување на органи од човечкото тело заради лекување во 2011 година,¹ но инкриминацијата беше избришана во 2014 година со измените на Кривичниот законик на Македонија.²

Единствената инкриминација во Кривичниот законик поврзана со оваа материја е опфатена со чл. 210 „недопуштено пресадување на делови од човечкото тело.“³

Во услови на непостоење посебна формална забрана на организираното тргување со човечки органи во многу законодавства и следствено, непостоење или многу мал број на осудителни пресуди за таква дејност дури и на светско ниво, се поставува прашањето дали трговијата со органи воопшто (формално) постои и доколку сепак ја има, дали таа претставува облик на организиран транснационален криминал? Оваа дилема останува нерешена со што уште еднаш се потврдува општата констатација дека криминалот е секогаш неколку чекори пред законот, дека реакцијата на државата е по правило апостериорна и оттука, неефикасна. Затоа, одсуштинскозначење е да се следат новите светски тенденции во поглед на борбата против криминалот кои се во насока на про-активно дејствување и тука, всушност, се детектира и потребата определени концепти за потенцијалните опасности да се инкриминираат како забранети дејствија.

* Вонреден професор на научната област казнено право на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

¹ Закон за земање и пресадување на делови на човечкото тело заради лекување („Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/2011, 136/2011, 91/2013, 164/2013, 27/2014, 112/2014, 144/2014, 124/2015, 149/2015 и 37/2016

² Кривичен законик, „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

³ Види чл. 210 КЗМ.

Пристапувајќи кон нејзиниот поим може да се констатира дека трговијата со човечки органи и ткива тешко може да се дефинира, од причина што, како што веќе споменавме, може да претставува облик на организиран криминал, но и да се појави како случај на т.н. “купопродажба во четири очи” која не е организирана во рамките на група што повеќекратно учествува во вакви активности. Сепак, се чини дека последново повеќе припаѓа кон групата на дела на нелегална трансплантација или недопуштено пресадување на делови од човечкото тело заради лекување одошто кон делата (облик) на трговија со човечки органи и ткива.

Потребата од инкриминирањето на трговијата со органи како организиран облик на криминал се наметнува од претпоставките за нејзиното брзо ширење. Трговијата со органи на глобално ниво веќе не е табу-тема, туку се повеќе реалност. Најопшто и дескриптивно кажано, таа претставува дејствие на снабдување, пренесување, купување, продавање и сл. на човечки органи и ткива за трансплантација со цел остварување на противправна имотна корист.

2. Дефицитот на органи за трансплантација како етиолошка компонента на трговијата со органи и ткива и меѓународната соработката за негово надминување

2.1 Приказ на движењето на недостатокот на органи за трансплантација преку листите на чекање на Евротрансплант

Дефицитот на органи за трансплантација претставува една од главните причини за трговијата со органи. Листите на пациенти кои чекаат орган за да го спасат сопствениот живот се долги. Во прилог ќе бидат прикажани листите на чекање за неколку години по органи и по држави – членки на Евротрансплант.⁴

⁴<https://www.eurotransplant.org/cms/>

Активна листа на чекање на крај на 2012 година, по држави

		Авст рија	Бел гија	Герм анија	Унга рија	Хрва тска	Хола ндија	Слов енија	Вку пно
2012	Бубрег	722	748	7645	17	125	829	65	10151
2012	Срце	68	72	972	6	21	64	32	1235
2012	Бели дроб ови	82	81	459			193		815
2012	Црн дроб	102	166	1815	4	73	157	10	2327
2012	Панкреас	8	26	40			15		89
2012	Панкреас + бубрег	18	26	210		4	20	2	280
2012	Срце + бели дроб ови	4		21					25
2012	Срце + црн дроб			2					2
2012	Срце + бубрег	4	4	17					25

2012	Бели дробови + црни дроб			2			1		3
------	--------------------------	--	--	---	--	--	---	--	---

2012	Црни дроб + панкреас			1					1
------	----------------------	--	--	---	--	--	--	--	---

2012	Бели дробови + бубрези		2	3			1		6
------	------------------------	--	---	---	--	--	---	--	---

2012	Црни дроб + панкреас + бубрези			1					1
------	--------------------------------	--	--	---	--	--	--	--	---

2012	Црни дроб + бубрези	1	13	45	1	1	6		67
------	---------------------	---	----	----	---	---	---	--	----

Извор: Евротрансплант

Како што може да забележиме, недостатокот на органи е најевидентен кај бубрезите и изнесува 10151, а е најголем во Германија, по која следат Холандија, Белгија и Австрија.

Голем е дефицитот и за црн дроб и тој е повторно најизразен во Германија, а најмал е дефицитот за трансплантациските комбинации црн дроб+ панкреас, како и црн дроб + панкреас + бубрег.

Активна листа на чекање на крај на 2013 година, по држави

		Авст рија	Бел гија	Герма нија	Унга рија	Хрва тска	Хола ндија	Слове нија	Вку пно
20 13	Бубр ег	694	721	7671	784	130	710	47	10757
20 13	Срце	80	91	904	38	23	84	30	1250
20 13	Бели дробо ви	81	84	425			189		779
20 13	Црн дроб	64	166	1491	118	63	132	7	2041
20 13	Панк реас	5	26	35			9		75
20 13	Панр екас + бубре г	28	31	190	9	6	23		287
20 13	Срце + бели дробо ви	2	1	12					15
20 13	Срце + црн дроб			1					1

2013	Срце + бубрег	2	3	12					17
2013	Бели дробови + црн дроб			5					5
2013	Црн дроб + панкреас			1					1
2013	Бели дробови + бубрег		3	3					6
2013	Црн дроб + панкреас + бубрег			1					1
2013	Црн дроб + бубрег		15	33	6		2	1	57

Извор: Евротрансплант

Во 2013 година може да се забележи зголемен недостаток од бубрези за пресадување и тоа за околу 6% за разлика од 2012 година и тој е за околу десетпати поголем во Германија отколку во другите држави во апсолутни

бројки, но имајќи ја предвид територијата и бројот на жители на наведените држави, тоа е логично и разбирливо.

Дефицитот за црн дроб е во благ пад во 2013 година, додека нестатокот од срца за пресадување е скоро идентичен двете години.

Активна листа на чекање на крај на 2014 година, по држави

		Авст рија	Бел гија	Герма нија	Унга рија	Хрва тска	Хола ндија	Слове нија	Вку пно
20 14	Бубрег	641	821	7717	702	117	622	69	10689
20 14	Срце	53	87	842	34	14	89	21	1140
20 14	Бели дробови	70	82	417			178		747
20 14	Црн дроб	85	171	1315	101	68	104	9	1853
20 14	Панкреас	4	29	34			20		87
20 14	Панкреас + бубрег	29	40	207	8	7	23	8	322
20 14	Срце + бели дробови	2		8			2		12
20 14	Срце + црн дроб	2	2	8					12

20 14	Срце + бубре г			6					6
20 14	Бели дроб ви + црн дроб			1					1
20 14	Црн дроб + панр еас		1	2					3
20 14	Црн дроб + панк реас + бубре г			1					1
20 14	Црн дроб + бубре г	1	15	27	7		5		55

Извор: Евротрансплант

Намалување на бројот на пациенти на листата на чекање за скоро сите органи се забележува во 2014 година. Намалувањето е благо и изнесува помалку од 0,7% за бубрези, околу 10% помалку за срце и околу 11% за црн дроб.

Активна листа на чекање на крај на 2015 година, по држави

		Авст рија	Бел гија	Герм анија	Унга рија	Хрва тска	Хола ндија	Слове нија	Вку пно
20 15	Бубре г	608	813	7530	744	111	544	50	10400
20 15	Срце	49	110	773	41	24	101	42	1140
20 15	Бели дробо ви	72	102	396			176		746
20 15	Црн дроб	61	172	1233	104	62	109	18	1759
20 15	Панк реас	1	30	37	2		21	1	92
20 15	Панре кас + бубрег	13	37	207	11	13	31	8	320
20 15	Срце + бели дробо ви	2	2	8			1		13
20 15	Срце + црн дроб			2				1	3
20 15	Срце + бубрег	1	6	7					14
20 15	Бели дробо ви + црн дроб			5					5

20 15	Црн дроб + панкре ас		1	3		1			5
----------	-------------------------------	--	---	---	--	---	--	--	---

20 15	Црн дроб + панкре ас + бубрег			1					1
----------	---	--	--	---	--	--	--	--	---

20 15	Црн дроб + бубрег	3	15	36	7		1		62
----------	-------------------------	---	----	----	---	--	---	--	----

Извор: Евротрансплант

Трендот на намалување на бројот на пациенти кои се нашле на листите на чекање продолжува и на крајот на 2015 година. На листите на чекање континуирано најголем дефицит во сите држави од Евротрансплант се забележува за буреци, црниот дроб е втор на листата, а срцето трето на листата на дефицитарни органи.

Најновите податоци на Евротрансплант овозможуваат да направиме увид и во состојбата со листите на чекање кон крајот на 2016, поточно на крајот на ноември, 2016 година и да се направи споредба со состојбата на крајот на истиот месец претходната година. Во табелата подолу се прикажани споменатите податоци.

Активна листа на чекање на крајот на месецот Ное.2016/Ное.2015, по држави

		Авст рија	Бел гија	Герма нија	Унга рија	Хрва тска	Хола ндија	Слове нија	Вку пно
20 16	бубре г	598	759	7592	731	176	585	46	10487
20 15	бубре г	607	845	7531	751	111	553	43	10441
20 16	срце	62	107	699	45	34	100	52	1099
20 15	срце	47	107	769	33	20	95	41	1112
20 16	Бели дробо ви	97	114	386			191		788
20 15	Бели дробо ви	62	109	388			179		738
20 16	Црн дроб	51	161	1122	107	67	119	15	1642
20 15	Црн дроб	63	183	1250	100	66	117	17	1796
20 16	панк реас	2	32	29	2	1	24	2	92
20 15	панк реас	2	30	37	2		21	1	93
20 16	Панк реас + бубре г	10	30	236	21	14	33	4	348
20 15	Панк реас + бубре г	12	37	208	11	9	34	6	317

20 16	Срце + бели дробо ви	1	1	11			1		14
20 15	Срце + бели дробо ви	2	1	7			1		11

20 16	Срце + црн дроб			2					2
20 15	Срце + црн дроб			1					1

20 16	Срце + бубре г	3	4	12					19
20 15	Срце + бубре г	1	7	8				1	17

20 16	Бели дробо ви+ црн дроб			3					3
20 15	Бели дробо ви+ црн дроб	1		7					8

20 16	Црн дроб + панк реас		2	4					6
20 15	Црн дроб		1	2					3

	+ панк реас								
20 16	Црн дроб + панк реас + бубре г			1					1
20 15	Црн дроб + панк реас + бубре г			1					1
20 16	Црн дроб + бубре г	2	19	25	3	2	4		55
20 15	Црн дроб + бубре г	3	11	33	7		1		55

Извор: Евротрансплант, statistics.eurotransplant.org

Од наведените податоци може да се забележи дека во поглед на листите на чекање се забележува благ пораст на дефицитот во 2016 година во споредба со 2015 година за следните органи: бубрег, бели дробови, како и трансплантациските комбинации на панкреас + бубрег, срце + бели дробови, срце + бубрег и црн дроб + панкреас.

Намалување на бројката на пациенти на листите на чекање во 2016 година може да се детектира кај срце, црн дроб, панкреас, како и бели дробови

плус црн дроб. Кај останатите органи и комбинации бројките се идентични и во двете години.

2.2Соработката на полето на трансплантацијата како решение за дефицитот на органи за трансплантација

Проблемот со недостатокот на органи за пресадување одамна е детектиран како основа на етиологијата на трговијата со човечки органи. Обиди за надминување на проблемот со дефицитот на органи се направени преку хармонизирање на националните законодавства во насока на прифаќање на принципот на претпоставена согласност и „форсирање“ на кадаверичната трансплантација која сè уште учествува со највисок процент (во определени ситуации и над 90%) во вкупниот број на извршени трансплантации.⁵

Во развојот на меѓународната соработка во алокацијата и размената на органи, завидни резултати се постигнати со формирањето и работата на ЕВРОТРАНСПЛАНТ која е непрофитна организација која се занимава со алокација и размена на органи од починати донатори (кадавери) на територијата на земјите – членки, а во моментот тоа се: Белгија, Холандија, Луксембург, Германија, Австрија, Унгарија, Хрватска, Словенија.⁶Евротрансплантопфаќа територија со 134, 6 милиони жители. Бројот на пациенти на листата на чекање за сите органи и комбинации на органи за трансплантација на 31.12.15 изнесувал 14.560.

Бројот на извршени трансплантации во 2015 година само за бубрези, црн дроб, бели дробови, панкреас за изнесувал 7145.

Интересно е што главната цел на соработката, а тоа е максимална искористливост на расположливите органи во 2015 година е постигната на високо ниво, односно процентот на трансгранично разменети органи изнесува 24.8%.

⁵ Поопширно в. *Деаноска, Александра* „Нелегална трансплантација и трговија со човечки органи и ткива“, магистерски труд, одбранет на Правниот факултет „Јустинијан Први“, 2006 год., стр. 53 и натаму.

⁶ https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about_brief

Работата на Евротрансплант овозможува побрза алокација на органи, транспарентност на процесот и искористување на сите расположливи органи.

Времето на чекање на пациентите во рамките на Евротрансплант е исто така пократко отколку глобално, имено, додека времето на чекање во 2010 година глобално изнесувало просек 10 години, во Евротрансплант во 2014 година 50% од пациентите чекале 1 година, 40% од 2 до 4 години, а само 10% над 5 години.⁷

3. Трговијата со човечки органи според Конвенцијата од Сантјаго де Компостелана Советот на Европа

Трговијата со човечки органи и ткива претставува сериозен криминален феномен. За него не може да се каже дека се јавува во еден облик или дека се јавува во стандардните облици на казнено дело. Како што веќе нагласивме, нејзиното инкриминирање *per se* беше реткост во компаративните казнени законодавства, додека трговијата со органи на терен се почеста. Оттука, Советот на Европа во 2015 година во Сантјаго де Компостела, ја донесе Конвенцијата против трговија со човечки органи.⁸

Имено, трговијата со човечки органи може да се појави:

1. како цел на друго кривично дело, на пример, на трговијата со луѓе,
2. изолирано дело на продажба на орган од едно лице – донатор на лицето – примач
3. индивидуално дело кое се извршува со помош на посредник
4. дело на соучесничка форма (поттикнување или помагање)
5. посебен облик на транснационален организиран криминал, итн.

Дефиницијата на Советот на Европа за трговијата со човечки органи според греспоменатата Конвенција е определена како: секое постапување со

⁷Annual report 2015,

https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=AR_ET_20153.pdf

⁸Council of Europa Convention against Trafficking in human Organs, достапна на <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216>

орган, ткиво или клетка добиени и пренесени надвор од националниот правен систем за трансплантацијата на органи. Трговијата со органи опфаќа купување и продавање на органи од живи донатори, како и кражба на органи од починати лица.

Таа може да се подведе под општата, универзална забрана за остварување профит од човечкото тело и неговите делови (комодификација и комерцијализација) што е казниво со повеќе меѓународни конвенции и со националните законодавства.

Трговијата со органи е неразделно поврзана со трансплантацијата како терапевтска метода. Таа е своевидна нужна последица на константниот дефицит на органи за пресадување.

Целта на оваа Конвенција е спречувањето и сузбивањето на овој вид на криминал, заштита на правата на жртвите и олеснување на соработката на национално и меѓународно ниво во преземањето на акции против трговијата со органи.

Конвенцијата предвидува обврски за државите – потписнички за измени на материјалното казнено законодавство во насока на инкриминирање на низа дејствија и облици на трговија со органи, а предвидува и казнивост на поттикнувањето и помагањето, на обидот за делото и воведување на казнена одговорност на правните лица за овие дела.

4. „Географија“ на трговијата со човечки органи

Иако по правило државите кои се во транзиција и се карактеризираат со висока стапка на сиромаштија беа држави од кои доаѓаа продавачите на органи, денес веќе и да не постои цврста шема каде сè може да се одвива процесот кој го сочинува битието на делото трговија со органи.⁹

⁹ Подетално в. Деаноска, А., Трговијата со човечки биолошки материјал како (нов) облик на криминалитет, објавено во Зборник на Правниот факултет во чест на Панта Марина, скопје 2007, стр. 307-319.

Така, во **Бразил** постојат атипични облици на трговија со човечки органи и ткива во форма на т.н. “компензирано подарување”. Жртвите се најчесто сиромашни лица кои работат во домашни служби, фабрики и сл. и од страна на нивните претпоставени им се ветува сигурно работно место, решавање на станбеното прашање и друг вид на корист како компензација за донирање на орган. На тој начин со искористување на нивната подредена положба, богатите и моќни жители на Бразил си го обезбедуваат своето здравје и живот¹⁰. Неретко се среќаваат и случаи на подарување на органи меѓу роднини во замена за подароци во облик на недвижности.¹¹

Во **Иран**, пак, трговијата има организирана форма и е контролирана од страна на две невладини организации кои се поддржани од Владата. Нивната улога е посредничка, тие ги поврзуваат донаторите и реципиентите, ги организираат сите предтрансплантациски медицински постапки и по пресадувањето му овозможуваат на донаторот финансиска награда.¹²

Трговијата со органи во **Украина** стана отворено прашање со откривањето на група медицински персонал, лекари специјалисти вклучени во вадење и продажба на внатрешни органи од лица жртви во сообраќајни несреќи.¹³

Не треба да се занемарат ни податоците со кои располагаат невладините организации за правата на човекот за тргување со органи од деца во **Албанија, Грција и Италија**, односно меѓу Албанија и Грција и меѓу Албанија и Италија. Невладината организација “Центар за детските човекови права на Албанија” (членка на Балканската мрежа за правата на човекот) во повеќе соопштенија за јавноста укажува на потребата од притисок врз Албанскиот парламент за

10 в. Ram Vidya, "International traffic in human organs", INM, Vol.19 - Issue 07, 2002, стр. 1

¹¹ Scheper – Huges, "The new cannibalism", Report, BTF, 1997, стр. 4

¹² в. Ram Vidya, op.cit., стр. 2.

¹³ в. <http://english.pravda.ru/cis/2001/08/13/12431.html>

верификување на информациите за трговија со човечки органи земени од деца во Албанија.¹⁴

Купувачи на органите во **Кина**, кои седобиени во најголем дел од егзекутираните кинески затвореници, се жителите на Тајван, Хонг Конг, Кореја и Сингапур. Во определени случаи цената достигнува и до 30.000 \$ за орган.¹⁵ Во еден од извештаите на *Bellagio Task Force* е наведена цела листа на цени на органи од Кина (црн дроб 25.000 \$, бубрег 20.000\$, панкреас и рожници 5.000 \$ за пар).¹⁶

Се смета дека уште во 1984 година по откривањето на анти-имуносупресантот “циклоспорин”, Кина го усвоила т.н. “Правило 1984”: “Правила кои се однесуваат на користењето на лешевите или органите од лешевите на егзекутирани затвореници”. Во самиот правен акт е утврдено дека користењето на лешевите или органите од егзекутираните криминалци ќе се држи во строга тајност заради избегнување на негативните реперкусии.¹⁷

Типичниот донатор, според Coalition for Organ Failure Solutions, доаѓа од сиромашна држава (на пример, Филипини), има во просек 29 години, припаѓа на машкиот пол и има просечен годишен приход од 480 американски долари. Типичниот реципиент на органот, пак, доаѓа од богата држава (на пример, Израел), има во просек 48 години, од машки пол и просечен годишен приход од 53.000 американски долари.¹⁸

¹⁴ в. *CRCA: The Albanian Parliament and Government should take urgent measures to verify the information related to trafficking of organs of Albanian children*, press statement, Tirana, 12. 05. 2004, www.crca.org.al.

¹⁵ в. Scheper – Huges, op.cit. стр. 2

¹⁶ в. *Bellagio Task Force, Report, Illegal Human Organ Trade from Executed Prisoners in China*, Chapter: Legal Clusters, 2001, стр. 3

¹⁷ в. *The Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity and the International Traffic in Organs*, 1997, стр. 6

¹⁸Organs Watch, <http://cofs.org/home/>

5. Заклучни забелешки и предлог

Трговијата со човечки органи и ткива претставува „добро утврден факт“ - како што е наведено во Преамбулата на Конвенцијата против трговија со човечки органи на Советот на Европа од 2015 година и со цел нејзина ерадикација потребно е инкриминирање на овој облик на криминал сам за себе (*per se*) што ќе биде дополнување на меѓународната и компаративноправната рамка за сузбивање на трговијата со луѓе, каде што досега трговијата со органи се јавуваше единствено како цел на првото дело.

Овој облик на криминал претставува консеквенција на постојаниот дефицит на органи за пресадување кои може да се обезбедат по легален пат, па оттука регионалната и глобална соработка треба да биде во насока на превентивно дејствување во насока на правилна алокација и размена на расположливите органи за пресадување.

Казненоправната заштита како *ultima ratio* која постои во инкриминациите за недопуштено пресадување на делови од човечкото тело заради лекување и за трговија со луѓе и трговија со деца треба да биде надополнета. Иако со донесувањето на новиот Закон за земање и пресадување на делови од човечкото тело заради лекување во 2011 година трговијата со човечки органи и ткива беше инкриминирана, оваа инкриминација беше избришана во 2014 година, па согласно новата Конвенција на Советот на Европа, ваквиот чекор ќе претставува идна обврска за законодавецот.

Според тоа, предлагаме во Кривичниот законик на Република Македонија да се инкриминираат дејствијата на секое постапување со орган, ткиво или клетка добиени и пренесени надвор од националниот правен систем за трансплантацијата на органи, при што ќе се опфатат дејствијата на купување и продавање на органи од живи донатори, како и кражбата на органи од починати лица (кадавери). Висината на пропишаната казна затвор треба да соодветствува на заштитеното правно добро и да е во рамките на делата кои имаат сличен карактер, како што е на пример, трговијата со луѓе, со соодветен опфат на привилегираните и квалифицираните облици.

Aleksandra Deanoska – Trendafilova, Associate Professor
Faculty of Law “Iustinianus Primus”
University Ss. Cyril and Methodius - Skopje

THE TRAFFICKING IN HUMAN ORGANS AND THE GLOBAL ACTION FOR ITS SUPPRESSION

Summary

In this paper, the issue of the trafficking in human organs and tissues is elaborated, which according to the author represents typical form of the bio-crime and one of the more frequent forms of organized crime. The appearance of such a crime is not new and it was due to the large deficit in the organs and tissues for transplantation as therapeutic method as a last solution for many diseases in the terminal phase.

Penal legislations from comparative perspective almost do not recognize criminalization of trafficking in human organs and tissues, but the trafficking in people for the purpose of organ procurement dominates.

The author through the analysis of the waiting lists for transplantation organs, the analysis of manifestations of this crime and the emphasis on the Convention of the Council of Europe for the fight against trafficking in human organs, indicates the need and gives a concrete proposal for the criminalization of this offence *per se*.

Key words: transplantation, trafficking, organs, criminal offence, deficit

др Новак Крстић*
др Жарко Димитријевић**

У КОЈОЈ МЕРИ ПРОПИСИ О НУЖНОМ НАСЛЕЂИВАЊУ УГРОЖАВАЈУ ПРАВНУ СИГУРНОСТ ОСТАВИОЧЕВИХ ПОКЛОНОПРИМАЦА?¹

347.67/.68(497.11:497.7)
Original Research Paper

Апстракт: *Наследноправне регуле које уређују нужно наслеђивање конструисане су тако да преваходно штите интересе нужних наследника. Када је нужни део повређен поклонима, прописан је круг поклона из којих се нужни део намирује, и редослед његовог намирења из поклоњених добара. У раду аутори, кроз упоредноправну анализу законских решења која регулишу одговорност поклонопримаца за измирење нужног дела, настоје да сагледају да ли се и у којој мери постојећим решењима угрожава правна сигурност поклонопримаца, будући да они, у циљу намирења нужног дела, могу остати без вредности онога што су бестеретно стекли годинама након што су примили поклон. Свакако, читав проблем аутори посматрају и кроз призму заштите интереса нужних наследника, као примарног принципа, те се у раду износе идеје о томе које би решење било најцелисходније да се оствари баланс између заштите интереса нужних наследника с једне стране, и поклонопримаца, с друге стране, и тиме обезбеди виши степен правне сигурности за поклонопримце.*

Кључне речи: нужни део, нужни наследници, поклони, поклонопримци, правна сигурност.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Регуле наследнога права уређују прелазак оставиочеве заоставштине на његове универзалне и сингуларне сукцесоре, истовремено у друштвено пожељне границе уоквирујући, пре свега, слободу завештања, а у одређеној мери и слободу оставиоца да добродично располаже својом имовином правним пословима *inter vivos*. Установом нужног дела штите се имовински интереси

* Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу.

** Јавни извршитељ.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја, за коаутора доц. др Новака Крстића.

најближих чланова оставиочеве породице, тако што им се гарантује право на законом утврђену, минималну вредност из заоставштине.

Премда се нужни део првенствено формирао „*као антитеза потпуне слободе тестаментарног располагања имовином од стране оставиоца*“,² и представља „*садржински најефикасније ограничење слободе тестирања*“,³ такође се профилисао и као институт којим се ограничава слобода доброчином располагања правним пословима *inter vivos*, односно слобода поклањања. Нужни део, наиме, може бити повређен завештајним располагањима и поклонима, а у оним правима која познају уговор о наслеђивању – и темељем овог правног посла. Иако ограничење слободе поклањања ни садржински, ни квалитативно, нити по свом обиму није ни приближно степену ограничења слободе завештања, његов значај у правном животу није мали, будући да сачињавање завештања није тако често у пракси.⁴ Стога се неретко дешава да нужни део буде повређен само поклонима, које је оставилац чинио за живота.

Када је нужни део повређен поклонима, може се догодити, а у пракси се често и дешава, да један или више поклонопримаца, услед обавезе измирења нужног дела, у потпуности или делимично, остане без вредности поклона који је добио од оставиоца дуги низ година пре његове смрти. У раду ћемо се управо бавити правним положајем поклонопримаца - дужника нужног дела, и питањем да ли и у којој мери норме нужног наслеђивања угрожавају њихову правну сигурност. За разматрање питања правне сигурности поклонопримаца, значајна су три аспекта:

² Б. Марковић, *Закон о наслеђивању – са објашњењима и напоменама*, Београд, 1955, стр. 113.

³ О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација, Београд, 1983, стр. 19.

⁴ Видети о томе истраживање које је проф. Драгица Живојиновић спровела: Д. Живојиновић, *Завештање у судској пракси*, Правни живот бр. 10/2004, стр. 294 и даље. Сматра се да сачињавању завештања од свих европских народа најчешће прибегавају Шпанци, где се готово половина заоставштине расправи према последњој вољи оставиоца. Видети: S. Cámara Lapuente, *New Developments in the Spanish Law of Succession*, InDret, no. 4/2007, стр. 6. Рад је доступан на интернет адреси: http://www.indret.com/pdf/493_es.pdf.

1. поклони учињени којим лицима као поклонопримцима улазе у обрачунску вредност заоставштине, те се из њих и може намирити нужни део;

2. временски оквир, посматрано од тренутка смрти оставиоца-поклонодавца, у оквиру кога су смештени поклони чија се вредност прирачунава у обрачунску вредност заоставштине, и

3. начин на који се нужни део намирује из поклона, тј. да ли је међу поклонима успостављен тзв. принцип следореда приликом подмирења нужног дела, или се он намирује из свих поклона сразмерно њиховој вредности.

Значајан може бити и четврти аспект: која то добродина давања не улазе у ОВЗ, те се њима и не може повредити нужни део, али се овим питањем нећемо посебно бавити у овом раду.

ЦРТИЦЕ О ПРАВНОЈ СИГУРНОСТИ

Правну сигурност у односу на наведене аспекте треба посматрати као основни, темељни принцип права и правне државе. „Правни поредак почива на формалном извору права и обезбјеђује му одговарајуће друштвене посљедице, у првом реду правну сигурност и правну једнакост. Правна сигурност проистиче из чињенице да извори права успостављају правне норме, према којима се може оријентисати људско дјелање, док правна једнакост проистиче из чињенице да извори права обезбјеђују опште норме (које регулишу све случајеве исте врсте, на исти начин и субјекте стављају у исти положај)“⁵.

Једна од основних обавеза државе јесте гарантовање правне сигурности. То се фактички, у односу на конкретно поменуте аспекте, огледа у гарантовању права на једнакост поступања у истоврсним ситуацијама. Грађанин, као потенцијални наследник, или као поклонопримац, не сме имати недоумице у односу на важење правних прописа, као и у односу на своја права и обавезе који проистичу из важећих правних правила. Од судског система се

⁵ М. А. Перовић, Филозофија права – наставни материјал, стр.3.

очекује остваривање елемента предвидивости, односно да се истоврсне законске одредбе на исти начин тумаче на целој територији државе. Недопустиво је да у једној модерној држави грађани имају страх од арбитрерности судова и појединачних тумачења прописа. Стога, треба изградити систем који омогућава усаглашавање правне праксе која ће подићи ниво правне предвидљивости у конкретним ситуацијама.

Надаље, и сами прописи морају бити кохерентни, јасни и такви да се њима, интереси појединих субјеката не штите у толикој мери да иду науштрб других. Неретко, правна правила којима је дефинисан један институт нису у потпуном складу са правним правилима која регулишу други. На тај начин нарушава се принцип правне сигурности, јер су управо такве ситуације подобне за слободно тумачење судова и за давање предности једном, односно другом институту, што се кроз судске одлуке преноси на странке, и огледа у фаворизовању једне или друге странке у судском поступку.

Из тог разлога правне прописе треба тумачити униформно. Најверније тумачење прописа јесте тумачење законодавца, односно његовог доносиоца, али то је реткост у правном систему Републике Србије. Тумачење прописа је пренето на судске органе, као стручне за примену, а не стварање нових правила кроз тумачење прописа ради примене на конкретне ситуације.

И поклонопримци и поклонодавци морају имати јасну слику о правним последицама правних послова које закључују, а нарочито о правилима која регулишу нужно наслеђивање у односу на учињене поклоне.

ПОКЛОНИ КОЈИМА СЕ НУЖНИ ДЕО МОЖЕ ПОВРЕДИТИ

2.1. Основне напомене о прирачунавању поклона у обрачунску вредност заоставштине

Да бисмо дошли до одговора на питање из наслова овог рада, најпре ћемо указати који то поклони „улазе“ у тзв. обрачунску вредност заоставштине, сагледавајући решења из упоредног права, као и права Србије и Македоније. Нужни део може бити повређен само оним поклонима чија се вредност урачунава у обрачунску вредност заоставштине, у мери у којој њихова вредност премаша расположиви део заоставштине. Обрачунска вредност заоставштине (ОВЗ) јесте рачунска категорија, која представља основицу за вредносно исказивање појединачног нужног дела, фиктивна у смислу да ова вредност не припада оставиоцу у тренутку његове смрти, већ „у ствари представља сву чисту имовину коју је оставилац имао на располагању за свога живота“.⁶ Представља збир чисте вредности заоставштине и вредности одређеног, законом дефинисаног круга поклона, које је током живота чинио оставилац.

Ratio импутирања поклона у основицу за израчунавање нужног дела лежи у чињеници да оставилац може добротним располагањима, правним пословима *inter vivos*, у потпуности исцрпети или значајно умањити своју заоставштину, и на тај начин изиграти интересе својих нужних наследника.⁷ Због тога се сматра да поклонопримци примају поклон под прећутним

⁶ М. Крећ, Ђ. Павић, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, стр. 110.

⁷ „Кад то не би било тако, оставилац би све оно што му не би било дозвољено учинити тестаментом учинио (односно могао учинити) бесплатним правним пословима за живота, чинећи тако заштиту нужних насљедника и цијели тај правни институт потпуно стерилним, управо идеалним за ‘заобилажење’. Логично је, дакле, да држава која признаје институт нужног дијела изгради и одговарајући правни инструментариј који ће омогућити његово пуно поштивање и постизање циљева због којих је и усвојен у једном правном систему као његов саставни дио“. Н. Каџер, *Koji se darovi uzimaju u račun u svezi utvrđivanja vrijednosti ostavine*, *Zakonitost*, бр. 7–8, Zagreb, 1991, стр. 870.

законским условом – они поклоњено добро у потпуности задржавају, ако његова вредност не задира у нужни део.⁸

2.2. Актуелна решења у европским законодавствима

У правима држава која припадају европско-континенталној породици права, и која познају установу нужног дела, наилазимо на различита решења у погледу круга поклона који улазе у ОВЗ. Дистинкција постоји и у погледу тога која *inter vivos* доброчина давања се узимају у обзир (по правилу, у ОВЗ се импутирају поклони који су учињени у оквиру дефинисаних временских лимита пре смрти оставиоца-поклонодавца), а у појединим законодавствима и према томе у чију су корист поклони учињени. Ипак, оно што је заједничка карактеристика готово свих права јесте да се одређени круг поклона, које је оставилац чинио, узимају у обзир приликом израчунавања вредности заоставштине која служи као основица за вредносно исказивање нужног дела.⁹

Поједина права не чине разлику међу поклонопримцима, већ све поклоне, када је у питању повреда нужног дела, једнако третирају. То је случај са Немачком, Француском, Италијом, Мађарском, а у ову групу земаља спада и Македонија. У побројаним правним системима, сви поклони учињени у одређеном периоду пре делације оставиоца, прирачунавају се у ОВЗ. Права Аустрије, као и бивших југословенских република, осим Македоније, карактерише разликовање правног третирања поклона учињених законским наследницима оставиоца и лицима која не улазе у овај круг субјеката.

У оним законодавствима у којима сви поклони имају једнак третман, наилазимо на значајну диверзификацију решења у погледу дефинисања

⁸ Б. Благојевић, *Наследно право ФНРЈ*, Београд, 1958, стр. 366.

⁹ Изузетак постоји у норвешком праву, где се нужни део израчунава од нето вредности заоставштине, будући да се поклони не узимају у обзир приликом израчунавања вредности заоставштине, те оставилац поклонима може расподелити читаву своју имовину и тако онемогућити нужне наследнике да у било ком виду и у било којој мери учествују у расподели његових имовинских добара. Видети о томе: P. Hambro, *Limitations on the Freedom of Testation, Inheritance Law – Challenges and Reform*, A Norwegian-German Research Seminar (eds. T. Frantzen), Berlin, 2013, стр. 90.

временског лимита у оквиру кога поклони улазе у ОВЗ. Највећи степен правне заштите нужних наследника, у овом погледу, предвиђају грађански законици Француске¹⁰ и Италије¹¹ код којих се у ОВЗ урачунава вредност свих поклона, када год, и коме год били учињени. С друге стране, најрестриктивнији је, у том погледу, македонски легислатор, који предвиђа да се у обзир узимају само поклони учињени у последњих 90 дана живота оставиоца.¹² Овакво решење у значајно мањој мери штити нужне наследнике у компарацији са другим правима.¹³

У немачком праву, у основицу за израчунавање нужног дела улазе поклони учињени у десет последњих година живота поклонодавца, како трећим лицима, тако и нужним наследницима.¹⁴ Ако је поклон учињен супрузи (односно цивилном партнеру), рок од десет година не почиње да тече пре престанка брака (односно цивилног партнерства).¹⁵

¹⁰ Видети: чл. 922 Француског грађанског законика, из 1804. године (*Code Civil des Français*; даље: ФГЗ).

¹¹ Видети: чл. 556 Грађанског законика Италије, из 1942. године (*Codice Civile*; даље: ГЗИ). Ближе о томе: А. Fusaro, *Freedom of Testation in Italy, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, (eds. М. Anderson, Е. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, 2011, стр. 197.

¹² Видети: чл. 33, ст. 1, тач. 3 Закона за наследувањето Македоније („Службен весник на РМ“, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон; даље: ЗОНМК). У македонској литератури оправдано се критикује овакво решење, уз констатацију да упоредно право не познаје тако кратак рок за прирачунавање поклона у обрачунску вредност заоставштине. Видети: А. Ristov, *The Freedom of Testamentary Disposition in the Macedonian Succession Law*, *Iustinianus Primus Law Review*, No. 7, Vol. 4, 2013, стр. 6. Рад доступан на интернет адреси: <http://www.law-review.mk/pdf/07/Angel%20Ristov.pdf>. Приступ сајту: 27. 07. 2016. године.

¹³ Уочавајући овај недостатак, Комисија за израду Грађанског законика Македоније предлаже продужење овог рока, тако да се вредност поклона учињених у последње 3 године живота поклонодавца импутира у ОВЗ. Видети: Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Кодификација наследног права у Републици Македонији*, Правни живот, бр. 10/2013, стр. 459.

¹⁴ Врховни суд Немачке заузео је став да се при поклањању непокретности узима да је рок почео да тече од уписа својине на име поклонопримца у земљишним књигама (одлука BGHZ 102, 289 = NJW 1988, 821). Ипак, ако је поклонодавац задржао право доживотног плодоуживања, овај рок не тече, без обзира што је поклонопримац уписао право својине (одлука BGH NJW 1994, 1791 = JZ 1994, 1120). Наведено према: D. Leipold, *Erbrecht, Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen, 2002, стр. 313.

¹⁵ Видети: § 2325, ст. 3 и § 2327 Немачког грађанског законика, из 1896. године (*Bürgerlichen Gesetzbuches*; даље: НГЗ).

У Мађарској се у ОВЗ прирачунавају сви поклони учињени у последњих 10 година живота оставиоца.¹⁶ При томе, мађарски законодавац определио се за решење слично оном коме је прибегао аустријски легислатор: у обзир се не узимају поклони који су учињени пре него што је настао однос између завештаоца и нужног наследника из којег је произашло право на нужни део (нпр. уколико је поклон учињен пре венчања, или рођења детета, супружник, односно дете, неће моћи да намире нужни део из тог поклона).¹⁷

У правима која различито третирају поклоне учињене законским наследницима оставиоца и трећим лицима, нема значајнијих разлика у погледу временског оквира у коме су смештени поклони који улазе у ОВЗ. Разлог томе лежи у чињеници да решења у правима земаља бивше Југославије за своју основу имају савезни Закон о наслеђивању из 1955. године, те никакве измене, у овом погледу, од тада нису учињене. Истовремено, наследно право на овим просторима у значајној мери је утемељено на правилима Аустријског грађанског законика, те отуда сличност у одабраној законској солуцији у овим правима.

У Аустрији, поклони учињени трећим лицима улазе у ОВЗ ако су учињени у последње две године живота поклонодавца, док поклони учињени нужним наследницима не подлежу временским ограничењима.¹⁸ Притом, треба истаћи да се аустријски легислатор определио за занимљиво законско решење: поклони који су учињени пре рођења детета које има право на нужни део, као и поклони учињени пре склапања брака, неће се урачунати у ОВЗ, приликом израчунавања вредности нужног дела и утврђивања постојања његове повреде.¹⁹

¹⁶ Арг. из § 7:81, ст. 1 под а) Грађанског законика Мађарске, из 2013. године (*Polgári Törvénykönyv*; даље: ГЗМ).

¹⁷ Z. Csehi, *The Law of Succession in Hungary, The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, (eds. M. Anderson, E. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, 2011, стр. 182–183.

¹⁸ Видети: § 785, ст. 3 Аустријског грађанског законика, из 1811. године (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer*; даље: АГЗ).

¹⁹ Видети: § 785, ст. 2 АГЗ.

Преузимајћи одредбу из савезног Закона о наслеђивању из 1955. године,²⁰ наследноправни прописи Словеније, Федерације БиХ и Црне Горе стипулишу да у ОВЗ улази вредност свих поклона које је оставилац учинио на ма који начин неком законском наследнику (па и поклона учињених наследницима који се одричу наследства, као и поклона који се наследницима не урачунавају у наследни део), а такође и вредност поклона учињених у последњој години живота лицима која нису интестатски наследници.^{21,22} Сличну одредбу садржи и Закон о наслеђивању Хрватске, с том разликом што хрватски законодавац прецизира да се у обзир узимају поклони учињени законским наследницима, без обзира да ли наслеђују оставиоца.²³

И у праву Србије, у основицу за исказивање нужног дела улазе поклони које је оставилац чинио законским наследницима било када, и на који год начин, током живота, као и поклони које је учинио онима који нису законски наследници, у последњој години живота,²⁴ без обзира да ли је овим

²⁰ Видети: чл. 33, ст. 4 и 5 савезног Закона о наслеђивању, из 1955. године („Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/1955 и „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/1965 и 47/1965; даље: ЗОН из 1955. године).

²¹ Видети: чл. 28, ст. 4 Zakona o dedovanju Slovenije („Uradni list SRS“, бр. 15/1976, 23/1978, „Uradni list RS“, 13/1994-ZN, 40/1994 – Odl. US, 117/2000 – Odl. US, 67/2001, 83/2001-OZ, и 31/2013 – Odl. US; даље: ЗОНСЛ), чл. 31, ст. 3 Zakona o nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije BiH“, бр. 80/2014; даље: ЗОНБИХ) и чл. 30, ст. 4 Zakona o nasljeđivanju Crne Gore („Službeni list CG“, бр. 74/2008; даље: ЗОНЦГ).

²² О томе ко се сматра законским наследницима у смислу наведених одредби дуго су се водиле расправе у теорији. Преовладало је екстензивно тумачење наведених одредби, према коме се под законским наследницима поимају сва лица која улазе у круг интестатских наследника, без обзира да ли наслеђују *in concreto*. Видети: С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 198; О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, стр. 319; Н. Каџер, *op. cit.*, стр. 873; N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 235. За црногорско право заступа се мишљење да поклон учињен ванбрачном партнеру било када, чак и ако ванбрачни партнер не испуњава услове за законског наследника (у случају да је ванбрачна заједница нелегитимна или је престала пре смрти оставиоца), увек улази у обрачунску вредност заоставштине, будући да ванбрачни партнер спада у круг законских наследника оставиоца. Д. Ђурђевић, *Основи наследног права Црне Горе*, Подгорица, 2010, стр. 243.

²³ Видети: чл. 71, ст. 3 Zakona o nasljeđivanju Hrvatske („Narodne novine“, бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015; даље ЗОНРХ).

²⁴ Видети: чл. 48, ст. 3 и 4 Закона о наслеђивању Србије („Службени гласник РС“, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015; даље: ЗОН).

поклонима, у конкретном случају, повређен нужни део или не. Настојећи да разреши пређашњу дилему о томе ко се сматра законским наследницима, законодавац је, опет различитим тумачењима подложном формулацијом, стипулисао да се у ОВЗ прирачунава вредност поклона учињених законским наследницима, без обзира у ком се наследном реду налазе, да ли хоће и могу да наследе. Оваква формулација имплицира најшири круг лица која могу бити наследници *ab intestato*, те у обзир треба узети све поклоне потенцијалним законским наследницима, чак и онда када су се они одрекли наслеђа, оглашени недостојним за наслеђивање и сл.²⁵ Тиме су се очигледно желели заштитити интереси нужних наследника, науштрб интереса поклонопримаца-законских наследника.

Будући да су нужни наследници посебна категорија законских наследника, поклони учињени њима биће урачунати у ОВЗ када год да су учињени, док се вредност поклона учињених завештајним наследницима, који нису истовремено и законски наследници, узима у обзир само ако су учињени у последњој години живота оставиоца.

3. НАЧИН НАМИРЕЊА НУЖНОГ ДЕЛА ИЗ ПОКЛОНА

Различити правни системи прописују разноврсне правне механизме за заштиту нужног дела и начине његовог подмирења. Редослед наплате нужног дела из оставиочевих добротиних располагања, у свакој конкретној ситуацији, условљен је правним послом којим је нужни део повређен. У највећем броју права успостављен је принцип следореда, те се нужни део првенствено намирује из завештајних располагања,²⁶ која се смањују сразмерно вредности

²⁵ У појединим случајевима спорно је да ли нека лица улазе у круг законских наследника, или их треба третирати као трећа лица. То је, нпр. случај када су поклони учињени супружнику пре брака, или у ситуацији када је поклон учињен супружнику у браку, а он из законом предвиђених разлога (чл. 22 ЗОН) изгуби право наслеђа. О овој дилеми више: Н. Крстић, *Повреда и заштита права на нужни део*, докторска дисертација, Ниш, 2015, стр. 152-153.

²⁶ У већини права која допуштају закључење уговора о наслеђивању, у погледу намирења повређеног нужног дела располагања овим послом имају идентичан

коју је примио сваки завештајни наследник или испорукопримац, а тек уколико завештања нема, или вредност завештајних располагања није довољна да се нужни део обезбеди, под удар закона долазе поклони (такав је случај у правима Француске, Аустрије, Италије, Мађарске, Словеније, Хрватске, Босне и Херцеговине, Црне Горе, Македоније и Србије).^{27,28}

Одређене разлике постоје у начину намирења нужног дела из поклона. У француском праву, поклонопримци дугују исплату нужног дела у зависности од тренутка стицања поклона. Дужници облигације нужног дела првенствено су даропримци који су дар примили најближе тренутку смрти дародавца. Уколико вредност поклона није довољна, нужни део ће се наплатити из следећег поклона, и тако редом све до најстаријег,²⁹ у мери у којој поклон који им је учињен задире у нужни део.³⁰ Поклони учињени истовремено подлежу пропорционалној реституцији, али је могуће да

карактер као завештајна располагања (Немачка, Аустрија, Швајцарска). У француском праву постоји двојак режим: на уговор о наслеђивању, који је закључен као (пред)брачни уговор, у случају повреде права на нужни део, примењују се правила о редукацији која важе за поклоне, док се поклон будућих ствари у току брака, с обзиром да је он сличнији завештању, због своје опозивности, редукује после завештања, али пре поклона који су учињени касније. Према ЗОНБИХ, располагања из уговора о наслеђивању смањују се тек уколико се нужни део не може обезбедити редукацијом завештајних располагања. У мађарском праву, пак, судска пракса је заузела став да имовинска добра обухваћена овим правним послом не улазе у обрачунску вредност заоставштине и да се њиме не вређа нужни део. Због тога се у Мађарској овај уговор често закључује у циљу изигравања наследноправних претензија нужних наследника. Z. Csehi, *op. cit.*, стр. 187–188.

²⁷ То је зато што су „*тестаментална располагања по времену последњи 'поклони', јер она добијају своју важност тек смрћу оставиоца*“. Б. Благојевић, *op. cit.*, стр. 366.

²⁸ Изузетак је, унеколико, немачко право, у коме исплату нужног дела дугују санаследници, који су солидарни дужници у односу на нужног наследника, док се у међусобном односу терети онај наследник који је уместо нужног наследника постао законски наследник, а у случају сумње ово се односи и на завештајног наследника који долази на место нужног наследника (§ 2320 НГЗ). Тако, ако се као законски наследници јављају две кћери, а оставилац је уместо свог сина за наследнике завештањем именовано његове потомке, у унутрашњем односу међу санаследницима кћери ће бити дужне да исплате нужни део сину оставиоца. Пример преузет од: D. Leipold, *op. cit.*, стр. 306.

²⁹ Видети: чл. 923 ФГЗ.

³⁰ Видети: чл. 924 ФГЗ.

поклонодавац предвиди другачије.³¹ Изменама *Code Civil*-а из 2006. године, прописано је да поклонопримац може и да врати поклон у заоставштин у, уз услов да је даровано добро ослобођено свих оптерећења и да се налази у његовом поседу.³²

У Аустрији, нужни наследник се може обратити поклонопримцима да поклон врате ради отклањања недостатка до вредности нужног дела, уколико вредност завештајних располагања није за то довољна. Обдареник се може ослободити враћања поклона плаћањем износа који недостаје да би се нужни део допунио.³³ У случају постојања више поклонопримаца, намирење нужног дела дугују најпре доцнији и истовремени поклонопримци, чија је обавеза сразмерна вредности онога што су добродино примили.³⁴ Поклонопримац који је поклоњену ствар отуђио, одговара за намирење нужног дела, само уколико је био несавестан (уколико је ствар отуђио како би себе ескулипирао од одговорности за исплату нужног дела).³⁵ Намирење нужног дела дугују, свакако, и универзални сукцесори поклонопримца, али не и његови сингуларни сукцесори.

Немачки грађански законик прописује да поклонопримци учествују у намирењу императивног дела само ако се он не може наплатити од наследника, као примарних дужника.³⁶ Овлашћеник права на нужни део има право да од поклонопримаца захтева да поклоне врате у заоставштину, сходно правилима о неоснованом обогаћењу, а они се ове обавезе могу ослободити

³¹ Ово правило није кодификовано, већ га је изнедрила судска пракса. Видети: А. Delfosse, J-F. Peniguel, *La Réforme des Successions et des Libéralités*, Paris, 2006, стр. 161.

³² Видети: чл. 924-1 ФГЗ. Више: J. Maury, *Successions et Libéralités*, Paris, 2007, стр. 219.

³³ Видети: § 951, ст. 1 АГЗ.

³⁴ Видети: § 951, ст. 3 АГЗ.

³⁵ Видети: § 952 АГЗ.

³⁶ Када је оставилац поклонима располагао у корист трећих лица, титулар права на нужни део има право и на тзв. допунски нужни део (износ за који се обичан нужни део увећава, уз услов да се поклон урачунава у заоставштину). А. Röthel, *Law of Succession and Testamentary Freedom in Germany*, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, (eds. M. Anderson, E. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, 2011, стр. 164.

уколико плате повећани нужни део.³⁷ Међу даропримцима је успостављен принцип следорета, те када их има више, ранији ће бити дужан да учествује у намирењу само у мери у којој се из потоњег нужни део није могао наплатити.³⁸

У италијанском праву, поклони се враћају редоследом супротним од њиховог чињења.³⁹ Приликом редукције, непокретности које припадну нужном наследнику остају без икаквих терета. Једино када је захтев за редукцију истакнут по протеклу рока од двадесет година од уписа својине на поклоњеној непокретности, оптерећења на непокретности (нпр. хипотека) остају.⁴⁰

Мађарски законодавац, полазећи од чињенице да је нужни део облигационог карактера и да се исплаћује у новцу, а не у природи, предвидео је веома интересантно решење: сви поклонопримци дугују намирење нужног дела сразмерно стеченој вредности, без обзира на редослед чињења поклона.⁴¹ Њихова одговорност омеђена је вредношћу коју су добили, осим када је реч о другим нужним наследницима-поклонопримцима, чија је одговорност ограничена на вредност добијеног поклона која премаша њихов нужни део.⁴²

У правима балканских држава, бивших југословенских република, нужни део се намирује из поклона редоследом обрнутим од оног којим су поклони чињени,⁴³ односно сразмерно вредности поклона, ако је више

³⁷ Видети: § 2329, ст. 1 и 2 НГЗ.

³⁸ Видети: § 2329, ст. 3 НГЗ.

³⁹ Видети: чл. 559 ГЗИ. F. Pene Vidari, *Le successioni: La successione legittima e necessaria*, Milano, 2009, стр. 204.

⁴⁰ Поклонопримац, власник оптерећене непокретности која се предаје нужном наследнику, обавезан је, у том случају, да му плати износ за који је, услед постојања терета, умањена вредност ствари која припада нужном наследнику, под условом да је захтев за редукцију истакнут у року од десет година од делације поклонодавца. Видети: чл. 561 ГЗИ. Од наведеног правила постоје изузеци, у складу са чл. 2652, ст. 1, тач. 8 ГЗИ.

⁴¹ Видети: § 7:84, ст. 1, под б) ГЗМ.

⁴² Видети: § 7:85, ст. 1 ГЗМ.

⁴³ Видети: чл. 56, ст. 1 ЗОН.

поклона учињено истодобно.⁴⁴ Обавеза поклонопримаца, дакле, за разлику од завештајних стицалаца, није солидарна, нити је сразмерна вредности поклона, већ је у директној зависности од чињенице када је поклон учињен. Под удар закона долазе само они поклони који су по вредности довољни за подмирење нужног дела, у мери у којој је то неопходно. Најраније учињени поклон/поклони се, по редовном току, не враћају, а чак и када се то догоди, његово/њихово учешће у намирењу нужног дела процентуално је значајно мање од доцнијих оставиочевих поклона. Нужни део се, у том случају, намирује из пуне вредности каснијих поклона, а само из дела вредности најранијег поклона.

За квалификацију да ли је неки поклон млађи или старији, меродаван је моменат када је поклонопримац стекао својину на поклоњеној ствари.⁴⁵ Правила о редоследу намирења нужног дела из оставиочевих добротних располагања не може мењати нужни наследник, нити је суд овлашћен да таквом захтеву нужног наследника изађе у сусрет. Когентни карактер норми које уређују нужно наслеђивање, а којима је јасно и недвосмислено утврђен редослед намирења нужног дела из поклона, упућују на закључак да ни оставилац-поклонодавац не може мењати редослед међу поклонопримцима у погледу исплате нужног дела.⁴⁶

Уколико се међу поклонопримцима налази неко од осталих нужних наследника, он ће за намирење нужног дела одговорати само у мери у којој вредност поклона превазилази његов нужни део.⁴⁷ То, практично, значи да

⁴⁴ Видети: чл. 38 ЗОНСЛ, чл. 81 ЗОНРХ, чл. 41 ЗОНБИХ, чл. 40 ЗОНЦГ, чл. 42 ЗОНМК и чл. 56 ЗОН. У том смислу и: пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1717/95, од 15. 04. 1995. године (извор: *Избор судске праксе*, бр. 7–8/1996, стр. 37).

⁴⁵ *Donatio mortis causa*, будући да дејство производи у тренутку смрти дародавца, сматра се увек најдоцнијим поклоном, те се нужни део примарно намирује из његове вредности.

⁴⁶ Тако и: О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2009, стр. 411; Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 182. Супротно становиште: С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом*, Крагујевац, 2004, стр. 129.

⁴⁷ То изричито прописује § 2319 НГЗ, сходно коме нужни наследник може да одбије намирење нужног дела осталих нужних наследника, уколико би се тиме дирао његов нужни део. D. Leipold, *op. cit.*, стр. 308.

када је нужни наследник поклонима добио тачно ону вредност која одговара нужном делу, он неће ни учествовати у намирењу нужног дела оног нужног наследника коме је нужни део повређен.

У случају повреде права на нужни део поклоном који је обдареник добио, он може делимично или у потпуности остати без поклоњеног добра, ако је повређено право на нужни део као наследноправно овлашћење. У том случају, поклоњена ствар враћа се у заоставштину и припада нужном наследнику. Тада дејства уговора о поклону у потпуности престају. Када је вредност поклона већа од вредности потребне за намирење нужног дела, долази до делимичног враћања поклона – у мери у којој је то неопходно да би се нужни део намирио или допунио. Начин на који се врши делимични повраћај поклона зависи од тога да ли је предмет поклона дељива или недељива ствар. Када је предмет поклона дељива ствар, враћа се одговарајући део поклоњене ствари, а код ствари одређених по роду, враћа се одговарајућа количина исте врсте ствари.⁴⁸ Ако ствар није дељива, нужни наследник постаје сувласник са поклонопримцем на поклоњеној ствари у одређеном уделу.⁴⁹

Када се нужни део исплаћује у новцу, поклоњено добро остаје у својини поклонопримца, његов правни режим не трпи никакве промене, али ће даропримац до вредности добијеног поклона дуговати исплату нужног дела, у обиму у коме вредност поклона задире у нужни део.

⁴⁸ Д. Лазаревић, *Уговор о поклону*, Београд, 2010, стр. 269.

⁴⁹ В. Vizner, *О правној судбини нужног дијела у случају одрицања нужног наследника од насљедства*, Правни живот, бр. 6/1967, стр. 285; О. Антић, З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 267.

4. У КОЈОЈ МЕРИ ЈЕ УГРОЖЕНА ПРАВНА СИГУРНОСТ ПОКЛОНОПРИМАЦА, ДУЖНИКА НАМИРЕЊА НУЖНОГ ДЕЛА?

4.1. Разматрање регулативе о поклонима који улазе у обрачунску вредност заоставштине

Приликом одређивања да ли, и у којој мери, нужни део може бити намирен и из учињених поклона, сваки законодавац покушава да помири два супротстављена захтева: да што потпуније заштити имовинске интересе нужних наследника, али и да, с друге стране, заштити правну сигурност и извесност у правном промету поклонопримаца, како поклон не би био несигуран правни посао, посматрано из угла поклонопримца.⁵⁰ Што је круг поклона којима се нужни део вређа шири, то је правни положај нужних наследника бољи, а поклонопримаца тежи.

Будући да у француском и италијанском праву нема временског лимита у погледу поклона којима се нужни део може вређати, то су у овим правима интереси даропримаца и њихова извесност у правном промету највише угрожени. На супротном полу налази се македонско право, које, према важећем решењу, даропримцима гарантује веома висок степен правне сигурности. У осталим законодавствима, која су била предмет анализе, легислатори су се определили за "средња" решења, прописујући дуже или краће временске оквире у које су "смештени" поклони који се прибрављају у ОВЗ.

Посебну категорију чине права која су се определила за различит третман поклона учињених законским наследницима оставиоца и трећим лицима (све данас самосталне државе, а некад бивше републике СФРЈ и Аустрија). Неповољнији положај лица која улазе у круг законских наследника оставиоца објашњава се тиме што због сродничких и брачних веза са

⁵⁰ Н. Крстић, *О прирачунавању поклона у обрачунску вредност заоставштине*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 62/2012, стр. 442.

оставиоцем имају бољи увид у његове имовинске прилике, те могу барем наслутити, приликом закључења уговора, да ће поклоном бити оштећени нужни наследници.⁵¹ Они своју савесност, у том смислу, не могу доказивати.⁵²

Велико је питање, међутим, да ли овакво решење има своје оправдање и утемељење у реалном животу. Имовинске прилике сваког лица су променљиве, а будући да поклони могу бити учињени и деценијама пре смрти, не може се од будућих, потенцијалних интестатских наследника очекивати да имају свест о томе да ће се поклонима које су примили повредити нужни део неком од нужних наследника, нити да ће, у том случају, бити истакнут захтев да се нужни део намири.⁵³ То се свакако не може очекивати од оставиочевих даљих сродника, који спадају у ред његових потенцијалних наследника, али који то *in concreto* нису, нити, због постојања сродника из ближе парентеле, то могу постати (осим у случају да сви наследници ближег наследног реда не могу или не желе да наследе). Они рођаци оставиоца који нису у наследном реду који се позива на наслеђивање, и који немају реалну наду да ће постати наследницима на основу закона, имају у сваком смислу те речи положај трећих лица. Њихову правну ситуацију законодавац треба да препозна, и да ове субјекте, који нису у наследном реду који наслеђује, третира као трећа лица.

Истодобно, појединим лицима која су ван круга законских наследника (то је нарочито случај са ванбрачним партнерима, потомцима ванбрачних партнера, истополним партнерима, али и блиским пријатељима и комшијама), околности под којима се поклонодавац определио за чињење дарова могу бити познатије него неким потенцијалним законским наследницима, јер је са њима

⁵¹ Д. Ђурђевић, *Институције наследног права*, Београд, 2015, стр. 214.

⁵² Видети: одлука Врховног суда Србије, Рев. 180/03, од 28. 10. 2004. године. Наведено према: О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд, 2009, стр. 126.

⁵³ У тренутку чињења поклона није познато ко ће кога надживети, нити ко ће кога наследити, као ни која лица ће имати правни положај нужних наследника поклонодавца.

оставилац често био у много ближим односима него са сродницима из друге или треће парентеле.⁵⁴

Стога, очигледно драстично повољнији положај поклонопримаца који уједно нису и законски наследници, не чини нам се оправданим. Решење је проблематично посматрано и кроз призму интереса нужних наследника, чије право на нужни део може бити угрожено услед веома кратког рока од годину дана, за поклоне учињене трећим лицима, из којих се може наплатити њихово потраживање. Тиме се отвара пут и за злоупотребе од стране оставиоца, који поклонима у корист ових субјеката може да заобиђе своје нужне наследнике. Наведеним опредељењем легислатора, правној сигурности поклонопримаца који нису законски наследници даје се превага у односу на право нужних наследника на нужни део, док је, у исто време, правна сигурност и извесност у правном промету интестатских наследника и те како угрожена. Нарочито је тежак положај поклонопримаца када се нужни део намирује *in natura*, услед чега могу делимично или у потпуности остати без добра које су добродично стекли дуги низ година пре смрти оставиоца, јер га у циљу измирења нужног дела морају вратити у заоставштину.⁵⁵

Зато се у теорији износи став да би у обрачунску вредност заоставштине требало да уђу они поклони који су даровани интестатским наследницима у периоду од десет последњих година живота оставиоца-поклонодавца, док би поклони учињени осталим лицима били узети у обзир уколико су учињени у три задње године живота.⁵⁶ Сматрамо да су ови

⁵⁴ Н. Крстић, *О прирачунавању поклона у обрачунску вредност заоставштине*, стр. 436.

⁵⁵ „... Стога се у пракси догађа да поклонопримац користи као власник некретнину годинама пре смрти поклонодавца у коју улаже и повећава њену вредност, потом буде тужен при истеку рока од три године ради повреде нужног дела и након дуготрајне парнице (оптерећене бројним доказима те вештачењем вредности поклона), дође у ситуацију да након дугог периода власништва, враћа део поклона. Његова правна сигурност по протеклу веома дугог периода бива нарушена“. Ј. Боровач, *Ограничења аутономије воље поклонодавца код уговора о поклону*, Правни живот, бр. 5–6/2008, стр. 189–190.

⁵⁶ Н. Крстић, *О прирачунавању поклона у обрачунску вредност заоставштине*, стр. 442-443.

временски периоди адекватни и довољно дуги како би се спречило изигравање нужних наследника, и заштитило поуздање у сигурност правног промета поклонопримаца. Истовремено би се и однос између законских наследника и трећих лица у погледу третмана добијених поклона свео у разумне оквири и избегла постојећа неоправдана диспропорција.

4.2. Разматрање регулативе о редоследу намирења нужног дела из поклона

Веома је спорна оправданост решења, које постоји у готово свим правима која су била предмет сагледавања, по коме се из поклона нужни део намирује полазећи само од једног параметра: од тренутка када је поклоњено добро стечено. То значи да ће неки поклонопримци бити дужни да добијени поклон врате у потпуности, други само делимично, а поједини поклонопримци, који су најраније стекли поклоњена добра, могу стечено, на име доброчиног давања, задржати у потпуности.

Солуција по којој се нужни део има најпре остварити из најдоцније учињеног поклона, а ако његова вредност није довољна – из ранијег, редоследом обрнутим од чињења поклона, све док се нужни део у потпуности не намири, оправдава се чињеницом да се на тај начин штите интереси ранијих поклонопримаца, јер се тиме у мањој мери задире у правна стања давно заснована пријемом поклона. Осим тога, истиче се да се нужни део и вређа последње учињеним поклоном/поклонима, јер се тек њима прекорачују границе расположивог дела заоставштине.⁵⁷

⁵⁷ У концепту наследноправне природе нужног дела овакво решење може се оправдати и практичним разлозима, јер би намирење из свих поклона, сразмерно њиховој вредности, могло довести до тога да нужни наследници и поклонопримци постану сувласници на поклонима, са често малим уделом нужног наследника у сваком од њих. То би значајно компликовало правне односе међу нужним наследницима и поклонопримцима, створило читав низ практичних проблема и нарушило правну сигурност.

Ипак, постојеће решење суштински је неправично и трпи озбиљне критике утолико што се вредност свих поклона прибраја у ОВЗ, услед чега се и вредност појединачног нужног дела повећава, самим тим и износ за који се треба намирити нужни део. Оно ставља у знатно повољнији положај поклонопримце којима је поклон раније учињен, узимајући у обзир само ту чињеницу као једину релевантну, а не и вредност добродели стеченог добра. Тиме се губи из вида да сви поклони који улазе у ОВЗ, сразмерно својој вредности, доприносе повреди нужног дела. Да није било ранијих поклона, доцнијим се не би зашло изван међа расположивог дела заоставштине, или би задирање у нужни део било мањег обима и вредности.

Да ли би, из тог разлога, сви поклонопримци требало да учествују у намирењу нужног дела? Да ли би овако што било правичније? Мађарски кодификатор је у новом Грађанском закону, као што је то раније поменуто, сматрао да јесте. Нама се то становиште чини потпуно исправним. Оно нарочито добија на аргументацији ако се узме у обзир да се све већи број законодавстава опредељује за модернију, германску, облигационоправну концепцију природе права на нужни део. Будући да се нужни део исплаћује у новцу, опадају аргументи по којима се успостављеним принципом следореда међу поклонима избегава задирање у постојећа правна стања. Мишљења смо, стога, да и у интересу правне сигурности, али првенствено у циљу поштовања врхунског правног постулата – принципа правичности, треба предвидети решење по којем би се нужни део, повређен поклонима, наплатио од свих поклонопримаца, сразмерно вредности поклоњеног добра, што би све поклонопримце ставило у равноправан положај, без обзира на тренутак добијања поклона.

На самом крају, треба, ипак, напоменути да се судови сусрећу са једним значајним проблемом у погледу поклона, приликом утврђивања повреде права на нужни део. Наиме, доказивање постојања и утврђивање вредности учињених поклона у судском поступку често представља *probatio diabolica*. Доказати постојање, а нарочито вредност поклона који се састоји у новцу, драгоценостима или другим вредним покретним стварима, где не

постоји писани траг о учињеном поклону, често се граничи са немогућим. Зато се фактички, у судској пракси, нужни део остварује углавном на поклоњеним некретнинама, због писане форме у којој се сачињавају уговори о промету непокретности и њиховог лакшег доказивања. Ова околност свакако ставља различите поклонопримце у неравноправан положај, јер се може доћи у ситуацију да неки поклонопримци уопште не учествују у намирењу нужног дела, иако би на то били дужни, а да други учествују у намирењу иако не би имали такву обавезу, што свакако компромитује правила о наплати нужног дела из вредности поклоњених добара.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Нужни део се налази између две супротстављене интересне сфере: с једне стране, стоји интерес оставиоца да слободно располаже својим имовинским правима, и интерес лица у чију је корист ма којим правним пословима оставилац добродино располагао, да бестеретно стечено добро задрже. На другом полу, налазе се најближи чланови оставиоцеве породице – нужни наследници, које је он заобишао, бесплатно отуђујући своја имовинска добра, а које законодавац нарочито штити, гарантујући им право на део оставиоцеве заоставштине на терет бестеретних стицалаца.

У тражењу баланса између ових захтева, законодавци се опредељују за различита решења, којима се у мањој или већој мери нарушава правна сигурност оставиоцевих поклонопримаца, као дужника облигације нужног дела. Временски лимити у оквиру којих треба сместити поклоне који се прирачунавају у обрачунску вредност заоставштине, рачунајући од тренутка смрти поклонодавца, морају бити такви да се заштите интереси нужних наследника у адекватној мери, али и да се не наруши поуздање даропримаца у сигурност правног промета, како не би дошли у ситуацију да деценијама након добијеног поклона, остану без његове целокупне вредности, или да стечено добро врате у заоставштину. У том смислу, потребно је њихово редефинисање.

У правима која инсистирају на разликовању правне позиције законских наследника оставиоца и трећих лица, као поклонопримаца, требало би актуелно решење, које значајно фаворизује лица која не спадају у круг законских наследника, изменити како би се постојећа диспропорција ублажила. С тим у вези, чини се да би све горе истакнуте захтеве помирило решење по коме би се у ОВЗ урачунали поклони учињени у последњих десет година живота оставиоца лицима која припадају наследном реду који се позива на наслеђивање, односно поклони даровани у последње три године живота осталим лицима.

Нарочито неправичним чини нам се опредељење легислатора да редослед дужника намирења нужног дела успоставе према тренутку стицања поклоњеног добра. То доводи у знатно повољнији положај оне субјекте који су поклон добили раније, у односу на поклонопримце који су поклон стекли ближе тренутку смрти поклонодавца, будући да ће доћи под удар закона за допуну нужног дела само уколико вредност доцнијих поклона не буде за то довољна. Решење које сматрамо не само правно логичнијим, правичнијим, већ и оним којим се гарантује виши степен правне сигурности поклонопримаца, јесте успостављање принципа по коме ће се нужни део исплаћивати од стране свих поклонопримаца, сразмерно вредности стеченог поклона. Тиме би се одговорност поклонопримаца свела на једини разуман критеријум – вредност добијеног поклона, док би чињеница тренутка чињења поклона била правно сасвим ирелевантна.

Novak Krstić, LL.D.
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš
Žarko Dimitrijević, LL.D.
Enforcement agent

TO WHAT EXTENT THE COMPULSORY SUCCESSION PROVISIONS THREATEN LEGAL CERTAINTY OF DECEDENT'S DONEES?

Abstract: Succession provisions that regulate compulsory succession are constructed primarily to protect the interests of compulsory heirs. When compulsory portion is violated by the gifts, the law prescribes from which gifts, and from which order among them, it should be settled. In this paper, through comparative analysis of legal solutions that regulate donees' liability for the compulsory portion settlement, the authors try to observe whether existing regulation jeopardize legal certainty of the donees and in what extent. That's because if donees should pay the compulsory portion or return the gifts, they could lose all the value of what they gratuitously received, years after they received gifts. Certainly, the whole problem authors consider through protection of compulsory heirs, as main principle. Therefore, authors express ideas about the solutions that could most appropriately establish the balance between protection of the compulsory heirs' interests, from one side, and donees' interests, from the other, and provide higher degree of donees' legal certainty.

Key words: compulsory portion, compulsory heirs, gifts, donees, legal certainty.

**ЕКОМСКА ЕФИКАСНОСТ НА БИЛАТЕРАЛНИТЕ ДОГОВОРИ ЗА
ИЗБЕГНУВАЊЕ НА ДВОЈНО ОДАНОЧУВАЊЕ НА ДОХОДОТ И
КАПИТАЛОТ И СПРЕЧУВАЊЕ НА ФИСКАЛНА ЕВАЗИЈА**

УДК: 336.227.1.025:347.440.14:303.725.3

336.228.34:347.440.14:303.725.3

Original Research Paper

Апстракт: Билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување и спречување на фискална евазија, играат клучна улога во контекст на меѓународна соработка по однос на даноците и оданочувањето. Овие договори, преку елиминирање или намалување на негативните ефекти од меѓународното двојно оданочување на доходот и/или капиталот, ги поттикнуваат меѓународните инвестиции и глобалниот економски раст и истите се насочени кон олеснување и поттикнување на прекуграничната трговска размена и меѓународното инвестирање.

Последните емпириски истражувања се обидуваат да го проценат влијанието на билатералните договори врз странските директни инвестиции кои се движат од позитивно, преку нулта, до негативно влијание. По анализа на низа детерминанти, повеќето резултати покажуваат дека билатералните договори за избегнување на двојно оданочување се навистина позитивно поврзани со привлекувањето на странски директни инвестиции.

Во однос на идни истражувања по однос на овој причинско-последичен однос помеѓу билатералните договори за избегнување на двојно оданочување и странските директни инвестиции, ќе биде особено корисно да се проценат придобивките и трошоците од склучените билатерални договори.

Клучни зборови: двојно оданочување, билатерални договори за избегнување на двојно оданочување, странски директни инвестиции.

Вовед

Иако извесен напредок кон елиминирање на меѓународното двојно оданочување е постигнат преку преземање на унилатерални мерки во националните даночни законодавства, во услови на различни национални даночни правила и принципи, ваквите унилатерални мерки не се доволни за решавање на низата комплексни проблеми кои се јавуваат во сферата на меѓународното даночно право. Генерално, постојат повеќе видови на

* Соработник на Катедрата по Финансово право при Институтот по Деловна право, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, Република Македонија.

меѓународни мерки за спречување на меѓународното двојно оданочување, додека најважни и најпотребувани се билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување (англ. double tax treaty- DTT, double tax agreement- DTA).

Билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување и спречување на фискална евазија, играат клучна улога во контекст на меѓународна соработка по однос на даноците и оданочувањето. Од една страна, ваквите договори ги поттикнуваат меѓународните инвестиции и глобалниот економски раст преку елиминирање или намалување на негативните ефекти од меѓународното двојно оданочување на доходот и/или капиталот остварен како резултат на прекуграничното дејствување на субјектите. Од друга страна, пак, ја подобруваат соработката меѓу даночните власти, пред сè, во насока на ефикасна борба против меѓународната даночна евазија.

Земјите во развој, особено оние кои се најмалку развиени, често пати се соочуваат со недостаток на стручни лица и искуство кои се неопходни за ефикасно толкување и примена на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување. Сето ова може да резултира со неефикасна примена на договорите, а згора на тоа недоволното искуство на даночната администрација може да ги загрози развојот и напредокот на државата како ефективен даночен партнер. Од овие причини, постои јасна потреба за преземање на чекори кои ќе ги зајакнат вештините на релеватните даночни институции на земјите во развој, а со ова да се придонесе за понатамошен развој на нивната улога во поддршка на глобалните напори за подобрување на климата за инвестирање и ефикасно спречување на меѓународното даночно затајување.

Во последните три децении, бројот на склучени и ратификувани билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување драстично се зголемил. Постојат повеќе од 20 различни видови на билатерални договори, вклучувајќи ги договорите за избегнување на меѓународно двојно оданочување на доходот и капиталот, договорите за избегнување на меѓународно двојно оданочување на наследството и подарокот, билатералните

договори за административна помош за даночни прашања, итн. Многу држави се страни во мултилатерални договори чија цел е координирање на даночните политики и промоција на регионален економски развој.

Предмет на истражување на овој труд е утврдување и анализа на улогата и значењето на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот во меѓународното даночно право и нивното влијание врз економскиот развој на државите, а пред сè при привлекување на странски директни инвестиции. Со цел успешна разработка на вака поставениот предмет трудот е поделен на две основни точки поделени во соодветен број на потточки, при што во првата точка се разработени клучните аспекти од примената на билатералните договори, додека втората точка е посветена токму на нивната економска ефикасност.

1. Билатерални договори за избегнување на двојно оданочување на доходот и капиталот

Билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување (англ. double tax treaties или double tax agreements) *се договори склучени помеѓу две засегнати држави чија цел е контрола на начинот на кој еден ист вид на доход или капитал се оданочува од државите-договорнички во ситуации кога и двете држави имаат право на оданочување на таквиот доход, односно капитал.* Ова вообичаено се определува преку примена на низа одредби со кои се појаснува начинот на кој домашните даночни правила на страните на договорот се применуваат во однос на одреден вид на доход или даночен обврзник.

Повеќето билатерални договори за избегнување на двојно оданочување се сеопфатни, во смисла дека ги опфаќаат сите видови на доход и капитал. Сепак, постојат и такви договори кои имаат ограничен опфат, како што е билатералниот договор помеѓу Австралија и Грција кој се однесува единствено на добивката остварена од воздушен сообраќај. Некои договори, пак, го прошируваат својот опфат, на пример билатералниот договор помеѓу Велика

Британија и САД кој опфаќа и определени акцизни давачки или договорот помеѓу Австралија и Нов Зеланд кој ги покрива и дополнителните готовински и неготовински бенефиции на вработените. Генерално, структурата на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување на доход и капитал е слична, но тие содржински, често пати, се разликуваат. Иако два билатерални договори можат да изгледаат идентично, сепак одредени одредби можат да се разликуваат во материјална смисла. Поради ова, треба да се внимава со претпоставката дека истите заклучоци можат да се изведат и за примената на различни билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување¹.

1.1 Причини и потреба за склучување на договорите за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

Потребата за склучување на билатерални договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување произлегува од постоењето на конфликтни правила за оданочување на еден вид на доход или капитал во две држави. Со оглед на фактот дека не постои јасна дефиниција за тоа што претставува доход и/или капитал за оданочување, која е прифатена на меѓународно ниво, еден ист вид на доход може да биде предмет на оданочување во две засегнати држави.

Во ваков случај, двете држави склучуваат договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување, при што можностите се следните:

1. Доходот или капиталот се оданочува само во едната држава-договорничка;
2. Доходот или капиталот нема да биде оданочен во ниту една држава-договорничка;
3. Доходот или капиталот се оданочува во двете држави-договорнички, но резидентната држава применува еден од методите за

¹ Lang, Michael, *Introduction to the Law of Double Taxation Conventions*, IBFD Publishing, Amsterdam, 2010, 5-11.

избегнување на двојно оданочување, методот на даночен кредит или методот на изземање².

Главна цел на билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување е правилна распределба на правото на оданочување помеѓу две легитимно заинтересирани држави или доделување на правото на оданочување на една од заинтересираните држави. Потребата за склучување на вакви билатерални договори е јасно определена во ОЕЦД Модел-даночната конвенција за доход и капитал, според која „посакувано е да се разјаснат, стандардизираат и потврдат сите фискални ситуации во кои можат да се најдат даночните обврзници кои се ангажирани во индустриски, финансиски или било какви други активности во други, странски држави, преку примена на заеднички решенија за идентични случаи на двојно оданочување од страна на сите држави”.

Целите на билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување можат да се сумираат на следниот начин: прво, тие помагаат за избегнување и ублажување на негативните ефекти од меѓународното двојно оданочување преку утврдување на правилата за поделба на правото на оданочување помеѓу двете држави, како и преку изземање од оданочување на определени видови на доход или намалување на вкупниот даночен долг за износот на данокот платен во странство. И второ, билатералните договори за избегнување на двојно оданочување им гарантираат поголема правна сигурност на даночните обврзници кои, преку овие договори, можат попрецизно и поточно да ги определат своите даночни обврски од прекуграничното дејствување³. Друга придобивка од билатералните договори за избегнување на двојно оданочување е тоа што, до значителна мера, договорот обезбедува забрана на дискриминација на странските даночни обврзници или постојани деловни единици во државата на извор *vis-à-vis*

² Ray, Sarbapriya, *A Close Look into Double Taxation Avoidance Agreements with India: Some Relevant Issues in International Taxation*, International Affairs and Global Strategy, Vol.2, 2011, 2-4.

³ Lang, Michael, *Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law*, Series on International Tax Law No.18, Kluwer Law International, Hague, 1998, 43-48.

домашните даночни обврзници. Овие билатерални договори се креирани со цел алокација на правото на оданочување помеѓу страните на договорот и спречување на даночно бегство и/или даночно затајување. И конечно, договорите осигуруваат фер и еднаков третман на даночните обврзници кои имаат различен резидентен статус, решавање на разликите во оданочување на доходот и капиталот и размена на информации и други детали помеѓу државите-договорнички⁴.

Покрај овие цели, билатералните договори за избегнување на двојно оданочување имаат уште најмалку четири други важни координативни функции. Прво, со помош на договорите државите-договорнички усвојуваат заеднички дефиниции за правно-релевантните факти за оданочување. Клучна меѓу нив е дефиницијата на постојана деловна единица. Второ, повеќето договори содржат одредба за постапка за заемно договарање, која е применлива во случаи на спорно толкување на договорот. Трето, за да се спречи злоупотреба на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување, договорите содржат рестрикции и правила, како што се генералните одредби против злоупотреба на договорите, кои им овозможуваат на даночните власти да утврдат дали трансакцијата е преземена со цел избегнување на плаќање данок или не. И четврто, повеќето договори предвидуваат автоматска размена на информации или размена на информации на барање како мерка против даночното затајување, додека некои договори, пак, кои се изготвени по примерот на ОЕЦД Модел-даночната конвенција за доход и капитал, предвидуваат помош во собирањето на даноците⁵.

⁴ Vogel, Klaus, *International and Comparative Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002, 69-78.

⁵ Holmes, Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties: An Introduction to Principles and Application*, IBFD Publications, 2007, 22-25.

1.2 Функции, цели и значење на договорите за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

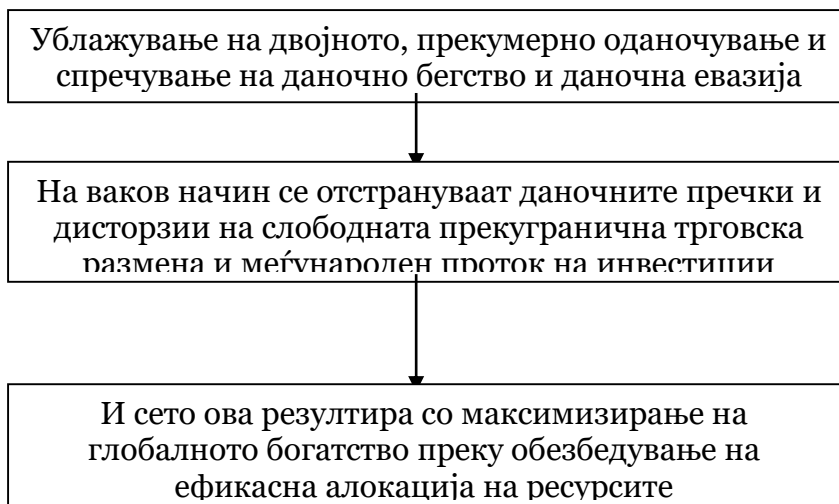
Билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување се обврзувачки за државите-договорнички. Тие наметнуваат права и обврски, како за државите-договорнички, така и за нивните резиденти. Тоа што треба да се потенцира е фактот дека овие билатерални договори не наметнуваат даноци, туку единствено имаат функција на ограничување на сувереното право на оданочување на инволвираните држави. Или, со други зборови, билатералните договори за избегнување на двојно оданочување го распределуваат правото на оданочување помеѓу двете држави, додека, пак, државата самостојно одлучува дали и во која мера ќе го искористи доделеното право.

Билатералните договори за избегнување на двојно оданочување се насочени кон олеснување и поттикнување на прекуграничната трговска размена и меѓународното инвестирање. Вака поставената цел билатералните договори ја остваруваат преку елиминирање на двојното оданочување на доходот и капиталот заработен во странство; спречување на фискалната евазија и меѓународното двојно неоданочување; заштита на инвеститорите од дискриминаторски третман во државата на извор; административна соработка помеѓу даночните власти на државите-договорнички и решавање на спорните ситуации кои произлегуваат при примена и толкување на билатералните договори⁶.

Графиконот 1 на најдобар начин ги отсликува главните придобивки од билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување. Види Графикон 1.

⁶ Arnold, Brian, *China's Tax Treaty Policy*, International Comparative Studies on Tax Reform, Part 2, 2000, 76-78.

Графикон 1: Придобивки од билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување



Извор: Partington, David, *An Introduction to the Role and Structure of Tax Treaties*, OECD Publishing, 2011, 5-8.

Билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување ги постигнуваат вака поставените цели преку:

- елиминирање на најчестите форми на правно и економско двојно оданочување;
- елиминирање или намалување на даноците, кои инаку би се плаќале од страна на странските инвеститори;
- елиминирање на некои форми на даночна дискриминација;
- обезбедување на сет на стандардизирани правила за распределба на правото на оданочување помеѓу државите-договорнички;
- детектирање и справување со даночното бегство и даночното затајување;
- обезбедување на рамка за решавање на даночните спорови;
- обезбедување на стабилно даночно опкружување за странските инвеститори; и
- зголемување на меѓународната конкурентност на националната економија.

Најголемиот број држави ги сметаат билатералните договори за избегнување на двојно оданочување за корисен инструмент на меѓународното даночно право, бидејќи им овозможуваат на даночните обврзници, независно од тоа дали се работи за поединци, партнерства или корпоративни субјекти, слободно и сигурно прекугранично дејствување. Функциите на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување можат да се идентификуваат како⁷:

а) *Определување и распределба на правото на оданочување помеѓу државите-договорнички.* Договорите за избегнување на двојно оданочување овозможуваат разграничување на правото на оданочување помеѓу државите. Правото на оданочување, утврдено со договорот, се однесува само на резидентите на државите-договорнички и само по однос на даноците кои се изречно наведени во договорот. Исто така, често пати се случува некој вид на доход или капитал да не биде опфатен со билатералниот договор и во таква ситуација, нема да се применува склучениот билатерален договор, туку тој доход ќе биде оданочен според националните даночни закони. Откако ќе биде утврдено дека даночниот обврзник е резидент на едната или двете држави-договорнички и се работи за оданочување со данок кој е опфатен со договорот, се определува соодветната дистрибутивна одредба.

б) *Избегнување на меѓународно правно двојно оданочување.*

в) *Заштита од фискална евазија.* Одредбите за размена на информации и за заемно договарање во билатералните договори за избегнување на двојно оданочување, им овозможуваат на државите да добијат информации со цел да се осигура дека нивните права за оданочување се остварени и заштитени, иако ефикасноста на таквите одредби за даночно бегство, кое е спротивно од даночното затајување, се прилично ограничени во моментот.

г) *Држави кои се страни на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување.* Државите кои имаат високи даночни стапки, немаат

⁷ Saunders, Roy, *Understanding Double Tax Treaties*, Journal of International Trust and Corporate Planning, Vol.9, No.1, 2002, 1-4.

интерес да склучуваат билатерални договори за избегнување на двојно оданочување со државите кои претставуваат даночни раеви, како Бермуда, Британските Девствени Острови, Ангила итн. Некои држави пак, како Хонгконг, кои се имаат определено за принципот на извор, немаат никаква причина да се грижат за меѓународното двојно оданочување на нивните резиденти. Меѓутоа, кога нивните резиденти се активно вклучени во меѓународна активност, тогаш овие држави се заинтересирани за склучување на билатерални договори за избегнување на двојно оданочување со цел разграничување на правата за оданочување и спречување на фискална евазија. Државите кои имаат ниски или нулта даночни стапки, можат да имаат билатерални договори за избегнување на двојно оданочување, но во мал број (на пример Лихтенштајн има склучено ваков договор само со Австрија), или најчесто државите кои преговараат со нив, бараат внесување на извесни ограничувања (на пример исклучување на оф-шор компаниите). Кипар е една од ретките држави која имала можност да преговара за склучување на ваков вид на договори без никакви ограничувања, иако нив ги има во одредени договори (на пример во договорите кои Кипар ги има склучено со Велика Британија и САД).

Значењето на билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување се определува, како од гледна точка на властите, така и од гледна точка на даночните обврзници⁸. За властите билатералните договори ги имаат следните значења:

- елиминирање на двојното оданочување за да се спречи обесхрабрување на меѓународната трговија и инвестиции и слободно движење на лица;
- обезбедување на правна сигурност за странските инвеститори и трговци;

⁸ Brincat, Caroline, *Principle of International Taxation*, IBFD Publications, Amsterdam, 2007, 12-20.

- обезбедување на соработка помеѓу даночните администрации во насока на спречување на даночно бегство и даночно затајување;
- обезбедување на размена на информации за спречување на даночна евазија и за потребите на примена на билатералните договори;
- елиминирање на одредени форми на дискриминација при оданочувањето, и
- гарантирање и обезбедување на заемна помош при наплата на даноците.

За даночните обврзници пак, билатералните договори за избегнување на двојно оданочување ги имаат следните значења:

- обезбедуваат извесна гаранција и сигурност за даночниот третман во странска држава;
- заштита од меѓународно двојно оданочување во повеќето ситуации;
- обезбедуваат даночни изземања или ослободувања од данок.

Низ годините, во остварување на двете главни цели на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување, елиминирање на меѓународното двојно оданочување и спречување на фискална евазија, е постигнат различен напредок⁹. Проблемите на двојно оданочување со кои се соочуваат мултинационалните компании од почетокот на Втората светска војна во голема мера се решени, делумно преку домашното законодавство и делумно преку развојот на мрежа на билатерални договори за избегнување на двојно оданочување. Сепак, едно од прашањата кое сè уште предизвикува значителни проблеми во сферата на двојно оданочување е принципот *цена на дофат на рака* чија цел е спречување на злоупотреба на трансферните цени. Многу помал напредок пак, е постигнат при решавање на проблемот на фискална евазија. Напротив, мултинационалните компании станаа прилично вешти во изнаоѓањето на можности за избегнување на плаќање данок на доход од

⁹ McIntyre, Michael, *Legal Structure of Tax Treaties*, Wayne State University Law School, Michigan, 2010, 1-5.

нивното прекугранично дејствување. Во некои аспекти, билатералните договори за избегнување на двојно оданочување ги зголемија можностите за фискална евазија по неуспехот да го спречат т.н. treaty shopping¹⁰.

2.Економска ефикасност на договорите за избегнување на меѓународно двојно оданочување.

Иако билатералните договори за избегнување на двојно оданочување не се нов концепт, многу држави-членки на ОЕЦД имаат меѓусебно склучено вакви договори во периодот од 1950 год. до 1970 год., но 60% од денешните 2976 билатерални договори се склучени во последните 20 години. Овој бран на билатерални договори вклучува значајна експанзија на договори на земјите во развој и економиите во транзиција, при што во 2008 год. повеќе од 50% од постоечките билатерални договори за избегнување на двојно оданочување се склучени помеѓу развиените земји и земјите во развој. Во текот на истиот период, исто така, се бележи пораст на глобалните текови на странски директни инвестиции помеѓу развиените земји и земјите во развој. Сепак, како извор на странски директни инвестиции, развиените земји продолжуваат значително да доминираат. Тоа е една нересипрочна врска што го прави особено интересно прашањето за билатералните договори за избегнување на двојно оданочување помеѓу развиените земји и земјите во развој. Не само што овие држави имаат потреба од странски приватен капитал, туку при склучувањето на билатерални договори за да се привлечат странски директни инвестиции, тие прават отстапки во корист на принципот на извор со што се наметнуваат значителни трошоци за помалку развиените земји или земјите во развој во однос на изгубените даночни приходи.

¹⁰ Oeser, Bettina, Braunig, Christoph, *The History of German Double Tax Treaties*, Nationalbericht Deutschland, Munich, 1999, 40-48.

Билатералните договори за избегнување на двојно оданочување можат да ги потиснат странските директни инвестиции до иста мера до која билатералните договори можат да ги намалат даночното бегство, даночната евазија и другите техники за недозволено намалување на даночниот долг како што е принципот на трансферни цени од страна на мултинационалните компании. Ревизијата на Коментарот на ОЕЦД Модел-даночната конвенција за доход и капитал од 2003 год. како главна цел на билатералните договори го посочува спречувањето на избегнување на плаќање даноци. Земјите во развој склучуваат билатерални договори со цел да се привлечат повеќе странски директни инвестиции при што се подготвени да го ограничат своето право на оданочување на странските инвеститори кое може да се оправда само доколку резултира со зголемување на обемот на странски директни инвестиции¹¹.

Постојат реални причини да се претпостави дека билатералните договори за избегнување на двојно оданочување можат да ги зголемат странските директни инвестиции. И покрај големиот и зголемен број билатерални договори, постојат недоволно докази за нивната поврзаност со бројот на странски инвестиции. Ова е прилично изненадувачки со оглед дека ова прашање е од големо значење за земјите во развој. Тие инвестираат време и други ресурси за да преговараат, склучуваат, потпишуваат и ратификуваат билатерални договори за избегнување на двојно оданочување. Овие договори, исто така, обично подразбираат ограничување на правото на оданочување на странските инвеститори од страна на земјите во развој. Ако нема зголемување на странските директни инвестиции, времето и средствата кои биле вложени при склучување на билатералните договори ќе бидат непотребно потрошени и ќе нема можност за надоместување на трошоците. Последните емпириски истражувања се обидуваат да го проценат влијанието на билатералните договори врз странските директни инвестиции кои се движи од позитивно, преку нулта, до негативно влијание. Додека позитивното влијание е во

¹¹ Sauvart, Karl, Sachs, Lisa, *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 26-36.

согласност со целите на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување, литературата укажува дека одредбите за спречување на даночна евазија ги објаснуваат доказите за негативното влијание врз странските директни инвестиции.

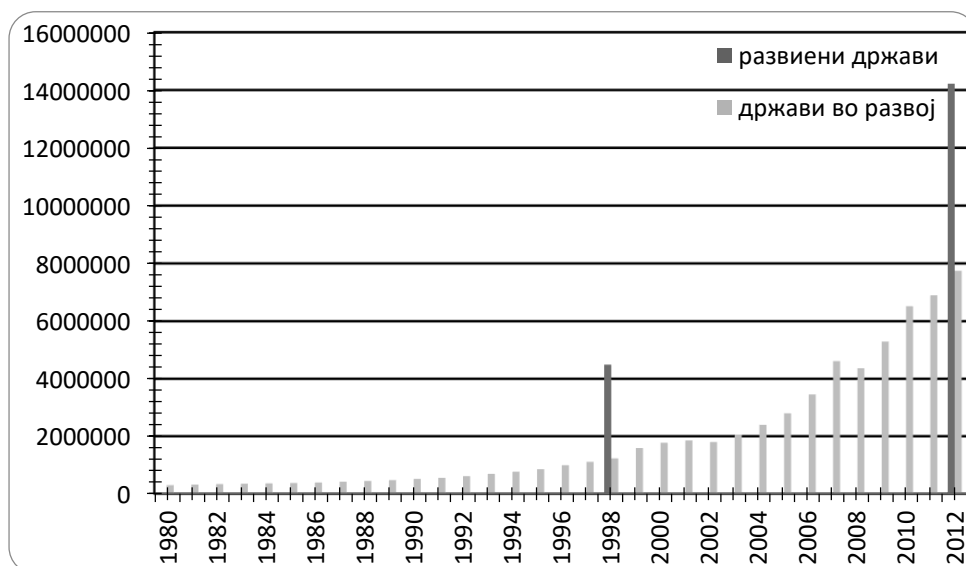
2.1. Улогата на договорите за избегнување на меѓународно двојно оданочување врз привлекување на странски директни инвестиции.

Странските директни инвестиции бележат драстично зголемување во изминатите неколку децении со што прераснаа во голема сила во глобалната распределба на средства и технологии. Пред 1970 год. светската трговија растела со поголема брзина од растот на странските директни инвестиции, но во децениите потоа, странските директни инвестиции се зголемиле два пати повеќе од стапката на раст на извозот на светско ниво. До почетокот на 1990 год. извозот бил засенет од основањето на странски филијали на мултинационалните компании. Не само што се зголемил обемот на странски директни инвестиции, туку и нивното значење како извор на средства за земјите во развој, исто така, значително се зголемило. Приватните меѓународни текови на финансиски средства станале сè поважни за земјите во развој. Во 80-тите години на минатиот век, малите буџети, должничките кризи и целокупниот намален интерес во обезбедувањето на традиционални програми за помош на развојот довеле до пад на официјалната развојна финансиска помош од развиениот свет. Кога капиталните текови за земјите во развој повторно почнале да растат во последните години на таа деценија, тие сè повеќе биле составен дел од странските директни инвестиции. Така, во 2003 год. странските директни инвестиции претставувале најголема компонента во нето-финансиските приливи на земјите во развој и се очекува ова да биде тренд и во иднина¹². Иако развиените земји остануваат и извозници на капитал и главни

¹² Cockfield, Arthur, *Globalization and Its Tax Discontents: Tax Policy and International Investments*, University of Toronto Press Incorporated, Toronto, 2010, 78-91.

приматели на странски директни инвестиции, со текот на времето се намалила нивната доминација со оглед дека во 2003 год. на земјите во развој отпаѓале речиси 31% од странските инвестиции наспроти 20% во 1980-тите год. Всушност, приливот на странски директни инвестиции како процент од БДП е многу повисок во земјите во развој, отколку во развиените земји. Овој период на раст на странските директни инвестиции се совпаѓа со периодот на интензивно склучување на билатерални договори за избегнување на двојно оданочување помеѓу развиените земји и земјите во развој, и од аспект на значењето на странските инвестиции, особено за земјите во развој, степенот до кој овие два феномена се каузално поврзани бара внимателно анализирање. Во прилог е даден графички приказ на обемот на странски директни инвестиции во развиените земји и земјите во развој. Види Графикон 2.

Графикон 2. Обем на странски директни инвестиции во развиените земји и земјите во развој



Извор: UNCTADstat, www.unctadstat.unctad.org

Постојат релативно малку емпириски студии за ефектите на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување врз странските директни инвестиции и добиените докази се прилично спротивставени. Во прилично еднакви делови, литературата може да се подели на докази за негативен ефект, нулта ефект или позитивен ефект. Една од најраните емпириски анализи, спроведена од авторите Блониген и Дејвис, проценила негативен ефект на билатералните договори врз странските инвестиции користејќи модел на развиени држави, или извор на странски инвестиции, и држави во развој, или приматели на инвестициите, за периодот од 1982 до 1992 год. Слични резултати биле добиени и во истражувањето на Егер. Во двата случаи авторите поаѓале од претпоставката дека билатералните договори ги оневозможуваат можностите за избегнување на плаќање данок од мултинационалните корпорации со што се обесхрабруваат странските директни инвестиции и со ова го објаснувале проценетиот негативен ефект.

Неумајер, пак, преку анализа на ефектите на американските билатерални договори за избегнување на двојно оданочување врз странските директни инвестиции од САД во земјите во развој вршел проценка на влијанието на билатералните договори врз порастот на странски директни инвестиции. Тој, исто така, извршил анализа за да го процени ефектот на билатералните договори на државите-членки на ОЕЦД врз вкупниот обем на странски директни инвестиции во земјите во развој. Користејќи податоци за периодот од 1970 до 2001 год., тој заклучил дека се доаѓа до доказ за позитивен ефект на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување врз странските директни инвестиции¹³.

Во напорите за привлекување на странски директни инвестиции, земјите во развој прибегнале кон склучување на билатерални договори за избегнување на двојно оданочување како потврда на нивната определба и посветеност за стабилен, коректен и често поволен третман на странските

¹³ Baker, Paul, *An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment*, University Cambridge Press, Cambridge, 2011, 8-13.

инвеститори. Склучувајќи билатерални договори, земјите во развој им гарантираат стабилност и сигурност на странските инвеститори во насока на елиминирање или спречување на двојно оданочување. Тие, исто така, се залагаат и за забрана за дискриминација и фер и еднаков третман на странските инвеститори во согласност со меѓународните стандарди. И конечно, страните на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување се обврзуваат да ги решат споровите кои би произлегле од претходно посочените одредби¹⁴.

Не е за изненадување фактот што креаторите на даночната политика во светот се вклучени во жестока конкуренција за привлекување на странски директни инвестиции, со што би имале корист од активностите на мултинационалните компании преку приливот на дополнителен капитал, технологии или зголемената конкурентност. Сè уште е спорно како ефикасно да се зголеми атрактивноста на државата за странските инвеститори, барем кога се работи за инструментите на даночната политика¹⁵. По анализа на низа детерминанти, повеќето резултати покажуваат дека билатералните договори за избегнување на двојно оданочување се навистина позитивно поврзани со привлекувањето на странски директни инвестиции, односно креаторите на политиката прибегнале кон ефективно средство за промовирање на странски директни инвестиции преку склучување на билатерални договори.

Сепак, заедно со поволното влијание на билатералните договори врз странските инвестиции, треба да се земат предвид и потенцијалните негативни ефекти од склучените билатерални договори. Преговарањето на билатералните договори бара значителни административни ресурси, а во зависност од конечниот исход на преговорите, државите-домаќини на странски инвестиции можат да се соочат со загуби на даночни приходи. Од оваа причина, секој

¹⁴ Barthel, Fabian, Busse, Matthias, Neumayer, Eric, *The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data*, Contemporary Economic Policy, Vol. 28, No.3, Western Economic Association International, 2009, 40-48.

¹⁵ Neumayer, Eric, *Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*, Journal of Development Studies, Vol.43, No.8, 2007, 1502-1513.

држава треба внимателно да ги разгледа позитивните и негативните страни од преговорите за склучување на билатерални договори за избегнување на двојно оданочување.

Во однос на идни истражувања по однос на овој причинско-последичен однос помеѓу билатералните договори за избегнување на двојно оданочување и странските директни инвестиции, ќе биде особено корисно да се проценат придобивките и трошоците од склучените билатерални договори. Врз основа на теоретските наоди, во однос на даночните приходи можат да се утврдат два спротивставени ефекти. Од една страна, доколку договорените даноци по одбивка се пониски од даночните стапки на данокот на добивка, тогаш ќе се соберат помалку даночни приходи. Сепак, доколку билатералните договори привлечат повеќе странски директни инвестиции, постои можност да се зголемат вкупните даночни приходи¹⁶. Покрај тоа, особено земјите во развој можат да профитираат од странскиот капитал, поради што е потребно овој тип на анализа да се врши на ниво на држава, како и анализата да биде сложена и сеопфатна.

¹⁶ Baker, Paul, *An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment*, University Cambridge Press, Cambridge, 2011, 14-19.

Заклучок

Билатералните договори за избегнување на меѓународно двојно оданочување и спречување на фискална евазија, играат клучна улога во контекст на меѓународна соработка по однос на даноците и оданочувањето. Од една страна, ваквите договори ги поттикнуваат меѓународните инвестиции и глобалниот економски раст преку елиминирање или намалување на негативните ефекти од меѓународното двојно оданочување на доходот и/или капиталот остварен како резултат на прекуграничното дејствување на субјектите. Од друга страна, пак, ја подобруваат соработката меѓу даночните власти, пред сè, во насока на ефикасна борба против меѓународната даночна евазија.

Билатералните договори за избегнување на двојно оданочување се насочени кон олеснување и поттикнување на прекуграничната трговска размена и меѓународното инвестирање. Вака поставената цел билатералните договори ја остваруваат преку елиминирање на двојното оданочување на доходот и капиталот заработен во странство; спречување на фискалната евазија и меѓународното двојно неоданочување; заштита на инвеститорите од дискриминаторски третман во државата на извор; административна соработка помеѓу даночните власти на државите-договорнички и решавање на спорните ситуации кои произлегуваат при примена и толкување на билатералните договори.

Постојат реални причини да се претпостави дека билатералните договори за избегнување на двојно оданочување можат да ги зголемат странските директни инвестиции. И покрај големиот и зголемен број билатерални договори, постојат недоволно докази за нивната поврзаност со бројот на странски инвестиции. Последните емпириски истражувања се обидуваат да го проценат влијанието на билатералните договори врз странските директни инвестиции кои се движат од позитивно, преку нулта, до негативно влијание. Додека позитивното влијание е во согласност со целите на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување, литературата

укажува дека одредбите за спречување на даночна евазија ги објаснуваат доказите за негативното влијание врз странските директни инвестиции.

Во 2003 год. странските директни инвестиции претставувале најголема компонента во нето-финансиските приливи на земјите во развој и се очекува ова да биде тренд и во иднина. Всушност, приливот на странски директни инвестиции како процент од БДП е многу повисок во земјите во развој, отколку во развиените земји. Овој период на раст на странските директни инвестиции се совпаѓа со периодот на интензивно склучување на билатерални договори за избегнување на двојно оданочување помеѓу развиените земји и земјите во развој, и од аспект на значењето на странските инвестиции, особено за земјите во развој, степенот до кој овие два феномена се каузално поврзани бара внимателно анализирање.

Постојат релативно малку емпириски студии за ефектите на билатералните договори за избегнување на двојно оданочување врз странските директни инвестиции и добиените докази се прилично спротивставени. Во прилично еднакви делови, литературата може да се подели на докази за негативен ефект, нулта ефект или позитивен ефект. По анализа на низа детерминанти, повеќето резултати покажуваат дека билатералните договори за избегнување на двојно оданочување се навистина позитивно поврзани со привлекувањето на странски директни инвестиции, односно креаторите на политиката прибегнале кон ефективно средство за промовирање на странски директни инвестиции преку склучување на билатерални договори.

Во однос на идни истражувања по однос на овој причинско-последичен однос помеѓу билатералните договори за избегнување на двојно оданочување и странските директни инвестиции, ќе биде особено корисно да се проценат придобивките и трошоците од склучените билатерални договори. Врз основа на теоретските наоди, во однос на даночните приходи можат да се утврдат два спротивставени ефекти. Од една страна, доколку договорените даноци по одбивка се пониски од даночните стапки на данокот на добивка, тогаш ќе се соберат помалку даночни приходи. Сепак, доколку билатералните договори привлечат повеќе странски директни инвестиции, постои можност да се

зголемат вкупните даночни приходи. Покрај тоа, особено земјите во развој можат да профитираат од странскиот капитал, поради што е потребно овој тип на анализа да се врши на ниво на држава, како и анализата да биде сложена и сеопфатна.

Elena Neshovska Kjoseva, PhD.
Teaching and research assistant, Department of Financial Law
Faculty of law „Iustinianus Primus” Skopje, Republic of Macedonia.

Economic Efficiency of Bilateral Treaties on Elimination of Double Taxation on Income and Capital and Prevention of Fiscal Evasion

Summary

Bilateral treaties on elimination of double taxation on income and capital and prevention of fiscal evasion play a key role in the context of international tax cooperation. By eliminating or reducing the negative effects of double taxation on income and/or capital these treaties encourage cross-border trade, international investment and global economic growth.

Recent empirical studies have strived to evaluate the effect of double tax treaties on foreign direct investments that ranges from positive through zero, to negative effect. After estimating some relevant determinants, most of the results have shown that double tax treaties are positively correlated to attracting foreign direct investment.

However, it will be very useful for the next studies, regarding the casual relationship between double tax treaties and foreign direct investments, to estimate the benefits and costs of signed bilateral treaties on elimination of double taxation on income and capital.

Key words: double taxation, bilateral treaties on elimination of double taxation, foreign direct investments.

Библиографија.

1. Arnold, Brian, China`s Tax Treaty Policy, International Comparative Studies on Tax Reform, Part 2, 2000
2. Baker, Paul, An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment, University Cambridge Press, Cambridge, 2011
3. Barthel, Fabian, Busse, Matthias, Neumayer, Eric, The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data, Contemporary Economic Policy, Vol. 28, No.3, Western Economic Association International, 2009
4. Brincat, Caroline, Principle of International Taxation, IBFD Publications, Amsterdam, 2007
5. Cockfield, Arthur, Globalization and Its Tax Discontents: Tax Policy and International Investments, University of Toronto Press Incorporated, Toronto, 2010
6. Holmes, Kevin, International Tax Policy and Double Tax Treaties: An Introduction to Principles and Application, IBFD Publications, 2007
7. Lang, Michael, Multilateral Tax Treaties: New Developments in International Tax Law, Series on International Tax Law No.18, Kluwer Law International, Hague, 1998
8. Lang, Michael, Introduction to the Law of Double Taxation Conventions, IBFD Publishing, Amsterdam, 2010
9. McIntyre, Michael, Legal Structure of Tax Treaties, Wayne State University Law School, Michigan, 2010
10. Neumayer, Eric, Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, Journal of Development Studies, Vol.43, No.8, 2007
11. Oeser, Bettina, Braunig, Christoph, The History of German Double Tax Treaties, Nationalbericht Deutschland, Munich, 1999

12. Ray, Sarbapriya, A Close Look into Double Taxation Avoidance Agreements with India: Some Relevant Issues in International Taxation, International Affairs and Global Strategy, Vol.2, 2011

13. Saunders, Roy, Understanding Double Tax Treaties, Journal of International Trust and Corporate Planning, Vol.9, No.1, 2002

14. Sauvart, Karl, Sachs, Lisa, The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows, Oxford University Press, Oxford, 2009

15. Vogel, Klaus, International and Comparative Taxation, Kluwer Law International, London, 2002