



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2018**

***Reforms in the Law:
Step Forward to Rule of Law***

7



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

4-th International Scientific Conference
10-13 May 2018 Ohrid

**OHRID SCHOOL OF LAW
2018**

*Reforms in the Law:
Step Forward to Rule of Law*

7

Издавач:

Институт за правно-економски истражувања и едукација

Ј У Р У Д И К А П Р И М А

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

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

Publisher:

Institute for Legal-Economic Research and Education

I U R I D I C A P R I M A

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

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

За издавачот:

Проф. д-р Ангел Ристов

For the Publisher:

Angel Ristov, Phd

Печати:

Стоби Трејд

Print:

Stobi Trejd

CIP - Каталогизација во публикација

Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

34(082)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција Охридска школа на правото (4 ; 2018 ; Охрид)

Охридска школа на правото. Реформи во правото : чекор поблиску до владеењето на правото / 4-та Меѓународна научна конференција 10-13 Мај 2018 Охрид ; [главен и одговорен уредник Ангел Ристов]. - Скопје : Институт за правно-економски истражувања Јуридика Прима, 2018. - 2 св. (356 ; 328 стр.) : илустр. ; 25 см

Трудови на повеќе јазици. - На преднасл. стр.: Ohrid school of law 2018, Reforms in the law : step forward to rule of law / 4-th International Scientific Conference 10-13 May 2018 Ohrid. - Фусноти кон текстот. - Библиографија и summaries кон одделни трудови

ISBN 978-608-66152-2-2 (кн. 7)

ISBN 978-608-66152-3-9 (кн. 8)

а) Право - Зборници

COBISS.MK-ID 109051914



IURIDICA PRIMA

ЈУРИДИКА ПРИМА

Институт за правно економски истражувања и едукација

4-та Меѓународна научна конференција
10-13 Мај 2018 Охрид

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2018

*Реформи во правото:
Чекор поблиску до владеењето на правото*

7

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

Editor –in-chief: Professor Angel Ristov, PhD

International Editorial Board:

1. PhD, Ivan Ruschev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
2. Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
3. PhD, Barbara Novak, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia;
4. PhD, Draginja Vuksanović, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
5. PhD, Ilija Vukčević, Faculty of Law, University, Donja Gorica, Podgorica, Republic of Monte Negro;
6. PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia;
7. PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Nis, Republic of Serbia;
8. PhD, Vesna Simovic Zvicer, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
9. PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina;
10. PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina;
11. PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia;
12. LLM, Lidija Šimunović, Faculty of Law, University in Osijek, Republic of Croatia;
13. Seregin Andrej Viktorovich, Assistant Professor, Candidate on Legal Sciences, South Federal University, Rostov on Don, Russian Federation;
14. PhD, Ivana Shumanovska Spasovska, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
15. PhD, Jovan Zafirovski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia
16. PhD, Ilija Rumenov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
17. LLM, Ilija Manasiev, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: проф. д-р Ангел Ристов

Меѓународен уредувачки одбор:

1. Д-р д-р Иван Русчев, Правен факултет Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
2. Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
3. Д-р Барбара Новак, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија;
4. Д-р Илија Вукчевиќ, Правен факултет, Универзитет Доња Горица, Подгорица, Република Црна Гора;
5. Д-р Драгиња Вуксановиќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
6. Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија;
7. Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
8. Д-р Весна Симовиќ Звицер, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
9. Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина;
10. Д-р Раденко Јотановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Македонија, Република Српска, Босна и Херцеговина;
11. Д-р Сања Гонцета, Колеџ на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска;
12. М-р Лидија Шимуновиќ, Правен факултет, Универзитет во Осиек, Република Хрватска;
13. Серегин Андреј Викторович, кандидат на правни наука Јужниот федерален универзитет во Ростов на Дон, Руска Федерација;
14. Д-р Ивана Шумановска Спасовска, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје, Република Македонија;
15. Д-р Јован Зафировски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија;
16. Д-р Илија Руменов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија.
17. М-р Илија Манасиев, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија

СОДРЖИНА

- 7.1. Проф. д-р Борче Давитковски
Проф. д-р Ивана Шумановска-Спасовска
М-р Константин Битраков
**НЕЗАВИСНИТЕ ТЕЛА КАКО МОДЕЛ НА ОРГАНИЗАЦИЈА
НА ЈАВНАТА УПРАВА.....11**
- 7.2 Professor Ekaterina Mateeva, Dr. Scienc., Dr. Habil
**THE REFORM IN BULGARIAN NOTARY LAW –
A STEP FORWARD TO THE RULE OF LAW.....39**
- 7.3. Professor Vesna Pendovska, PhD
Professor Aleksandra Maksimovska Stojkova, PhD
Elena Neshovska Kjoseva, PhD
SOME TAX ASPECTS OF DIGITAL (VIRTUAL) CURRENCIES.....63
- 7.4. Проф.д-р Тодор Каламатиев
Д-р Александар Ристовски
**ЗАШТИТА НА РАБОТНИЦИТЕ ВО СЛУЧАЈ НА ОТКАЗ ОД
ДЕЛОВНИ ПРИЧИНИ И КОЛЕКТИВНИ ОТПУШТАЊА
(СОСТОЈБИ И ПЕРСПЕКТИВИ
ВО МАКЕДОНСКИОТ ТРУДОВО-ПРАВЕН СИСТЕМ).....71**
- 7.5. Проф. др Драган Николић
Др Александар Ђорђевић
Серегин Андреј Викторович
**СПЕЦИАЛЬНЫЕ СУДЕБНЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА
В СРЕДНЕВЕКОВЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ СЛАВЯНСКИХ
НАРОДОВ.....85**
- 7.6.Проф. д-р Никола Тупанчески
Проф. д-р Александра Деаноска
**ЗА ПОТРЕБАТА ОД ИНКРИМИНИРАЊЕ
НА ДЕМНЕЊЕТО КАКО ОБЛИК НА КРИВИЧНОТО
ДЕЛО ЗАГРОЗУВАЊЕ НА СИГУРНОСТА.....103**

7.7. Prof. Dr Barbara Novak DIVORCE LAW IN THE NEW SLOVENIAN FAMILY CODE.....	117
7.8. Prof. Emilija Stanković LAESIO ENORMIS ОД ИНСТИТУТА РИМСКОГ ПРАВА ДО РЕФОРМИСАНОГ – МОДЕРНОГ ИНСТИТУТА.....	131
7.9. Проф. д-р Дејан Мицковиќ ЗАЕДНИЧКОТО ВРШЕЊЕ НА РОДИТЕЛСКОТО ПРАВО И ПОДЕЛЕНОТО РОДИТЕЛСТВО ПО РАЗВОДОТ НА БРАК ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА – DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA.....	141
7.10. Проф. д-р Ана Павловска-Данева Проф. д-р Ивана Шумановска-Спасовска Проф. д-р Елена Давитковска АГЕНЦИИТЕ – РЕАЛНА ПОТРЕБА ИЛИ МОДА.....	161
7.11. Professor Jelena Đ. Vidić, Ph.D Sandra O. Samardžić Milica S. Kovačević MEDICAL TOURISM – LEGAL AND ETHICAL ASPECTS.....	187
7.12. Jelena Čuveljak, Dr. Scienc. IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE O NAKNADI ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA TRŽIŠNOG NATJECAJA U REPUBLICI HRVATSKOJ.....	209
7.13. Проф. д-р Александра Груевска Дракулевски МЕЃУНАРОДНИТЕ СТАНДАРДИ ЗА ПОСТАПУВАЊЕ СО ЗАТВОРЕНИЦИ ОСУДЕНИ НА КАЗНА ДОЖИВОТЕН ЗАТВОР И ДРУГИ ДОЛГИ КАЗНИ ЗАТВОР.....	225
7.14. Проф. др Балша Кашћелан КОМЕНТАР ПРАВНОГ СТАВА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА ПОВОДОМ ТЗВ. СЛУЧАЈА „ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ЗАПИС“..	253
7.15. Проф. д-р Јован Зафироски ПРАВНИ И ЕКОНОМСКИ АСПЕКТИ НА КРИПТОВАЛУТИТЕ.....	267

7.16. Др Жарко Димитријевић Марко Димитријевић Ксенија Димитријевић РЕШАВАЊЕ ЕНЕРГЕТСКИХ ИТ СПОРОВА МЕДИЈАЦИЈОМ.....	283
7.17. Д-р Есин Кранли Бајрам СОДРЖИНА НА РИМСКИОТ ТЕСТАМЕНТ.....	293
7.18. Dr. sci.Vedran Šupuković ODOVORNOSTI POMORSKOG PRIJEVOYNIKA ZA ŠTETU ZBOG SMRTI I TJELESNE OZLJEDE PUTNIKA.....	305

Проф. д-р Борче Давитковски*
Проф. д-р Ивана Шумановска-Спасовска**
М-р Константин Битраков***

НЕЗАВИСНИТЕ ТЕЛА КАКО МОДЕЛ НА ОРГАНИЗАЦИЈА НА ЈАВНАТА УПРАВА

UDK:35.075.6:005.332.5
35.075.6:005.332.5(497.7)
Original research paper

***Абстракт:** Денес живееме во време кога бројот на регулаторни тела или независни агенции или т.н. парламентарни органи постојано расте и зема сè поголем замав како дел од системот на управување во една држава. Конкретно во Република Македонија во периодот од 2002 година со законодавството се етаблираа околу 24 независни органи што сведочи дека ова не само што е актуелна тема за истражување и пишување туку и дека навистина постои потреба од продлабочено проучување за целта на основање на овие органи. Едноставно дали нивното етаблирање во правниот систем претставува потреба или мода. Оттука, предмет на истражување на овој труд се причините или факторите кои придонесуваат на формирање на независните органи, нивната положба во системот на организација на власта и разграничувањето помеѓу независните државни органи, регулаторните тела и самостојните органи на државна управа. Имајќи го предвид фактот дека преку формирање на овие органи се остварува нов начин на извршување на јавни овластувања, се поставува и прашањето дали тие не се и нов модел на организација на јавната управа. Модел кој овозможува децентрализација на одредени надлежности за кои досега се грижела државната управа, а за кои сега станува само контролор над извршувањето. Сето тоа со цел да се овозможи поефикасно, поквалитено и деполитизирано извршување на услугите од јавен интерес.*

***Клучни зборови:** независни органи, регулаторни тела, агенции, јавна управа, поделба на власта*

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

** Доцент на Економски институт, Универзитет Свети Кирил и Методиј во Скопје.

*** Програмски асистент во центарот на SEELS и докторанд на Правниот факултет во Белград

1. Причини за реорганизација на јавната управа – конкретно државната управа

Органите на управата не претставуваат еднаш за секогаш утврдена категорија туку променлива која постојано е условена и зависи од вкупните општествени, економски и политички случувања во една држава, но и од европските текови, услови и стандарди за развој на јавната управа. Органите на управата постојат и се формираат пред се заради непосредно извршување на законите, а кои како што знаеме постојано се менуваат. Оттука и органите на управата постојано треба да се прилагодуваат на новите потреби, на начин што ќе се модернизираат во начинот на извршувањето на задачите преку институционални реформи кои подразбираат и промена на организационата структура на управниот систем.

„Самите управни системи во суштина се реални и отворени, динамични системи, а не затворени и апстрактни правни конструкции“.¹ Како што се менува улогата на државата, така и државната управа добива нови надлежности. Како што се зголемуваат задачите на државата, кога станува носител на голем број општествено неопходни дејности, паралелно растат и надлежностите на администрацијата. Таа станува надлежна за решавање прашања од областа на стопанството, сообраќајот, комуналните служби и сл. За спроведување на овие надлежности е неопходно спроведување вертикална и хоризонтална реорганизација. Хоризонталната се спроведува на тој начин што за секоја нова област, за која државната управа ќе се определи за надлежна, се формира нов ресор или друг орган на државна управа, додека целта на вертикалната организација се состои во расчленување на управниот систем на повеќе степени. Како што истакнува професор Лилиќ, „денес управата се јавува како иницијатор и координатор на општествено неопходни и корисни работи (во здравство, образование, сообраќај, комуникации, социјални служби и сл.), а атрибутите на власта иако сè уште не се сосем исчезнати, повеќе не претставуваат основна содржина на управната активност на државата. Со тоа функциите на управата не само што стануваат сè побројни, туку и сè посложени и потешки“.² Ова, од своја страна,

¹ S. Lilić, *Državna uprava-instrument vlasti ili javna služba*, vo M. Damjanović, *Usporedna iskustva državnih uprava*, Beograd, 2006, str.44.

² S.Lilić, *Poslovi državne uprave u zakonodavstvu i novom ustavnom srbije*, str.1, преземено од www.uloga.na.državna.uprava.

влијае и врз „социјалната регулација која ја спроведува управата и која сега станува основен општествен процес и е битна претпоставка за економската ефикасност, културен развој и општ општествен напредок во услови на развиено индустриско и урбанизирано општество“.³

„Може да се каже дека основната социјална функција и општествена улога на управата, односно на државата се состои во тоа што со остварување на нејзините активности да придонесе за општата благосостојба на општеството, како и да им дава јавни услуги на своите граѓани. Општите цели на современото општество управата ги реализира со остварување на јавниот интерес (*bono publico*), како интереси кои стојат над поединечните (лични или групни) интереси“.⁴ Вебер од своја страна ја истакнува двојната улога на управата, како инструмент на политичката власт и како организација за спроведување дејности од јавен интерес. Тој уште во 1905 година ја воочува разликата помеѓу администрацијата како служба која ги опфаќа образованието, комуналните дејности и др., и управата како власт.⁵ За прифаќањето на концептот на државната управа како стручна служба, значајна улога одиграла и судската практика на Државниот совет во Франција, кој одлучувал за тоа кои работи се сметаат за управни. Па така, во 1905 година во случајот „Терие“ (*Terier* - кога кучињата скитници треба да се отстранат од улиците на градот Париз) е потврдено дека во рамките на управната дејност спаѓаат сите работи што се однесуваат на организација и функционирање на јавните служби.⁶ Оваа одлука била основа за теорискиот концепт на управата како јавна служба, теорија што била застапувана од познатиот француски теоретичар Леон Диги кој во 1913 година изјавува дека основната задача на државата повеќе не е вршење власт, туку вршење јавни служби. Морис Ориу, пак, смета дека јавната служба „е само една од најефикасните постапки кои ги користи управата за да ја изврш својата мисија.“⁷

Од поскорешните автори, Професор Димитриевиќ ги истакнува трите фундаментални вредности на современата управа: демократија, ефикасност и владеење на правото.⁸ „Целите што треба да ги постигне оваа

³ Sporedi: E.Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb, 1989, преземено од S.Lilić, *Poslovi državne uprave u zakonodavstvu i novom ustavnom Srbije*, str.1, преземено од www.uloga na državna uprava.

⁴ S.Lilić, *Poslovi državne uprave u zakonodavstvu i novom ustavnom srbije*, str.2, преземено од www.uloga na državna uprava.

⁵ Види: D. Milenković, *Javna uprava* (skripta), Beograd, 2011, стр.35.

⁶ Ibid. стр.36.

⁷ Maurice Hauriou, *Precis de droit administratif et de Droit general* Paris, 1921, стр.144, преземено од D. Milenković, *Javna uprava* (skripta), Beograd, 2011, стр.37.

⁸ Predrag Dimitrijevic, *Upravno pravo*, Nis, 2008, str.79.

современа управа се: отвореност и транспарентност, сервис и квалитет, стручност и етичност.⁹ Тој зборува за еден нов модел на управа, т.н. „нова јавна управа“.¹⁰ Овој модел на јавна управа настанува во средината на 20 век и е изведен од претходниот модел на управата како јавна служба. „Она што го карактеризира ваквиот пристап кон управата е еднаков третман со граѓаните, барање за општествена праведност, одговорност за сопствено дејствување и за дејствувањето на потчинетите, извршување јавни програми и давање предност на потребите на граѓаните пред потребите на управните органи и организации. За сето ова се потребни одредени промени, кои опфаќаат неколку клучни прашања: децентрализација, деволуција, временско ограничување и рокови за извршување проекти, програмирање проекти низ проекти, договор како правен основ за многу управни дејности, нов систем на вреднување и вредности (одговорност на управата, легитимитет, општествена оправданост, законитост, заштита на правата на граѓаните, правична постапка и сл.), перманентен организациски развој, ширење на одговорноста кон граѓаните. Сите овие идеи се антибирократски и тие ја обележуваат Новата јавна управа“.¹¹ Имено, новиот јавен менаџмент се залага за рационализација на јавниот сектор, одвојување на типови на управни организации спрема видот на работите на оние кои се задолжени за нивно формирање и пратење на јавната политика и оние кои ги извршуваат задачите и создавање на мали управни организации, со јаса одговорност за резултатот.

Сето ова е условено од едноставна причина што гломазниот управен апарат мора да биде ефикасен, економичен и ефективен и да се одликува со отвореност, динамичност, еластичност, прилагодливост, флексибилност. На овој модел му се припишува воведување пазарни критериуми во дејствување на државата, односно воведување нова менаџерска култура – култура на одговорност, иновација, свест за трошоците и прогресивен развој.¹²

Со оглед на тоа во еволутивниот развој на моделите на јавната управа може да констатираме дека постојат модели на класична државна управа, концепт на управата како јавна служба, модел на „нова јавна управа“ или познат како нов јавен менаџмент или модел на регулаторна држава познат како „агенцификација“.

⁹ Ibid., str.79.

¹⁰ Ibid., str.81.

¹¹ Ibid., str.81.

¹² Иван Коприќ, *Структура и комуницирање во управни организации*, Загреб, 1999, стр.267.

2. Независните органи како модел на организација на јавната управа

Следствено на погоре наведеното заклучуваме дека реформските резови не можат да се одвојат од администрацијата, а се со цел таа да се прилагоди кон новите општествени случувања. Тие реформи можат да се однесуваат на организационата структура, на кадрите во органите на управата, во начинот на извршување на надлежностите и сл. Меѓутоа најзначајни се институционалните реформи, кои според теоретичарите може да се однесуваат на:

- одлучувањето: усвојување на средства за подобрување на водењето на политиката, предвидување, програмирање, буџетирање, обработка на информации, координација, контрола, развој и сл.
- структуралното преуредување: планирање на нови организации и институции, закони, комуникации, модели на контрола.
- процедурите: промена на методи, процеси, техники, функции, улоги и контакти
- комуникациите: преоценување на одлуки, информации, резултати, стандарди, раководење, вредности и сл.
- Адаптибилноста: изнаоѓање решанија за промени во опкружување, истражување, иновации, неуспеси, кризи, трансформации и сл.¹³

Имено „сè посиљна е тенденцијата за напуштање на апстрактниот нормативистички пристап кон управата како “збир од органи кои вршат управна власт“ и сè поголема е ориентацијата кон еден прагматичен пристап кој се темели врз емпириски проверлив принцип дека е „добра“ онаа управа која ќе се покаже „успешна“. Во таа смисла, успешна е онаа управа која на најефикасен, најекономичен и најрационален начин ќе ги оствари своите цели, водејќи притоа сметка дека основната цел на управното дејствување е остварување и заштита на основните човекови слободи и права, од една страна, како и зголемување на државната благосостојба, од друга страна“.¹⁴

За да се остварат овие цели и реформи во јавната администрација денес се почест е трендот на т.н. „агенцификација“. Овој тренд или познат како модел на регулаторна држава се интензивира на карјот на

¹³ Н. Гризо, Б.давитковски, А. Павловска-Данева, *Јавна администрација*, Скопје, 2011, Стр.412

¹⁴ S.Lilic, *Drzavna uprava instrument vlasti ili javna sluzba*, vo *Uparedna iskustva drzavnih uprava*, Beograd, 2006, str.39.

19 век и почетокот на 20 век. Моделот е карактеристичен по тоа што од органите на управата се издвојуваат посебни самостојни органи или пак се формираат сосема нови независни органи. Причинта за ова е дека од органите на државна управа треба да се алоцираат оние надлежности кои на поефикасен, поквалитетен, попрофесионален начин и надвор од политичките влијанија може да ги извршува друг орган. Притоа државата ќе биде само контролор над законитоста на работењето на овие органи, кои од друга страна ќе останат финансиски, организационо и кадровски независни од другите носители на функции за законодавната, судската и извршната власт.

Воедно, регулаторната држава се заснова на идејата за доверување на регулаторните работи на посебни тела односно организации кои се стручни и изолирани од можни политички притисоци со што би се обезбедила соодветна пазарна конкуренција помеѓу давателите на јавните услуги односно заштита на посебни права на корисниците и вработените.¹⁵

2.1. Првите зачетоци на независните органи/ агенциите и причините за нивно појавување

„Агенцификацијата“ е несомнено нов концепт на организација на јавната управа.¹⁶ Само во периодот од 1990 до 2005 година се основани повеќе од 200 регулаторни агенции во светот.¹⁷ Иако зачетоците на овие

¹⁵ G. Majone, *Regulating Europe* London. New York: Routledge, 1996, G. Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*. *Journal of Public Policy* 17 (2): 139-167, превземено од Anamarija Musa, *Agencifikacija kao nova i dodatna centralizacija-hoce li se Hrvatska ikada moci decentralizirati*, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, 2012 godina, broj 4, str.1197-1224;

¹⁶ Musa, Anamarija, Koprić, Ivan, op. cit. str. 47-51., Musa, Anamarija, *Agencifikacija kao nova i dodatna centralizacija – Hoće li se Hrvatska ikada moći decentralizirati*, *Savjetovanje Instituta za javnu upravu, Lokalna i regionalna samouprava između gospodarske krize i članstva u EU*, 16. 11. 2011., Zagreb, HGK, dostupno na <http://www.slideshare.net/ijuzagreb/anamarija-musa-agencifikacija-kaonova-i-dodatna-centralizacija> (posjećeno 30. 10. 2012.), Koprić, Ivan, Musa, Anamarija, Đulabić, Vedran, op. cit. str. 661, превземено od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: *Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktuelnosti u postupcima*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392, file:///C:/Users/User/Downloads/zb201302_371.pdf

¹⁷ Bilić, Antun, Josipović, Tatjana, Petrović, Siniša, *Independent regulators in the network industries*, u knjizi *Regulirengsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie* (Hrsg./ eds. Bodiroga Vukobrat, Nada, Barić, Sanja), Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012., str. 247. Za postupak agencifikacije u Republici Hrvatskoj vidjeti više kod Musa, Anamarija, Koprić, Ivan,

агенции се пред сè од англосаксонските земји, тие денес се дел од сите управни системи. Имено, за агенциите се смета дека претставуваат амерички изум од време на големата економска криза и воспоставување на политика на државен интервенционизам, а во Европа се прошируваат во текот на 90-те години. Идејата која претходи на нивното настанување е дека независните агенции можат на најдобар начин да обезбедат и гарантираат примена на стручно знаење по поедини области при спроведувањето на државната политика.¹⁸

Со оглед на енормниот пораст на надлежностите на органите на управата од областа на образованието, науката, социјалната заштита, здравството и сл., повеќе не е доволно сите овие надлежности да бидат извршувани само од органите кои се дел на државната управа (министерствата, управи, дирекции, бироа и сл.), туку се наметнува потребата од јакнење на улогата на јавните служби (јавните претпријатија и јавните установи), како и органи кои ќе го осигуруваат извршувањето на дел од јавните услуги, а тоа се пред се независните агенции или познати како регулаторни органи. Тргнувајќи од фактот дека јавните служби може да обезбедуваат јавни услуги кои може да бидат од профитабилен или непрофитабилен карактер, се разликуваат и двата вида на јавни служби: служби од општ економски интерес и нееекономски служби од општ интерес.¹⁹ Имено, „службите од општ економски интерес се препуштаат на делување на пазарот, но тој пазар не е нерегулиран. Наместо, директно обезбедување на тие служби, државата се преорентира на нивна регулација, а ги обезбедуваат приватно-правни субјекти. Доколку се овозможи и приватните субјекти за извршуваат служби и обезбедуваат услуги од општ интерес, мора да се воспоставата и механизми за регулација, лиценцирање, надзор и заштита на правата на потрошувачите на тие услуги. Затоа се воспоставуваат независни регулатори чија улога е автономно и независно да регулираат поединечен дел од пазарот или

op. cit. str. 47-51., gdje ističu da ja taj postupak bio najintenzivniji u vremenskom periodu od 2001. – 2009. godine, dok je 2010. godine došlo do suprotnog trenda, odnosno smanjivanja broja agencija, što nazivaju deagencifikacijom, prevzemenom od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktuelnosti u postupcima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392, file:///C:/Users/User/Downloads/zb201302_371.pdf

¹⁸ Branko Smerdel, Nezavisni regulatori i vladavina prava hrvatska praksa u svijetlu američkog iskustva, prevzemanom od https://www.pravo.unizg.hr/_.../, na 26.08.2014g

¹⁹ За ова поконкретно види: I. Koprić, Pazvoj i problem agenciskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore, Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija javnih službi na džavnoj, lokalnoj i regionalnoj razini, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str.5

одреден сектор (на пример, електронски комуникации).²⁰

Сето ова се случува во периодот на либерализација и приватизација, кога државата ја менува својата улога од сопственик и управувач, а останува да се прашува – но, само како регулатор. Во новата улога, државата ги креира правилата како ќе функционира пазарот за одреден сектор, таа ги определува условите на влегување на нови учесници на пазарот, поставува стандарди за производи (услуги) кои се нудат. Беше споменато дека овој процес произлегува од англосаксонските земји, поточно оф Велика Британија во првата влада на Маргарет Тачер.²¹ Воедно, една од најзначајните реформи кои се спроведени во тоа време е основањето на извршните агенции, така наречани Next Steps агенции. За да се основаат овие агенции клучно прашање е да се одвојат policy работи, кои остануваат во надлежност на министерствата, од спроведување на политиките, кои треба да поминат во надлежност на извршните агенции. На тој начин агенциите не претставуваат нови организациони творби, туку настануваат со одвојување од организационата структура на министерствата. Формално тие имаат само управувачка (избор на функционер на конкурс) и финансиска самостојност. Вакви извршни агенции до крајот на владеештото на конзервативците имало вкупно 140.²²

Во теоријата се смета дека овој концепт на агенцификација е поврзан со моделот на новиот јавен менаџмент. Имено, како што новиот јавен менаџмент се залага за рационализација на јавниот сектор, одвојување на типови на управни организации спрема видот на работите на оние кои се задолжени за нивно формирање и пратење на јавната политика и оние кои ги извршуваат задачите и создавање на мали управни организации, со јасна одговорност за резултатот. Истовремено регулаторната држава се заснова на идејата за доверување на регулаторните работи на посебни тела односно организации кои се стручни и изолирани од можни политички притисоци со што би се обезбедила соодветна пазарна конкуренција помеѓу давателите на јавните услуги, односно заштита на

²⁰ I. Koprčić, Pazvoj i problem agenciskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore, Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija javnih službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str.6

²¹ Nastanak i nezavisnost regulatornih tela u Srbiji: domaće ili eksterne determinante?, Slobodan Tomić, Aleksandar Jovančić* <http://www.politickeperspektive.org/izdanja/broj-5/2>, Informacioni centar Evropske unije, Srbija

²² Beuselinck, 2006; Greenwood et al., 2005; Peele, 2004; v. i Musa, 2014), prevzemenom od Komparativna javna uprava – nastavni materijali Institut za javnu upravu Zagreb, 2015, https://www.pravo.unizg.hr/_news/14947/KJU%20-%20nastavni%20materijali%20za%20web.pdf

посебни права на корисниците и вработените.²³ Како творец на Новиот јавен менаџмент (New Public management) се смета Кристофер Худ (Christopher Hood). Притоа, тој ги наведува четирите основи елементи на кои се заснова ова теорија, и тоа: обид да се забави растот на владините тела, насочување спрема приватизацијата, развој на информатичката технологија особено кога станува збор за обезбедување на јавните услуги и развој на меѓународна соработка.

Во однос на поимното определување на агенциите би истакнале дека тоа зависи пред сè од нивниот вид, затоа што тие не се хомогена појава туку се разликуваат во однос на одредени критериуми како што се статусот, финансиската и организационата самостојност, начинот на одговорност, видот на дејноста што ја извршуваат и според тоа може да се поделат во неколку категории. Всушност, тие може да се класифицираат како: независни, извршни и експертски.²⁴ Додека називот може да биде: агенции, регулаторни тела, јавни агенции или парламентарни органи. Становишта дека овие тела се дел од управата, поради што вршат управна дејност, се сè позастапени во теоретските согледувања²⁵.

Согласно европската регулатива ((ЕК) бр. 58/2003), статусот на извршните агенции е утврдено дека извршните агенции се посебни правни лица, на кои одапред им се утврдуваат границите и условите за доверување на надлежности, овластувањата кои им се даваат, начинот на контрола над работата на извршните агенции, како и нивното финансирање и отвореност во работата.²⁶

Она што треба да го констатираме е дека не секоја агенција се смета за регулаторно тело. Така, постојат одредени услови кои треба да бидат исполнети за да на една агенција и се признае статус на регулаторно тело. Според Станичиќ тоа би биле следниве карактеристики: да станува збор за правно лице со јавни овластувања кое се наоѓа надвор од составот

²³ G. Majone, *Regulating Europe* London. New York: Routledge, 1996, G. Majone, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*. *Journal of Public Policy* 17 (2): 139-167, превземено од Anamarija Musa, *Agencifikacija kao nova i dodatna centralizacija-hoce li se Hrvatska ikada moci decentralizirati*, *Hrvatska i komparativna javna uprava*, 2012 godina, broj 4, str.1197-1224;

²⁴ I. Koprić, *Pazvoj i problem agenciskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore*, *Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija javnih službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str.13

²⁵ З. Урошевић, “Положај и улога јавних агенција у нашем правном систему”, *Правни живот* 10/2005, 283-295.

²⁶ Council Regulation (EC) No. 58/2003 of 19 December 2002, laying down the statute for executive agencies to be entrusted with certain tasks in the management of Community programmes.

на државната управа, да има овластување за донесување подзаконски акти и водење на посебни управни постапки и дека против конкретната одлука на регулаторната агенција жалба не е дозволена.²⁷ Петровиќ, пак, ги дефинира како самостојни и независни тела со јавни овластувања, основани со цел уредување и надзор над извршување (либерализирани) дејности од општ општествен интерес.²⁸ Ѓерѓа и Руе под поимот на регулаторни агенции ги сметаат организациите со различен назив, структурно издвоени од составот на државната управа, чија задача и постојано извршување на јавните работи на национално ниво.²⁹

Сепак, постојат и спротиставени ставови, според кои споменатите тела не можат да се ценат исклучиво за дел од администрацијата. Имено, американскиот автор Mulock ги дефинира како „органи, кои не се ниту законодавни, ниту извршни, ниту судски, туку обединуваат понешто од секоја гранка на власт, и теоретски се одговорни на Конгресот. Тие се основаат кога Конгресот смета дека посебни услови бараат континуирано и многу често донесување на акти од законодавна природа, втемелени на униформна и конзистентна политика“.³⁰ На таа линија е и ставот на Christensen, Laegreid и Stone Sweet кои истакнуваат дека станува збор за тела

²⁷ Staničić, Frane, Pravna narav regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj, Pravo u gospodarstvu, br. 5., 2012., str. 1359-1360, Barić, Sanja, Ѓерѓа, Dario, Zakonsko uređenje regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj, Informator male stranice, br. 5908., 2010., str. 3., prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktuelnosti u postupcima Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

²⁸ Petrović, Siniša, Pojam i uloga nezavisnih regulatora, Pravo u gospodarstvu, br. 3., 2008., str. 465, prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktuelnosti u postupcima Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

²⁹ Ѓерѓа, Dario, Rupe, Doris, Pravno uređenje regulatornih agencija u hrvatskom pravu, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2010., str. 62, prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktuelnosti u postupcima Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

³⁰ Mulock, B. u Smerdel, Branko, Regulatorne agencije, Informator, br. 5432., str. 1. O položaju regulatornih agencija u američkom pravu više vidjeti kod Bajakić, Ivana, Razvoj i učinci regulatornih agencija u SAD: uspješan model za Europu?, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2., vol. 60., 2012., str. 495-526., prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktuelnosti u postupcima Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

кои се структурално издвоени од државната управа заради извршување на јавни работи на национално ниво на трајна основа, во кои вработените се јавни службеници и се финансираат воглавно од државната сметка и се подложни на прописи на јавното право.³¹ Независни стручњаци во агенции, ќе донесуваат прописи и ќе ги спроведуваат, по правилата на структурата, ослободени од интересни интервенции на политиката и власта.³²

Поврзувајќи ги независните тела со диференцијацијата и децентрализацијата на државната управа се смета и дека „хоризонтална диференцијација во современите држави се одвива од почетокот на модерната управа, прво како разгранување во централна државна управа на различни управни ресори, а потоа во последните децении, како функционална, управна децентрализација во смисла на одвојување на специјализирани организации од државната управа на голем број агенции.“³³ Исто така, „новите сваќања за карактерот на јавната управа и улогата на државата во општествено интензивно ја промовираат фрагментацијата на средишната управа и делегирање на работите издвоени на самостојни организации, чија одговорност и контрола остануваат недоволно решени прашања.“³⁴

Сепак, за да говориме за формирањето на независни органи и тела (меѓу кои и регулаторните), на кои им се пренесува јавно овластување за извршување на задачи од јавен интерес, би морале најнапред да го дефинираме и самото јавно овластување. Јавното овластување, имено, претставува „право и обврска на одредени субјекти, во извршувањето на доверените задачи да можат да настапуваат авторитативно во име на општествената заедница, утврдувајќи обврски, забрани и други

³¹ Christensen i Laegreid te Thatcher i Stone Sweet u Koprić, Ivan, Musa, Anamarija, Đulabić, Vedran, *Europski standardi regulacije službi od općeg interesa: (kvazi)nezavisna regulacijska tijela u izgradnji modernog kapitalizma*, Hrvatska javna uprava, br. 3., 2008., str. 661., prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: *Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktuelnosti u postupcima* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

³² Branko Smerdel, *Nezavisni regulatori I vladavina prava hrvatska praksa u svijetlu američkog iskustva*, prevzeto od <https://www.pravo.unizg.hr/.../>, na 26.08.2014g.;

³³ Eugen Pusić, *Nauka o upravi*, Zagreb, 2002, prevzeto od Anamarija Musa, *Agencifikacija kao nova I dodatna centralizacija-hoce I se Hrvatska ikada moci decentralizirati*, Hrvatska I komparativna javna uprava, 2012 godina, broj 4, str.1197-1224;

³⁴ Verhoest et al., 2010; Pollitt I Talbot, 2004, Verhoest, K., P.G. Roness, B. Verschuere, K. Rubecksen, M. MacCarthaigh (2010) *Autonomy and Control of State Agencies. Comparing States and Agencies*. Palgrave Macmillan, prevzeto od Anamarija Musa, *Agencifikacija kao nova I dodatna centralizacija-hoce I se Hrvatska ikada moci decentralizirati*, Hrvatska I komparativna javna uprava, 2012 godina, broj 4, str.1197-1224;

однесувања па и против волјата на субјектот на кого се однесуваат тие мерки“.³⁵ Најчесто јавно овластување се дава за: решавање управни работи и вршење јавни евиденции и издавање уверенија). Поконкретно, јавните овластувања се доверуваат за следниве државни работи: вршење нормативна дејност – преку донесување статuti и други општи акти да уредуваат односи, да утврдуваат услови; решавање во управни работи – на пример, тие треба да се предвидат во ЗОУП; за вршење стручен надзор, заштита и инспекција; за водење јавни евиденции и за издавање јавни исправи.

Со оглед на горе наведените дефинирање за самостојните органи може да ја изведеме и нашата заклучна синентизирана дефиниција која во себе ги инкорпорира основните елементи кои треба да ги поседува еден орган за да добие статус на независно тело. Овие органи се етаблираат на основа на посебен закон со кој им се признава својство на правно лице и по својата положба во системот на поделба на власта тие се наоѓаат надвор од трите гранки на власта (законодаваната, судската, извршната), што значи дека имаат одреден степен на автономија во поглед на одлучувањето, а кои во себе ги инкорпорираат и регулаторната и извршната и судската власт. Имено, со самото основање на овие органи врз нив се врши пренесување на овластувања и одговорности при обезбедување на јавни услуги и вршење одредени управни работи. Во начело овие органи се организационо, финансиски и кадровски самостојни, а одговараат само за повреда на начелото на законитост при донесување на акти и превземање на дејствија, додека избраните членови (доколку станува збор за комисија) или директори (доколу станува збор за агенција) одговараат пред оној што ги избрал, а тоа е законодавното тело (Собранието). Истите се формираат заради извршување на стручни, извршни и контролни работи. Сепак, од истражувањето спроведено за овој труд воочуваме и дека не постои унифициран систем со однапред утврдени правила кои се однесуваат на утврдување на потреба за формирање на независен орган, начинот на управување, начинот на финансирање, статусот на вработените во овие органи, платите кои ги добиваат, контрола над нивната ефикасност и ефективност во работата. Сето ова остава впечаток дека во иднина треба да се утврдат и конкретни критериуми за овие прашања. На крајот, би сакале да истакнеме дека иако станува збор за тела кои навидум се наоѓаат помеѓу трите гранки на власт, тие се сепак најблиски до поширокиот поим на јавната

³⁵ Đuro Gatarić, *Djelatnosti od posebnog društvenog interesa i javna ovlaštenja*, Zagreb, 1986, стр.101-102.

администрација. Тоа всушност произлегува од фактот дека ним им е доверено извршувањето на работите од јавен интерес кои традиционално би потпаднале под надлежност на управата.

3. Компаративни искуства за развојот на независните органи/ агенциите

Во Велика Британија самостојните регулаторни тела настануваат како резултат на потребата одредени активности на државата да се извршуваат независно од централната Влада и без директна политичка контрола на владата. По својот правен статус регулаторните тела припаѓаат во групата на т.н. недепартаментски јавни тела (*non-departmental public bodies*), кои се разликуваат по својата природа и функции кои ги извршуваат што предизвикува потешкотии при нивното дефинирање. Тие се основаат од страна на владата и имаат свои независни буџети и кадар. Раководството на регулаторните тела го поставува владата на одреден временски период и тоа за својата работа е одговорно пред ресорните министерства, а не на парламенот со што се намалува независноста и јавната одговорност на овие тела за нивното работење. За да се надмине ваквата критика за политизацијата и недостатокот на одговорност во работата на регулаторните тела, во Британија се воведени задолжителни јавни конкурси за избор на раководството на регулаторните тела, со што се јакне транспарентност во изборот на раководството и професионалноста во работењето на регулаторните тела.³⁶

Во САД агенциите се делат на зависни и независни. Зависните органи се формираат како органи во состав на некој департамент, кои го сочинуваат кабинетот на Претседателот на САД. На чело на овие организации се наоѓа функционер кој е поставен од Претседателот, во согласност со Сенатот. Независните агенции од своја страна се делат на независни извршни агенции (*independent executive branch agencies*) и регулаторни агенции (*independent regulatory agencies*). Независните извршни агенции имаат сличен статус со зависните во однос на овластувањата на Претседателот на САД спрема нив, а разликата е што овие се организационо самостојни бидејќи не се наоѓаат во состав на департамент.³⁷ Од друга страна,

³⁶ Dejan Šuput, Samostalna regulatorna tela u pravnom sistemu Republike Srbije, превземено од http://www.telekomunikacije.rs/arhiva_brojeva/treci_broj/mr_dejan_suput:_samostalna_regulatorna_tela_u_pravnom_sistemu_republike_srbije_.165.html

³⁷ Johnson C. Scott, „Administrative Agencies: A Comparison of New Hampshire and Federal Agencies’ History, Structure and Rulemaking Requirements“, *Pierce Law Review*,

независните регулаторни агенции пак имаат прилично висок степен на независност. Тие не припаѓаат на ниеден управен ресор, ниту се наоѓаат под директна контрола на претседателот на државата или старешината на одреден ресор. Заеднички карактеристики на регулаторните тела во САД се:

- на нивно чело стои група на луѓе, а не еден старешина
- најмногу просто мнозинство на колективниот орган на управување може да биде од една политичка партија
- членовите на колективниот орган на управување се поставуваат од страна на претседателот на државата (на основа на мислење и со одобрение од Сенат) на точно одреден период
- членовите на колективниот орган на управување можат да бидат разрешени од таа позиција само во случај на постоење на јасна причина (*cause*), за разлика од повеќето службеници во извршната власт кои се наоѓаат на „услуга“ на претседателот.³⁸

Во Франција појавата на самостојните регулаторни тела е забележана во текот на седумдесетите година на 20 век, а нивната правна положба ниту денес не е јасно дефинирана со закон, ниту во судската пракса. Према толкувањето на Државниот совет- самостојните регулаторни тела кои работат во име на државата, имаат јавни овластувања, но не зависат од владата. Тие се измени од хиерархијата на органите на извршната власт. Француската држава завзема став дека самостојните регулаторни тела се политички и организационо независни, со што се обезбедува нивна стручност, кредибилитет и легитимитет затоа што тие вршат работи во „оствеливи“ области од општествениот живот. И покрај тоа што раководителите на овие тела се најчесто именувани со декрет на претседателот на Републиката, тие се декларираат како независни и самостојни. Начинот на работа е најчесто колегијален иако постојат и примери на инокосни регулаторни тела. Областите во кои најчесто работат самостојните регулаторни тела (на пример, економија, јавни финансии, јавно информирање, електронски медиуми и телекомуникација). Како пример, кој заслужува внимание би го навеле Француското надлежно тело за телекомуникација кое на свое чело како колегијален орган на управување има колегиум чии членови се избираат од страна на претседателот на Републиката, претседателот на Сенатот и претседателот

Vol 4, Nr. 3, University of New Hampshire, 2006., 438., превземено од Драган Милков, редовни професор Универзитет у Новом Саду Правни факултет у Новом Саду

ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ У СРБИЈИ
Случајна грешка или лоша намера?

³⁸ Ibid.

на националното Собрание.³⁹ Државниот совет смета дека агенциите се засноваат на два кумулативни критериуми, и тоа: автономија, по кој агенциите се разликуваат од независните управни органи (*autorités administratives indépendantes*) и постоење на овластувања за извршување на националната јавна политика (*l'exercice d'une responsabilité structurante dans la mise en oeuvre d'une politique publique nationale*). Овие агенции ги извршуваат работите од општ интерес (во областа на здравство, социјала, образование и сл.) . Меѓутоа во Франција не постојат агенции кои спаѓаат во органи на управа. Во Франција статусот на агенциите е сличен на статусот на нашите посебни организации, а уште повеќе се оние кои кај нас спаѓаат во јавните служби.⁴⁰

Хрватска од своја страна е карактеристична по тоа што во последно време од 2009 кај неа е во тек деагенцификација која подразбира намалување на бројот на агенциите. Ваквото решение следи на процесот на кричкото преиспитување на бројот на органите, воведување на единствени правила, обид за воведување на механизам за координација и управување со ефективност и други облици на рационализација во извршување на работите на државната управа. (укинати се 19 и основани 7 нови агенции, намалени за 14%. Основот за вакво решение е завршниот извештај на проектот на Функционална анализа во реструктурирање на државната управа и агенции на крајот на 2008, кој го спровеле хрватските експерти за Светска банка. Имено, од досегашното искуство со формирање на голем број на независни органи, сега се оди во правец на нивна рационализација. Како темелни проблеми на независни регулаторни тела во Хрватска се сметаат: положба во системот на власта, невоедначена регулација на нивниот правен статус, начин на постапување во конкретни ситуации, судскиот надзор на нивното работење, регрутација, квалитет и правен статус на вработените, поширока општествена перцепција и поддршка на нивното работење, механизми на влијание и надзор, ефикасност и ефективност на агенциите и потешкотии на нивното мерење и сл.⁴¹

Република Србија од своја страна е карактеристична по тоа што има посебен Закон за јавни агенции,⁴² согласно кој тие се делат во три

³⁹ Dejan Šuput, Samostalna regulatorna tela u pravnom sistemu Republike Srbije, превземено од http://www.telekomunikacije.rs/arhiva_brojeva/treci_broj/mr_dejan_suput_samostalna_regulatorna_tela_u_pravnom_sistemu_republike_srbije_.165.html

⁴⁰ Др Драган Милков, *Јавне агенции у Србији – случајна грешка или лоша намера?* (стр. 25–36), <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0550-2179/2014/0550-21791403025M.pdf>

⁴¹ I. Koprić, *Pazvoj i problem agenciskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore, Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija javnih službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini*, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str.14

⁴² Закон о јавним агенцијама, Службени гласник РС бр. 18/2005 и 81/2005.

прави категории и тоа: агенции како јавни служби, агенции како посебни организации и агенции како јавни агенции.⁴³ За јавните агенции станува збор тогаш кога се работи за поголем број на правни субјекти, чија правна природа и статус се регулирани со Законот за јавни агенции. Имено, согласно овој закон јавна агенција е „организација која се основа за развојни, стручни или регулаторни работи од општ интерес, доколку развојните, стручните и регулаторните работи не бараат постојан и непосреден политички надзор и доколку јавната агенција може подобро и поефективно да ги извршува од органот на државна управа, особено ако во целост или во повеќето случаи може да се финансира од цената која ја плаќаат корисниците за услугата. На овие агенции може со посебен закон да им се дадат јавни овластувања и да им се доверат следниве надлежности: да донесуваат прописи за извршување на закони и други општи акти, првостепено одлучување во управни предмети и издавање на јавни исправи и водење на евиденција. Секоја агенција е самостојна во нејзиното одлучување. Но, и покрај посебното законско решение за агенциите во српската правна теорија не постои консензус за тоа каква е правната природа на поедините агенции.⁴⁴

Согласно компаративните искуства во однос на независните агенции може да заклучиме дека тие постојат скоро во секоја земја, а како главна причина за нивното формирање била дерегулација на државната управа. Како аргументи кои одат во прилог на формирање на независните органи, најчесто се наведуваат: промовирање на професионални вредности, овозможување заштита на елементи на опит (јавен) интерес како што се квалитет, достапности сл., јакнење на надзорот над обезбедување на услуги од опит интерес и јакнење на правната заштита на потрошувачот, заштита на пазарот преку спречување на создавање на монопол и заштита на пазарните

⁴³ А. Мартиновић, оригинални научни рад, « Правна природа агенција у правном систему Републике Србије», 391-400. <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0550-2179/2012/0550-21791202391M.pdf> Када је реч о агенцијама као посебним организацијама, 2009. године постојало је шест таквих агенција. Од тог броја, две агенције образоване су Законом о министарствима из 2004. године (Агенција за развој инфраструктуре локалне самоуправе и Агенција за страна улагања и промоцију извоза), док су четири агенције образоване посебним законима: Агенција за рециклажу (образована Законом о поступању са отпадним материјама), Безбедносно-информативна агенција (образована Законом о безбедносно-информативној агенцији), Агенција за енергетску ефикасност (образована Законом о енергетици) и Републичка агенција за мирно решавање радних спорова (образована Законом о мирном решавању радних спорова).

⁴⁴ Др Александар Мартиновић, *Правна природа агенција у правном систему* (стр. 391–400), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012

*механизми. Додека како негативности се истакнуваат: несоодветни со начелото на поделба на власт затоа што во исто време извршуваат регулациски, управни, надзорни, квази-судски, заштитни и други овластувања, влијаат на екстензивен пораст на бројот на прооиси, нивната политичка независност често пати е доведена во прашање, а прашање е дали имаат во доволна мера и друг облик на автономија. понекогаш може да избегнуваат било каков облик на одговорност, постои ризик од губење на нивната самостојност од големите компании чие работење треба да го регулираат.*⁴⁵

4. Видови независни тела во Република Македонија

Република Македонија како земја која претендира за влез во Европската унија е должна да спроведе повеќе видови на реформи, од кои за нас најзначајни се реформите од областа на јавната администрација. Во оваа област досега се превземени повеќе чекори од кои најголемите нови се однесуваат на усогласување на правната рамка со која се уредува организирањето и функционирањето на јавната администрација со европските принципи.

Организациски промени се случуваат од причина што „покрај основната карактеристика дека државната управа во остварувањето на својата цел употребува инструменти на власт, односно јавни овластувања, таа се карактеризира и со динамичност во развојот на нејзините организациски видови, во зависност од промените што се случуваат во едно општество. Колку што се тие промени почести и покрупни, толку повеќе до израз доаѓа и потребата од менување и усовршување на државната управа во една земја. Тоа е, всушност, теоретското определување на постојаното менување на организациските видови на државните и на другите органи, кои вршат управни дејности.“⁴⁶

Во Република Македонија постојат три вида на самостојни органи, и тоа: самостојни органи на државната управа, независни органи и регулаторни тела. Нивната бројка од 2000 година до денес 2017 година изнесува вкупно 50 органи. Од нив 11 се регулаторни тела, 14 независни

⁴⁵ I. Koprić, Pazvoj i problem agenciskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore, Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija javnih službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str.9-10

⁴⁶ Ана-Павловска-Данева, *Организација на државната управа во Република Македонија до најновите законски прописи*, Годишник на Правниот факултет во Скопје, том 39, книга III/III, 2001.

органи и 25 самостојни органи на државна управа. Нивниот приказ е даден во табела 1.

Р.бр.	Институција	Бр. на вработени	Средства од Буџет на РМ
	РЕГУЛАТОРНИ ТЕЛА		
1	Агенција за супервизија на капитално финансирано пензиско осигурување, 2002		
2	Агенција за супервизија на осигурување, 2002		
3	Комисија за хартии од вредност, 2005		
4	Агенција за цивилно воздухопловство, 2006		
5	Агенција за електронски комуникации, 2008		
6	Регулаторната комисија за домување, 2009	8	10.437 илјади денари
7	Агенција за пошти, 2010		
8	Регулаторна комисија за енергетика, 2011		
9	Агенција за регулирање на железни сектор (2012)		
10	Агенција за аудио и аудио визуелни медиумски услуги (2013)		
11	Советот за унапредување и надзор на ревизијата е основан од страна на Владата на Република Македонија како самостојно и независно регулаторно тело, 2010 ⁴⁷	8	8.496 илјади денари
	Вкупно		241.233 илјади денари
	НЕЗАВИСНИ ОРГАНИ		
1	Агенцијата за разузнавање е посебен орган на државна управа	254	222.300 илјади денари
2	Комисијата за заштита на правото за слободен пристап до информациите од јавен карактер е независен државен орган (2006)	23	16.580 илјади денари
3	Инспекцискиот совет е самостоен државен орган со својство на правно лице	15	25.290 илјади денари
4	Агенцијата за администрација е самостоен државен орган со својство на правно лице (2010)	65	40.510 илјади денари

5	Државната комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка (2011)	33	27.470 денари	илјади
6	Државната комисија за одлучување во управна постапка и постапка од работен однос во втор степен е државен орган кој е самостоен во својата работа и има својство на правно лице (2011)	59	57.625 денари	илјади
7	Комисијата за заштита од дискриминација е самостоен и независен Орган (2010)	7 члена и 4 вработени	5.540 денари	илјади
8	Државната комисија за жалби по јавни Набавки (2007)	18	19.085 денари	илјади
9	Дирекцијата за заштита на личните Податоци (2005)	23	21.905 денари	илјади
10	Комисијата за заштита на конкуренцијата е самостоен државен орган со својство на правно лице (2010)	27	21.960 денари	илјади
11	Државната изборна комисија	117	74.985 денари	илјади
12	Државната комисија за спречување на корупцијата е самостоен државен орган со својство на правно лице	35	31.340 денари	илјади
13	Државниот завод за ревизија е самостоен и независен орган (2010)	89	94.816 денари	илјади
14	Ревизорското тело за ревизија на инструментот за претпристапна помош (ИПА) е формирано како самостојно и независно правно лице,	35	40.694 денари	илјади
	Вкупно		477.800	
	САМОСТОЕН ОРГАН НА ДРЖАВНА УПРАВА			
1	Агенција за остварување на правата на заедниците – правно лице	19	9.450 денари	илјади
2	Агенцијата за управување со одземен имот	47	22.155 денари	илјади
3	Агенцијата за примена на јазикот што го зборуваат најмалку 20% од граѓаните на Република Македонија		8.350 денари	илјади
4	Дирекцијата за безбедност на класифицирани информации	42	29.914 денари	илјади
5	Дирекцијата за заштита и спасување	271	282.900 денари	илјади
6	Агенција за финансиска поддршка во земјоделството и руралниот развој	187	8.635.600 денари	илјади
7	Агенцијата за промоција и поддршка на туризмот	35	177.232 денари	илјади
8	Центарот за управување со криз	310	165.740 денари	илјади

9	Агенцијата за стоковни резерви	35	259.240 денари	илјади
10	Дирекцијата за задолжителни резерви на нафта и нафтени деривати	17	874.000 денари	илјади
11	Агенцијата за странски инвестиции и промоција на извозот на Република Македонија	58	134.660 денари	илјади
12	Дирекцијата за технолошки индустриски развојни зони	72	1.005.700 денари	илјади
13	Агенцијата за поттикнување на развојот на земјоделството	122	59.546 денари	илјади
14	Агенција за храна и ветеринарство	350	630.816 денари	илјади
15	Национална агенција за европски образовни програми и мобилност	33	146.285 денари	илјади
16	Агенцијата за млади и спорт	48	484.413 денари	илјади
17	Агенцијата за иселеништво	21	20.957 денари	илјади
18	Комисијата за односи со верските заедници и религиозните групи	13	13.130 денари	илјади
19	Агенцијата за катастар на недвижности	882	671.660 денари	илјади
20	Агенција за квалитет и акредитација на здравствени установи			
21	Агенција за лекови и медицински средства			
22	Агенција за планирање на простор			
23	Агенција за поддршка на претприемништво на РМ			
24	Агенција за филм			
25	Дирекција за радиациона сигурност			
	Вкупно	3 382	13.631.748 денари	илјади
	Вкупно		14.350.781 денари	илјади

Табела 1 - Извор за финансиските средства Буџет на Република Македонија за 2018 и Регистер за вработени во јавниот сектор за 2016 година

Она што може да го заклучиме е дека за дел од органите немаме податоци за буџетот со кој располагаат и вкупниот број на вработени. Додека од добиените податоци заклучокот е дека на овие органи од Буџетот на РМ се издвојуваат 6.8%, а бројоката на вработените достигнува над 3382. Ваквите податоци укажуваат дека во иднина е неопходно изготвка

⁴⁷Закон за ревизија, Службен весник на РМ, бр. 158 од 9.12.2010 година

на детална функционалната анализа со цел да се утврди дали овие органи се навистина независни или пак претставуваат само паралелна администрација, но и реорганизација, односно рационализација на независните органи. Исто така, не постојат концизни разграничувања кога се одлучува да се формира некој орган и тоа во кој облик. За да го илустрираме овој проблем ќе наведеме неколку позитивно правни решенија.

Агенцијата за аудио и аудиовизуелни медиумски услуги е самостојно и независно, непрофитно регулаторно тело со статус на правно лице со јавни овластувања.⁴⁸ Работењето на Агенцијата се финансира од средствата остварени од приходите од надоместоците предвидени со закон со кој таа се основа, од средствата од наплатената радиодифузна такса согласно со овој закон, како и од заеми и друга финансиска и техничка помош.⁴⁹ Независно регулаторно тело во областа на поштенските услуги е Агенцијата за пошти. Собранието на Република Македонија е основач на Агенцијата. Агенцијата се основа како самостојно и непрофитно правно лице, кое врши јавни овластувања утврдени со овој закон. Агенцијата во својата работа и при донесување на одлуки во рамките на своите овластувања е независна од друг државен орган или друго јавно правно лице или трговско друштво што врши дејност од областа на поштенските услуги и е непристрасна кон нив.⁵⁰ Заради обезбедување на сигурно и безбедно снабдување на потрошувачите во Република Македонија со енергија, заштита на животната средина и природата, поведување и заштита на конкурентен пазар на енергија врз начелата на објективност, транспарентност и недискриминираност, се основа Регулаторна комисија за енергетика на Република Македонија. Регулаторната комисија е независна во своето работење и во донесувањето на одлуките во рамките на надлежностите утврдени со овој закон. Додека членовите и претседателот на Регулаторната комисија, кој е еден од членовите на предлог на Владата на Република Македонија ги именува и разрешува Собранието на Република Македонија.⁵¹ Согласно член 3 точка 86 од Законот за енергетика Регулаторна комисија за енергетика на Република Македонија е регулаторно тело основано со закон заради регулирање на одделни прашања во енергетскиот сектор, со статус на правно лице.

⁴⁸ Член 4 Закон за аудио и аудиовизуелни медиумски услуги, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.184 од 26.12.2013 година

⁴⁹ Член 4 од Закон за аудио и аудиовизуелни медиумски услуги, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.184 од 26.12.2013 година

⁵⁰ Член 7 Закон за поштенски услуги, Службен весник на РМ, бр. 158 од 9.12.2010 година

⁵¹ Закон за изменување и дополнување на Законот за енергетика, Сл.Весник на

Регулаторната комисија за енергетика донесува статут кој го одобрува Собранието на Република Македонија.⁵²

„Заради вршење надзор над законитоста на превземените активности при обработување на личните податоци и нината заштита, на територијата на Република Македонија, се основа Дирекција за заштита на лични податоци, како самостоен и независен државен орган со својство на правно лице. Со Дирекцијата раководи директор, кој го именува и разрешува Собранието на Република Македонија на предлог на Владата на Република Македонија“.⁵³ Согласно член 47 од Законот за спречување на корупција, се основа Државната комисија за спречување корупција како самостојна и независна во вршењето на работите определени со овој закон. Со овој закон се утврдуваат мерките за спречување на корупцијата во вршењето на власта и во вршењето на доверени јавни овластувања, мерките за спречување на судирот на интереси, како и мерките за спречување на корупцијата при вршењето работи од јавен интерес на правните лица сврзани со остварувањето на власта. За примена на мерките од став 1 на овој член се основа Државна комисија за спречување на корупцијата.⁵⁴ Комисијата за заштита на конкуренција е самостоен државен орган со својство на правно лице, независна во своето работење и во донесувањето на одлуките во рамките на надлежностите определени со Законот. Комисијата е составена од Претседател и четири члена кои ги именува и разрешува Собранието на Република Македонија, за период од пет години со право на повторно именување. Статусот на Комисијата за заштита на правото на слободен пристап до информациите од јавен карактер е уреден со член 30 од Законот за со која се гарантира независноста во работењето на оваа Комисија и нејзината одговорност пред Собранието на Република Македонија. Статусот на Советот за унапредување и надзор на ревизијата е регулиран со член 6 од Законот за ревизија, согласно кој заради унапредување и надзор над вршењето на ревизијата, Владата на Република Македонија на предлог на министерот за финансии основа Совет за унапредување и надзор на ревизијата како самостојно и независно регулаторно тело, со јавни овластувања утврдени во овој закон. Советот стекнува својство на правно лице со упис во Регистарот на други правни лица што се води во Централниот регистар на Република Македонија. Советот за својата

Р.Македонија бр.94 од 13.12 2002 година

⁵² Закон за енергетика, Службен весник на РМ, бр. 16 од 10.02.2011 година

⁵³ Член 37 Закон за заштита на личните податоци, („Службен весник на Република Македонија“ бр. 7/05)

⁵⁴ Закон за спречување на корупцијата “Сл.весник на Р Македонија” бр. 28/02 од 18.04.2002 година

работа одговара пред Владата на Република Македонија.⁵⁵

Следствено на наведентото, констатираме дека независните тела во Република Македонија се основаат и нивната надлежност се уредува со посебни материјални пописи за соодветна област. На независните органи им се признава статус на правно лице при што регулаторните органи и независните органи по правило одговараат пред Собранието, а самостојните органи на државна управа одговараат пред Владата на РМ. Овие тела најчесто се формираат како комисии, дирекции или агенции. Самостојните органи на државна управа најчесто се основаат за стручни и развојни работи, независните органи пред се имаат контролни овластувања или над финансиското работење или над актите или над заштита на основните човекови права и слободи, додека регулаторните за регулирање на пазарот и заштита на потрошувачите, донесување на прописи и утврдување на стандарди, издавање дозволи за работа, општ надзор над почитување на прописи на поедини подрачја, изрекување санкции за прекршок и информирање на потрошувачите, тие се овластени за нормирање, спроведување и решавање во прв степен во областа на трговијата, финансиите, комуникации, работни односи, здравство, заштита на потрошувачите и сл. Сепак постојат одредени прашања кои што различно се уредуваат како што се изборот на ченовите, мандатот на функционерите и членовите, начинот на финансирање и сл.

Разграничување помеѓу независни органи во РМ			
	С а м о с т о ј н и органи на државна управа	Независни органи	Регулаторни тела
Правен основ	Закон за организација и работа на органи на државна управа и посебен закон	Посебен материјален пропис	Посебен материјален пропис
Финансирање	Буџет на РМ	Буџет на РМ	Буџет на РМ и сопствени извори на приходи
Одговорност	Пред Владата	Пред Собранието	Пред Собранието
Надлежности	Управни и стручни работи	Контролни активности	Регулација на пазарот
Статус на вработените	Административни службеници	Има и административни службеници, но правата и обврските, платите и сл. со посебен закон	Има и административни службеници, но правата и обврските, платите и сл. со посебен закон

Табела 2 Разграничување помеѓу самостојни органи на државната управа, независните органи и регулаторните тела

⁵⁵ Член 6 од Закон за ревизија, Службен весник на РМ, бр. 158 од 9.12.2010 година

Заклучок

Она што може да се констатира од историскиот развој на независните агенции е дека од нивното појавување до денес овој концепт на формирање на независни агенции завзема се поголем интензитет. Неговите први зачетоци се од анголсаксонските земји, а денес овој бран се повеќе ги зафаќа и земјите од ЕУ. Тие претставуваат нов вид на институционална организација на власта кој најчесто се спроведува ad hoc без претходно да се направи анализа за тоа дали навистина е потребно формирање на посебен орган. И покрај тоа што се смета дека независните органи и регулаторните тела не се дел од ниедна власт, ставот на авторите е дека се тие дел од поширокиот поим на јавната администрација.

Во однос на прашањето во која област се основат агенциите, ставот на авторите е дека тие можат да се основаат за развојни, стручни, управни, контролни и регулаторни дејности. Она што останува дискутабилно е во кој момент или кога треба да се одлучи дека навистина постои потреба за формирање на еден независен орган, кога знаеме дека и органите на државната управа. Дали етаблирање на ваков орган не претставува дуплирање на надлежност или паралелна администрација. Затоа сметаме дека треба да се донесе посебен пропис за агенциите или независните регулатори во кој ќе се прецизира позитивното-правно дефинирање на овие органи, начинот на основање, начинот на одговорност, статусот на вработените, начинот на финасирање, нивните овластувања и видот на одлуките кои ги носат. Во спротивно, досегашното решение со кое со посебен материјален пропис може да се одлучи за формирање на еден независен регулатор може да влијае само кон зголемување на бројот на овие тела, без притоа конкретно да се знае оправданоста за нивното постоење. Јакнење на интензитетот на овие органи само може да доведе до нејасноти и да ги збунат и теоретичарите, и законодавецот, а и самите физички и правни лица, со оглед на тоа што авторите во трудот констатираат дека постои: невоједначеност во правната природа на регулаторните тела, за дел од овие органи има финансиска нецелиходност, односно неиздржаност за нивното постоење.

Прашање кое заслужува посебно внимание е мерење на перформансите, резултатите од досегашното работење на овие независни органи. Сето ова со цел да се утврди дали постоењето на овие органи во овие 15 години во Република Македонија ги оствариле своите цели и кои се придобивките од нивното работење во општествениот и економскиот развој.

Она на што можеме да одговориме со оглед на претходно елаборираното е дека независните органи се основаат и постојат пред се како надзорно или контролно тело избрано од страната на Собранието за да ја контролира работата на извршната власт. Како аргументи за постоење на овие органи би ги навеле поажурно, поефикасно, подобро извршување на работите кои досега ги извршувале органите на државната управа, флексибилност во решавање на проблем. Но, сепак постојат и аргументи кои не одат во прилог на еномрмниот пораст на овие органи, а тоа се пред се недоволната одговорност и транспарентност на овие органи, неможност за контрола над нивната ефикасност и ефективност, намалување на нивната конкуренција, непостоење на воедначени пристапи . Она што останува неодговорено е прашањето за ефикасноста на овие органи. Дали проблемите за кои се содадени ови органи сега се решени? И уште позначајно дали се тие навистина независни органи? Каков е односот, или влијанието на Собранието како орган кој одлучува за нивниот избор? Чиј интерес го бранат овие тела?

Dr. Borche Davitkovski*
Dr. Ivana Shumanovska Spasovska**
Konstantin Bitrakov, LL.M.***

THE INDEPENDENT BODIES AS A MODEL FOR THE ORGANIZATION OF THE PUBLIC ADMINISTRATION

Abstract: There is no dispute that the number of regulatory and/or independent agencies is nowadays constantly rising, i.e. the para-state authorities are expanding and undertaking a more significant position in the states' administrative system. The fact that the Republic of Macedonia established 24 of those authorities in 2002 makes it vivid that it is not only interesting to research the topic, but also necessary. In other words, analyses are more than essential bearing in mind that this is the only way to find out what the aim when founding such an authority is; leading furthermore to a conclusion whether they are crucial and significant for the system or not. To put it simply, the researches should illuminate whether the formation of these authorities is a necessity or a modern trend with no significant justification. Thus, the focus of the article at hand is clear. It will firstly refer to the reasons, i.e. the factors which lead to the independent authorities' establishing, after which their position and role in the system of powers shall be narrowed down and determined. Furthermore, what also has to be borne in mind – and covered as a dilemma in the article – is that these bodies are setting the trance for the new methods of public powers execution, wherefore it can justifiably be discussed whether they are part of the public administration with the sole reason that they are a new model. As such (model) they have the strength that they enable decentralization of certain governmental duties, i.e. the traditional administration which enforced them so far is now only a supervisor. This way they enhance the effectiveness, the quality and the de-politization when it comes to public services. Last but not least, in order for the article to be complete, the comparative experiences are also included, which means that we examine the functioning and the structure of this type of authorities in other countries as well. Having the aforesaid in mind, it can be summarized that the objective of the article is to draw the border line between the traditional (independent)

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

** Associate Professor at the Economic Institute, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje.

*** Programme Assistant at the Centre for SEELS and a PhD Candidate at the Faculty of Law in Belgrade.

administrative authorities and the independent authorities which are not labelled as administrative. The methods used are the analytical, the historical and comparative one, as well as the empirical one.

Key words: *independent authorities, regulatory authorities and bodies, agencies, public administration, separation of powers*

THE REFORM IN BULGARIAN NOTARY LAW – A STEP FORWARD TO THE RULE OF LAW

UDK: 347.961(497.2)
Original research paper

Abstract: *This article explores the essential features of the reform in Bulgarian Notary law introduced by The Notaries and Notarial Practice Act (adopted by Bulgarian Parliament and promulgated in State Gazette, No. 104 of 6th December 1996). The study focuses on its impact upon the rule of law in the Bulgarian legal system. This new legislation is aimed at introducing the status of the classical ‘Latin type’ notary as an independent legal professional. The notary is entitled by the State with certain non-contentious judicial functions, such as authentication of transactions on real rights of ownership over real estates, wills, attestations, certification of private documents etc. Special attention is being paid to the basic legal principles governing the organisation of notarial practice in Bulgaria as well. Among them worth mentioning are the following principles - independence and legality; the principle of impartiality; the principle of the limited area (region/district) of practice; the principle of constant availability of notarial services and the principle of confidentiality.*

Key words: *Latin-type Notary, notaries’ functions, authentic act, probative force of notarial deeds, Notary Chamber, rule of law.*

I. Introduction

An essential prerequisite which generally determines the status of the notary in the current legal order of the Republic of Bulgaria is that Bulgarian legal system belongs to the ‘civil law countries’ family. Bulgarian law is considered to be a part of the Romano-Germanic legal family¹ because our

* Full Professor, Faculty of Law, “St. Kliment Ochridsky University, Sofia, Republic of Bulgaria, ekaterinamateeva2015@gmail.com

civil-law institutes are rooted in the tradition of Roman private law. Contemporary Bulgarian civil and commercial law regulations are strongly influenced by French and German private law tradition. In the last two-three decades Bulgarian law was subject to approximation and harmonisation by the Law of the European Union in order to achieve the possible highest level of compatibility with the ‘*acquis communautaire*’ and also felt the effect of trends towards globalisation.

The establishment of the notaries’ offices in Bulgaria can be dated back to the first *Act on Notaries and District Judges, which perform notarial functions* (1885), promulgated with Ordinance Nr. 14/ 31. 01. 1885². This Act introduced the principles of the Russian notarial system of 1866³, where notaries, in contrast to the traditional independent Latin notary of ‘French type’⁴, were reduced to the status of court employees with no professional independence to speak of. This Act was in force until 1948, where a new ‘socialist-type’ notarial system was established⁵. After the Second World War Bulgaria became a part of the former Communist block countries with the so-called ‘*State-notaries*’ system. State notaries were judicial officials working at the lower courts of the country (regional courts). During the ‘socialist’ period of Bulgarian history (1944-1989) the Notary Office was a part of the structure of the respective regional court. Notaries were appointed by the Minister of Justice upon the proposal (nomination) of the Chairman of the respective district court (the higher level in the court system). Notaries were charged with notarial and certain other functions in the non-contentious judiciaries, mainly in the area of property law, real estate transactions, inheritance law (probate matters) and others. It is worth mentioning that the function of Bulgarian notaries from the period of “*Socialist State Notariat*” was extended in order to provide relief for the courts, including the performance of all entries in the land registry of the

¹ About the legal families in the world cf. **Hertel, Ch.**, Legal Systems of the world – an overview. – In: Notarius International (2009), Nr. 1-2, p. 129 et seq.

² State Gazette (SG) No. 15/14.02.1885.

³ Cf. Russian Regulation on Notaries of 14.04. 1866 (Положение о нотариальной части); About its provisions cf. **Сталев, Ж.**, Нотариалният акт. Изд. Феня, София, 2004 г., с. 41, as well as the sources indicated there.

⁴ Loi du 25 Ventôse An XI, 16. March 1803; cf. **Heinz, V.**, Das französische Notariat. – In: Anwaltsblatt (2002), Nr. 11, S. 627-633.

⁵ Cf. **Notaries Act**, (prom. SG No. 295/16.12.1948, repealed). About the legal status of the notaries under this new Bulgarian legislation in the middle of 20th century cf. **Сталев, Ж.**, Новото нотариално право. – Сп. Юридическа мисъл (1949), № 1, с. 14-37. Cf. also Art. 95-97 of the **Law on the structure of the Courts** (Prom. SG, No. 23/19.03.1976; repealed SG No. 59/1994), as well as Art. 158-161 of the old **Judiciary System Act** (Prom. SG No. 59/1994, repealed by the new **Judiciary System Act 2007** (Prom. SG No. 64/7. 08. 2007, last amend. No. 50/3.07.2012).

country (registry of immovable property; ‘Grundbuch’)⁶. This was because a great deal of immovable property (the real right of ownership and *iura in re aliena* on buildings and land estates) in the towns and villages have remained in private hands⁷. But, unlike the independent Latin notary, state employed notaries in ‘socialist’ Bulgaria were not allowed – if assigned by the parties – to give verbal or written consultations, to draw up notarial acts or private documents, to mediate for clarification of the true will of the parties, to provide documents, to perform duties of an executor of a will or to manage property.

II. Transformation Process

The wave of reforms sweeping the former communist countries, including Bulgaria, from the late 1980s onwards have included wide-ranging adjustments to their legal systems. The profession of notary itself faced a ‘*redefinition*’ of its role to make it fit for the requirements of democratic society operating within a free-market economy and governed by the rule of law (cf. Art. 4, Art. 17, Para 2 and 3, Art. 19, Para 1 of the Constitution of Bulgaria 1991)⁸. At the end of 1996 the institutional framework for transformation of the Bulgarian Notariat was created by the **Notaries and Notarial Practice Act (NNPA)**, adopted by Bulgarian Parliament and promulgated in State Gazette (SG), No. 104 of 6th December 1996. The main aim of the indicated new legislation was to achieve compatibility of the organisational model of the notarial practice and of the social and economic status of notaries with the changed political and economic conditions in Bulgaria (privatisation process and restitution of property to former owners or their successors). The transformation of the legal position of Bulgarian notaries has been broadly one of adoption of the *status of a liberal profession*, which corresponds to the profile of the ‘*classical Latin notary*’, i.e. independent legal professional charged by the state with certain

⁶ By virtue of the institutional reform of the notarial practice in Bulgaria (1996) and according to the amendments and supplements which were introduced to the **Judiciary System Act** (Prom. SG No. 104/96) the functions related to entries in the land register were transferred to **the judges for the entries** in the regional courts. According to Art. 158, Para 2 of the Judiciary System Act the judge for the entries shall carry out the notary activities on the entries, marking and their striking off, giving information on the books of entries, as well as other activities stipulated by the law. Judges for the entries are appointed by the minister of justice, at the proposal of the chairman of the respective regional court and carry out activities only in his court region (cf. Art. 159, 160, Para 2 of the Judiciary System Act).

⁷ They were classified as a ‘personal’ (but not ‘private’) property of individuals (natural persons) under the **Property Act 1951** (Art. 28-29).

⁸ About the transformation of Central European notaries after the late 1980s cf. **Shaw, G.**, Notaries in Central Europe: Transformation as Reprofessionalisation. – In: *Notarius International* (2004), No. 3-4, p. 141 et seq.

non-contentious judicial functions, appointed to a limited number of government-created places (posts) and enjoying a high social and economic status.

The new **Notaries and Notarial Practice Act** was enacted on 6th December 1996 with a *transition period of almost two years*. According to § 3 of its Transitional Provisions persons found by this law in fulfillment of notary functions in the regional courts, were allowed to continue to fulfill them by the previous order, but *not later than October 1, 1998*. In the meantime § 5, Para 1, 2 of the Transitional Provisions to NNPA provided that the first general assembly of the Notary Chamber should consist of the persons under § 3, who have met the requirements of Art. 8, item 1, 2, 4, 5-7 NNPA and who have applied for notaries within the indicated period upon successful classification at the competition exam of Art. 12, followed by an order for entering in the register of the Notary Chamber, issued by the Minister of Justice. According to the original wording of § 5, Para 2 of the Transitional Provisions to NNPA the first General Assembly of the Notary Chamber had to be convened within three months from the enactment of the law. But, later upon Decision No. 5/12.03.1998 of the Constitutional Court (SG No. 30/1998), it was decided that the first General Assembly of the Notary Chamber should be summoned after the conducting of the competition examines according to Art. 12. The first competition examine was to be organized and funded by the Ministry of Justice (§ 7, Para 2 of the Transitional Provisions to NNPA). The novella of § 5, Para 5 of the Transitional Provisions to NNPA provided that the first General Assembly of the Notary Chamber should be summoned by the Minister of Justice in one month term after entering of not less than 2/3 of the persons, who had successfully passed the competition. On the basis of the results of the first competition examine the entering in the register was made by “Inspectorate” at the Ministry of Justice and after the conducting of the first General Meeting of the Notary Chamber and the election of its bodies by the notaries the register was presented to the Council of the Notaries, according to § 5, Para 4 of the Transitional Provisions to NNPA. As a result of these procedures in the transition period more than three quarters of former Bulgarian “state” notaries had gone over to full independent status. Having escaped state dependence and interference, Bulgarian notaries represented by the Notary Chamber, even enjoy the satisfaction of being accepted by the International Union of Latin Notaries (UINL) as full members since 2004.

III. Notarial Status

III. 1. General Characteristics

The legal position of contemporary Bulgarian ‘free’ notaries bears the main features of the French model of notary:

- Notaries’ functions are strictly separated from contentious court activities⁹. Notaries are authorized *to assist* personal and property rights of individuals and legal persons by authenticating of transactions and other relevant circumstances and documents. Notaries are *not authorised to defend* personal and property rights through hearing and deciding the lawsuits (i.e. through settlement of justicialbe disputes¹⁰);

- Notaries are charged with certain statutory duties¹¹ as public officers, holding a *professional monopoly* regarding real estates transactions¹² (except for transactions, concerning state- and municipal ownership¹³), marriage contracts¹⁴, wills¹⁵ etc. According to the general rule of Art. 81 NNPA a person who is not a notary within the meaning of Art. 2-16 NNPA, can carry out notarial functions only in as much as it is stipulated by a law, passed by the Parliament. Under the conditions stipulated by Art. 40, Para 1 and Art. 82-84 NNPA only strictly specified types of notarial functions may be performed by other persons and bodies: *the assistant-notary*, *bodies of the judiciary authority* (the judge for the entries), *bodies of the local (municipal) administration* (the mayor of the populated area, which is not a municipal centre, and if it is a municipal centre – by the mayor, the deputy mayor and the secretary of the municipality), *Bulgarian diplomatic and consular representatives*, as well as *the captain of a Bulgarian commercial ship* (in accordance with ‘lex banderae’).

- The notary is solely liable for damages caused by actions carried out in his professional activity or by his assistant-notary or by his employees (staff in the office), (cf. Art. 73 NNPA). The State is not liable for the activities of the notary.

- Notaries’ activity is subject to statutory fees scale. The rate/amount of

⁹ Compare the systematic place of the provisions of Art. 569-594 of the Civil Procedure Code on notarial proceedings to that of Art. 103 et seq., designed to regulate the contentious court activities.

¹⁰ Cf. Art. 103 et seq. of the Civil Procedure Code.

¹¹ Cf. Art. 17-34b NNPA.

¹² Cf. Art. 18 of the Obligations and Contracts Act.

¹³ Cf. Art. 18 of the Ownership Act.

¹⁴ Cf. Art. 39 of the Family Code.

¹⁵ Cf. Art. 24-27, Art. 38 of the Inheritance Act.

the notarial fees (taxes) is fixed by a Tariff approved by the Council of Ministers upon a proposal by the Minister of Justice after coordination with the Notary Chamber (cf. Art. 85, Para 3 of the NNPA)¹⁶;

- Notaries are *ipso iure* members of a separate professional organisation (the Notary Chamber), wielding considerable autonomy (Art. 51 et seq. NNPA). The Notary Chamber of Bulgaria, as established by Art. 4 NNPA, is a separate legal person (corporate public-law body) with headquarters in Sofia. It is committed to support notaries in the exercise of their profession, to monitor the observation of professional ethics and to assist with the protection of the prestige of the profession according the statutes of the Notary Chamber. It helps notaries with the maintaining of their professional skills and qualifications and supports them in fulfilling of their duties to introduce, train and guide the assistant-notaries and the staff of the notary office. All notaries in Bulgaria are members of the Notary Chamber *by right, ipso iure, upon acquiring the capacity of a notary* (Art. 4, Para 1 NNPA). The Notary Chamber keeps a register, where all notaries, assistant-notaries and relevant circumstances related to them shall be entered in accordance with Art. 5-7, 14 and 16 NNPA (cf. Art. 5 NNPA). Any person, obliged by the law to declare circumstances, subject to entering in the Register of the Notary Chamber, or to present documents, must do it within 7 days from the occurrence of the circumstance, unless the law stipulates another term (Art. 6 NNPA). The Register of the Notary Chamber is subject to the *principle of publicity*. According to Art. 7 NNPA everybody shall have the right to review the Register and to receive abstracts from it. Bodies of the Notary Chamber are: the General Assembly (Art. 54-61 NNPA), the Council of Notaries (Art. 62-68 NNPA), the Control Council (Art. 69-70 NNPA) and the Disciplinary Commission (Art. 71-72 NNPA). The Notary Chamber is represented by the Chairman of the Council of Notaries, and in his absence – by his senior deputies (Art. 52, Para 2 NNPA). The Notary Chamber has its own property, which consists of compulsory initial, annual and additional instalments made by its members; collected taxes (fees) for services; donations and wills made in favour of the Notary Chamber, as well as other sources, according to Art. 53 NNPA. The Notary Chamber is allowed to collect fees for the entering made in its register. The fees are determined by a tariff, approved by the Council of Ministers (Art. 53, Para 2 NNPA).

According to the amendments to the NNPA passed by the Parliament in 2003 (prom. SG No. 18/25. 02. 2003), in the judicial region (area) of each Court of Appeals in Bulgaria were established a Notary Regional College (cf. Art. 4, Para 3 NNPA). Notary Colleges are committed to assist the operation

¹⁶ Prom. SG No. 95/1998.

of the Notary Chamber and the notaries. These colleges do not have the status of a separate legal person. Their status and functions are determined by the statutes of the Notary Chamber (Art. 4, Para 4 NNPA).

- The notarial acts (deeds) and other attestations and verifications made by a notary within his scope of activity enjoy a binding probative force according to Art. 179, Para 1 of the Code of Civil Procedure (CCP) 2007¹⁷. Bulgarian notaries are entrusted with special tasks in the administration of legal transactions. Whatever a notary certifies in a notarial deed (document), it carries a special binding probative force and enjoys public trust *ex lege*.

- According to Art. 2, Para 3 NNPA every notary shall *personally* carry out the notarial and other activities stipulated by the law. Partnerships of notaries are permitted only in compliance with Art. 34a NNPA. Bulgarian notaries are allowed to ally and act together only under the condition of the so-called 'civil-law société' within the meaning of Art. 357-364 of the Obligations and Contracts Act. This is a type of a contractual partnership, which does not constitute a separate legal person (entity). The notaries may not carry out notarial and other activities stipulated by the law, in the name of the 'société'. Each of the allied notaries shall keep separately his own official archives in compliance with Art. 28-28a NNPA. The reason behind a civil-law société' of notaries in Bulgaria is to share a notary office and staff at lower cost.

At the same time key distinguishing features of today's Bulgarian notarial system compared to that of France concern:

(i) The prohibition of nomination of a notary-successor or sale of notaries practice (office), i.e. the French system of the '*droit de présentation*' is inadmissible under Bulgarian law¹⁸. Bulgarian notaries are not allowed to propose their own successor of the notary practice (for example, their own offspring or at least trainee or assistant-notary).

(ii) Not admissible under current Bulgarian law are: formal (incorporated) partnerships of notaries with other professions (lawyers, accountants, bankers, brokers of real estate etc.); fees negotiations with clients; involvement of more than one notary in any one transaction; offering services outside the notaries' own district (area of practice within the meaning of Art. 3 NNPA)¹⁹ and others. These compulsory legal restrictions are balanced by a

¹⁷ Prom. SG No. 59/20. 07. 2007, in force from 1.03. 2008.

¹⁸ Cf. Art. 8-16 NNPA concerning the acquisition of the capacity of a notary.

¹⁹ According to Art. 573, Para 1 of the Civil Procedure Code notaries may not execute notary actions outside their region (district). Art. 576 of the same Code provides that the notary action shall be null and void, if the notary has not been entitled to execute it because of breach of Art. 573, Para 1.

significant statutory role of Bulgarian notaries in company law matters, which is most lucrative.

III. 2. Terms of Powers of the Notary under Bulgarian Law

According to Art. 2, Para 1 NNPA a notary under Bulgarian law is an individual (a natural person), to whom the State assigns all notary activities stipulated by law. The terms of the competence of Bulgarian notaries include authentication of legal transactions with “notary acts”²⁰ (notarial deeds) under Art. 578-586 of the Civil Procedure Code; certification of a title to real estate, according to Art. 587-588 (the so-called ‘notary act of findings’); certification (verification) of the date, contents and signatures of private documents (Art. 589-590), as well as of the veracity of transcripts and excerpts of documents and papers (Art. 591); presenting of notary invitations and announcements (Art. 592); protest of bill of exchange and order bills (Art. 496-504 of the Commercial Code), sea protest (Art. 347-353 of the Commercial Maritime Code); certificates (attestation) for appearance or non-appearance of persons before the notary for the performance of actions before him (the so-called ‘protocol of findings’²¹ under Art. 593 of the Civil Procedure Code); acceptance and return of documents and papers delivered for safekeeping (Art. 594); giving references under the notary books, as well as execution of other notary actions envisaged in a law, according to Art. 569 of the Civil Procedure Code.

Under Bulgarian law notaries are considered to be *holders of a public functions (fonctionnaire public; officier public; öffentliches Amt)*²² but they do not enjoy any status of a “civil servant” under the Civil Servants Act. Bulgarian Notaries are vested with sovereign public authority (powers) to set up authentic acts (notarial deeds and other public instruments) which have a binding probative force in court procedures, as well as before other state and municipal authorities and persons (Art. 2, Para 1 NNPA and Art. 179, Para 1 of the Civil Procedure Code). According to Bulgarian law the concept of an authentic act (*acte public*) and its probative (evidentiary) effect (probative value; *force probante*) is the same as in most other legal systems with a Latin-type notarial system. Authentic acts are those which a public official, invested with the powers to give public faith, has drawn up within the bounds of his of his authority and those which are drawn up by officials in the course of their du-

²⁰ Нотариален акт (translation into Bulgarian).

²¹ Констативен протокол (translation into Bulgarian).

²² Cf. **Матеева, Ек.**, Независимост на нотариуса. Изд. Фенея, София, 2006 г., с. 20-21, 30 et seq.; **Димитров, Кр.**, Правно положение на нотариуса и Нотариалната камара. Изд. Сиела, София, 3012 г., с. 31-32.

ties. According to Art. 179, Para 1 of the Bulgarian Code of Civil Procedure a public instrument ('official document'), drafted by an official within the scope of his duties in the established form and under the established procedure, shall be an evidence of the of the statement made before him, as well as of the performed in his presence actions. Notaries must be unbiased and impartial²³, otherwise their authentications could not enjoy public trust.

Being a true 'civil-law notary' Bulgarian notary has to ensure the authenticity and *compliance of these public deeds with the law*²⁴, *as well as their safekeeping*²⁵, *in order to make sure the effective development of their probative force and enforceability. According to Art. 574 of the Civil Procedure Code notary proceedings regarding transactions, documents or other actions contradicting the laws, may not be executed; otherwise the notary action shall be null and void* (Art. 576). Upon the execution of a notary act (notary deed), by which ownership is being transferred or another real right over a real estate (*iura in re aliena*) is being established, transferred, altered or terminated, the notary is obliged by law²⁶ to check if the assignor is owner of the estate and whether the special requirements which the laws envisage for the conclusion of such transactions are present. The notary certifies in the deed the execution of this check indicating the documents certifying the ownership and the legal requirements (Art. 586, Para 3). It is important to say that when the document for ownership of the assignor has not been entered in the land register (books for the entry), the notary may not execute the notary act (deed), until that document is being entered (Art. 586, Para 4). This is because, without the entering in the land register, the owner (acquirer) could not oppose his right of ownership to third persons, claiming to have acquired the real right of ownership from the same assignor (see Art. 113 of the Ownership Act). The real right of ownership shall be certified by the relevant documents (notarial deeds, a will, court decisions in favor of the assignor etc.). Where the assignor does not have such written evidences at his disposal or if the presented documents are not sufficient, the right of ownership shall be checked by the notary following the procedure of Art. 587, Para 2 of the Civil Procedure Code, i.e. through a *circumstantial check up on the acquisition of the ownership by prescription through interrogation of three witnesses*, determined by the mayor of the municipality, region or city-council or an official determined by him, in whose region the real estate is located. On the base of these evidences the notary shall pass a motivated decree, by which the right of ownership of the

²³ Cf. Art. 24 NNPA.

²⁴ Cf. Art. 578 et seq. of the Civil Procedure Code.

²⁵ Cf. Art. 28 et seq. NNPA.

²⁶ Cf. Art. 586, Para 1 of the Civil Procedure Code.

assignor is recognized (Art. 587, Para 3). After this the notary shall execute a notary act of ownership over the estate in favor of the applicant (the assignor). As far as notary procedures under Bulgarian law are considered to be a type of the non-contentious judiciaries ('Protective Procedures' in the meaning of Part VI, Chapter 49 of the Civil Procedure Code) they are subject to the *principle of 'ex-officio check'*. According to Art. 533 of the Civil Procedure Code the notary shall be obliged to check *ex officio* if the conditions for the issue of the requested act (notarial deed) exist. In compliance with this principle the notary may, on its initiative, collect evidence and take into consideration any facts which were not pointed out by the party to the authenticated transaction.

In addition, it is worth mentioning that under Art. 417, item 3 of the Civil Procedure Code notary deeds, agreements or another type of contracts with notarial certified signatures are considered to be a *legal ground for the issuance of an enforcement warrant* concerning the contained in them obligations to pay monetary amounts or other replaceable sites, as well as obligations to give certain sites. If together with the application on the issuance of enforcement warrant such document under Art. 417, item 3 is presented, the creditor may require from the court to pronounce immediate execution and to issue writ of execution, according to Art. 418, Para 1 of the Civil Procedure Code. The writ of execution shall be issued after the court checks if the notarial document is regular in the visible aspect, and shall certify the receivable which is subject to execution against the debtor. About the issuance of the writ of execution the court shall make a due note on the presented document and on the enforcement warrant. The enforcement warrant, with the mark of issued writ of execution, shall be handed by the bailiff.

Notaries in Bulgaria are authorized to carry out notarial and other legal services stipulated by the law (Art. 2, Para 1 and 3 NNPA). The notion '*other activities*' is specified in Art. 22 NNPA. According to it, if assigned by the parties, the notary may, in connection with the notary proceedings, prepare and inspect draft documents, give verbal and written consultations, mediate for clarification of the true will of the parties, make inquiries, provide documents, as well as be executor of a will or manager of property.

III. 3. Access to the Profession of a Notary

In contrast to the practice of some other ex-socialist States, like Poland for example, whose legislation does not contain any formalized *numerus clausus* to limit access to the profession of notary²⁷, Bulgarian legislator provides

²⁷ Cf. **Shaw, G.**, Notaries in Central Europe: Transformation as Reprofessionalisation, op.

strict rules in relation of opening positions of notaries (Art. 10 NNPA) and introduces a wide range of requirements for the acquisition of capacity of a notary. According to Art. 8, Para 1 NNPA the capacity of a notary can be acquired by a legally capable (able-bodied) natural person of age up to 60 years, who is a Bulgarian citizen or a national of a Member State of the European Union (EU), of a contracting party to the Agreement on the European Economic Area (EEA) or the Swiss Confederation, and who meets the following requirements:

1. Who has graduated higher education with a university degree ‘Master of Law’;
2. Who has acquired juridical capacity according to the Judicial System Act;
3. Who has at least three years time of service as a judge, prosecutor, senior investigator, investigator, lawyer, arbitrator, junior judge, junior prosecutor, court assistant at the Supreme Cassation Court and the Supreme Administrative Court, prosecutor’s assistant at the Supreme Cassation Prosecution and at the Supreme Administrative Prosecution, bailiff, state bailiff, private bailiff, assistant private bailiff, notary, judge for the entries, assistant-notary, scientist on the law science, court inspector, expert on the legislation or in the bodies of the judiciary authority, jurisconsult (legal expert or legal advisor of companies, public bodies etc.), legal advisor or expert on legal issues in a State or Municipal Department, a person, who works at the position of e “investigating policeman with degree in Law” in the system of the Ministry of Internal Affairs or is an investigating policeman with a degree in Law in the Ministry of Defense or an investigating customs officer at Customs Agency;). As a time of service shall be considered also the three year service, qualifying as a legal service under the legislation of a Member State of the European Union, of a contracting party to the Agreement on the EEA or the Swiss Confederation, on which territory the service was obtained.
4. Who has not been convicted for premeditated crime, regardless of a subsequent rehabilitation;
5. Who is not deprived of the capacity of a notary;
6. Who has not been deprived of the right to carry out the profession of a lawyer or to exercise trade activity;
7. Who is not under proceedings for insolvency, or who has not been

cit., p. 145.

reinstated in his rights as insolvent, or who has not been sentenced for bankruptcy;

8. Who is entered in the Register of the Notary Chamber under Art. 5 NNPA.

The candidate to be a notary should also meet the *criteria of incompatibility* with other positions and legal professions, as set forth in Art. 9 NNPA. They are related to the principle of incompatibility, as explained below. The notary cannot simultaneously: 1. Be a Member of the Parliament, minister, mayor or municipal counsellor; 2. occupy a post in a state or municipal body; 3. work under legal terms of employment; 4. carry out lawyer's activity; 5. carry out trade activity, be a manager or participate in supervisory, managing and control bodies of trade companies and cooperations.

Vacant positions of notaries may be occupied only on the grounds of a competition exam set by an order, enacted by the Minister of Justice and promulgated in the State Gazette (Art. 10, Para 2-3 NNPA). Candidates have to apply in writing to the Minister of Justice for the participation in the competition within 1 month from the promulgation of the Minister's order. Each candidate may choose up to 3 court regions (magisterial precincts) in one competition (Art. 11, Para 1 NNPA).

The conditions and order of carrying out the competition are determined by Regulation (Ordinance) No. 36/7.01.1998, issued by the Minister of Justice upon coordination with the Council of Notaries (Prom. SG No. 3/1998). The competition exam shall be administered by a five-member board (commission) of examiners, consisting of: *Chairman* – a representative of the Minister of Justice, and *members*: a judge of the Supreme Cassation Court, appointed by the Chairman of the Supreme Cassation Court, two notaries, appointed by the Council of Notaries and a university lecturer with academic rank on civil law sciences appointed by the Minister of Justice (Art. 12, Para 2 NNPA). The commission shall send the records with the results from the competition to the Minister of Justice who, within 14 days, shall issue an order for entry of the applicant classified for the respective court precinct (district) in the register of the Notary Chamber under Art. 5 NNPA (Art. 12, Para 3 NNPA). The order shall be announced to each applicant for the respective court precinct (district) and to the Council of Notaries. It is subject to appeal by the order of the Administrative Procedure Code.

Upon the enactment of the Minister's order for entry of the applicant in the Register of the Notary Chamber, he should provide a notary office in accordance with the provisions of Art. 13 NNPA. Within 2- month term from

the enactment of the Minister's order for entry the applicant has to file an application for his entering in the register of the Notary Chamber (Art. 14, Para 4 NNPA). The Council of Notaries shall carry out inspection of the notary office of the candidate. The inspection should find place within one month from filing the application for entry (Art. 14, Para 5 NNPA).

The entering of the applicant in the Register of the Notary Chamber should be carried out by a decision of the Council of Notaries, taken in compliance with Art. 14, Para 1-2 NNPA. Upon issuance of this decision the candidate to be a notary shall be sworn before the Council of Notaries (Art. 15, Para 1 NNPA). A list of oath shall be signed upon swearing the oath. The entering in the Register of the Notary Chamber may not be made before signing the list of oath by the applicant (Art. 15, Para 3 NNPA).

The following relevant circumstances are subject to entering in the Register kept by the Notary Chamber:

1. The area of practice (magisterial precinct) of the notary;
2. The name and the unified citizen code of the notary;
3. The name and the unified citizen code of the assistant-notary (if any);
4. The address of the notary office
5. The term of office of the assistant-notary (if any), incl. cases of substitution of the notary;
6. The name and headquarters of the insurance company, as well as the amount of insurance coverage;
7. The circumstances under Art. 41, 42 and 46 NNPA in respect of the assistant-notary (if any).

The capacity of a notary shall be acquired at the moment of entry in the Register of the Notary Chamber. According to Art. 2, Para 2 NNPA only persons, who have been entered in the Register of the Notary Chamber may practice as notaries in Bulgaria.

IV. Basic Principles of Bulgarian Notary Law which Strengthen the Rule of Law

The basic principles governing the legal status of Bulgarian notaries are as follows:

(1) Principle of Independence and Lawfulness. Current Bulgarian law provides that in the course of their activities, notaries are subject only to the law and may not receive instructions. According to Art. 17, Para 1 NNPA the notary shall be independent in fulfillment of his functions and shall be subordinated only to the law. He is obliged by virtue of the law to perform his duties only in accordance to the exact meaning of the laws. Notaries, while holding a public office, are independent of the State administration²⁸. *They are not bound to operative instructions by the Minister of Justice*, because the Minister of Justice does not have the position of a ranking (superior) authority in respect of the notaries in Bulgaria. Notaries exercise their profession in their own name (not on behalf of the State) and for their own account. Notaries are not appointed by the Minister of Justice. They acquire their capacity only upon their entering in the Register of the Notary Chamber under Art. 5 NNPA, upon a decision of the Council of Notaries in accordance with Art. 14 and Art. 16 NNPA and after the swearing oath before the Council of Notaries (Art. 15 NNPA). The order of the Minister of Justice, as indicated in Art. 12, Para 3-4 NNPA, constitutes only a legal ground for entry of the candidate classified in the competition for the respective precinct in the register of the Notary Chamber. Under the conditions and by the order, indicated by Art. 6-16 NNPA, Bulgarian notary acquire his notarial capacity *termless (permanent)* and shall lose it only on 4 grounds, as indicated by an exhaustive enumeration in the provisions of Art. 35 NNPA: **1.** Upon a written request of the notary to the Council of Notaries; **2.** In case of death, or judicial disability; **3.** For reasons, due to legal obstacles for the acquisition of a capacity of a notary under Art. 8 or for incompatibility under Art. 9 NNPA and **4.** On imposing of a disciplinary penalty under Art. 75, Para 1, item 4 NNPA, i.e. for incapacitation for the period of 3 months to 5 years. A notary can be moved to another area of practice (court region/district) within the meaning of Art. 3 NNPA²⁹ only on the grounds of his motivated application to the Minister of Justice, provided that there are ‘important reasons’ for the moving and if there is a vacant position for a notary in the target court region according to Art. 10 (cf. Art. 34b, Para 1 NNPA). ‘Important reasons’ within the meaning of Art. 34b, Para 2 NNPA are considered to be such circumstances which appear independently and beyond the intention (control) of the notary, after he has obtained his notarial capacity. These circumstances may be related to the notary’ health status, family status, etc. and in all cases they have to lead to full or partial impossibility for the respective notary to exercise his or her functions in the present area (region)

²⁸ Cf. **Матеева, Ек.**, Независимост на нотариуса, op. cit., p. 45 et seq.

²⁹ It provides that the area of practice of the notary shall coincide with the region of the respective regional court (the lowest-level court in Bulgaria).

of action. The scope of disciplinary penalties according to Art. 75 NNPA does not include the possibility of permanent (termless) incapacitation of the notary or his forced movement to another area (region) of action on the initiative of the Minister of Justice. The Minister of Justice is not empowered to consider and judge on *disciplinary cases* instituted against notaries, because he does not have any disciplinary power over independent notaries. The Disciplinary Commission of the Notary Chamber has the exclusive power to enact a decision on a disciplinary case in respect of notaries and assistant-notaries (Art. 72, 79 NNPA). Regarding the disciplinary liability of Bulgarian notaries the Minister of Justice has only the right to make a *proposal* for instituting of disciplinary proceedings against a notary or an assistant- notary (Art. 77, Para 1 NNPA), but he may not impose on his own capacity disciplinary penalties. Basically, the Minister of Justice is empowered by virtue of Art. 80b, Para 1 NNPA only to exercise control over the practice of every notary in Bulgaria regarding the observance of the law provisions and the statutes of the Notary Chamber. The Minister of Justice assigns to inspectors of the Inspectorate of the Ministry of Justice in compliance with the Judicial System Act, as well as to the so-called ‘inspecting notaries’ under Art. 80c, Para 4 NNPA³⁰ to carry out joint inspections. Inspections of notary office shall be assigned by an order of the Minister of Justice *ex officio*, on occasion of a warning or complaint of an interested person, as well as on a proposal of the Notary Chamber (the Council of Notaries). A copy of the written records drawn up for the findings of the inspections shall be sent to the Council of Notaries.

Being independent and subordinated only to the law, Bulgarian notaries bear *pecuniary liability for the damages*, caused by guilty failure to fulfill their official duties, in accordance with the provisions of the Obligations and Contracts Act (Art. 73, Para 1 NNPA). Their liability for damages is limited up to the amount of the certified material interest within the meaning of Art. 96-97 NNPA. *The State shall not be responsible (liable) for the activities of the notary* (Art. 73, Para 2 NNPA). The notary is also liable for the damages caused by his assistant-notary as a result of failure to fulfill the latter’s official duties. For such damages the notary shall be *jointly liable* (Art. 40, Para 3 NNPA). The notary has also to pay compensation for damages caused by guilty failure

³⁰ In respect of the status of the inspecting notaries Art. 80c NNPA provides that nominated for this position shall be members of the Notary Chamber with more than 10 years length of general juridical practice, of which 3 years in the capacity of a notary. The inspecting notaries shall be elected by the General Assembly of the respective Regional Notary College under Art. 4, Para 3 NNPA for a period of 3 years. The decision shall be taken by a majority of more than half of the attending members. The total number of the inspecting notaries cannot be less than 10. After the election the Council of Notaries shall draw up a list of the inspecting notaries and shall present it to the Minister of Justice.

of the employees of the notary office according to Art. 49 of the Obligations and Contracts Act. Taking into consideration these legal provisions on notaries' pecuniary liability for damages, the notary is obliged by virtue of Art. 30 NNPA *to be insured* for the time of his professional practice for the damages, which could occur as a result of culpable failure to fulfill his duties, as well as of the duties of the assistant-notary, and the employees in the notary office. The minimal and the maximal amount of the insurance amount shall be determined by the Notary Chamber. The notary is obliged, within 7 days from the conclusion of the insurance contract in accordance with the provisions of the Insurance Code, to present to the Notary Chamber a copy of the insurance policy. Bulgarian law provides also that the General Assembly of the Notary Chamber shall create a guarantee fund for the damage-compensation for occurrence of risks or expired or not renewed insurance uncovered by the mandatory (obligatory) insurance (Art. 57, item 5 NNPA).

Upon the enactment of the order for registration the candidate for notary is obliged by virtue of the law to provide *his own notary office*, which can also be done jointly with other candidates or acting notaries of the same court region. According to Art. 13, Para 2 NNPA the office of the notary shall have two or more functionally connected premises where his seat and official archive shall be located. The notary may have only one office in his area of practice. The office shall correspond to the requirements, guaranteeing the safekeeping of the notary archive and the precise fulfillment of the professional duties of the notary. The notary office has employees at disposal of the notary (Art. 49-50 NNPA). The notary is empowered to assign to an employee of his notary office to present announcements and papers under the conditions and by the order of Art. 37-58 of the Civil Procedure Code. The employees are obliged by virtue of the law to keep the official secret under the conditions, established for the notary itself by Art. 26 NNPA.

The official archive of the notary is inviolable and nobody shall have the right of access to it without the consent of the notary, except in cases stipulated by a law (Art. 21, Para 1 NNPA). If the notary is absent or he/she is not in position to fulfill his functions and there is no one to substitute him in the region in compliance with Art. 46 and Art. 47 NNPA, he is obliged to notify the judge for the entry in the land register, who shall take over the substitution during this time for carrying out urgent notarial activities. If the notary has not provided access to the notary archives, necessary for his substitution, for the purposes of urgent notary activities the Chairman of the respective regional court, at the request of the interested person, shall order entry in the notarial office, opening of the necessary archives and carrying out the notary activity

by the judge for the entry (Art. 48 NNPA). The person, who has obtained access to the official archives of the notary, shall be obliged to keep the official secret under the conditions, established for the notary, and to inform him about the activities carried out with the archives (Art. 21, Para 2 NNPA).

The *independence* of the notary is guaranteed also by his *legal right to free access* to the administrative and judiciary offices, by his right to make inquiries on cases and files, as well as to require copies, transcripts and documents, and to receive references and certificates *with priority* (Art. 19, Para 1 NNPA). According to the novella of Art. 19, Para 2 NNPA (SG No. 82/2009, in force from 1. 01. 2010) the notary is entitled to access the National Database “Population”, maintained by the Ministry of Regional Development and Public Works, as well as the National Automated Information Fund for Bulgarian Personal documents (the so-called “National Registry for Bulgarian Personal Documents”), under conditions and by order, specified in the Regulations, issued by the Council of Ministers. By virtue of Art. 20 NNPA the notary has the legal right *to meet his clients in private*, irrespective of the circumstances. In fulfillment of his official functions the notary shall meet in private the persons who have requested his assistance, unless they want the presence of other persons.

The notary in Bulgaria disposes also of *considerable economic independence* being authorized to collect notarial fees (taxes) for his notaries activities, as well as for other activities carried out upon assignation by the parties under Art. 22 NNPA. ‘Notarial fee’ in the context of the NNPA is the remuneration paid by the parties directly to the notary for the provided services (§ 1 of the Additional Provisions to the NNPA). By virtue of Art. 86, item 1 NNPA the notarial taxes shall be paid by the parties to the notary, in whose official archives the respective authentication (verification or another notary activity) has been registered. For the collection of notarial fees the notary shall issue an invoice in two or more equivalent copies, signed by him, one of which shall be presented to the liable person (Art. 89, Para 1 NNPA). The invoice indicates the provisions, on whose grounds the taxes (fees) are due, the certified material interest (for the so-called ‘proportional notarial fees’ under Art. 91 NNPA) or the spent time³¹, the amount of the due taxes and the additional expenses, the amount of the received advance payment (if any) and the consequences for failure to pay. For the unpaid notarial fees the notary may require issuing of an order for execution under Art. 410, Para 1 of the Civil Procedure Code, irrespective of their amount (Art. 89, Para 3 NNPA). The notary is obliged to keep accountancy with accordance to the Accountancy Act (Art. 33 NNPA).

³¹ Cf. Art. 93 NNPA on the fees for spent time.

Being an independent ('free') civil-law notary, Bulgarian notary is subject by virtue of the law to the system of *obligatory (compulsory) social insurance* under the conditions and by the order established for the free-lance practicing persons, according to Art. 31 NNPA.

(2) Principle of Impartiality. Notaries in Bulgaria are committed to objectivity. The provision of Art. 24 NNPA provides that in fulfillment of his official functions the notary cannot take side. Unlike the attorney-at law (advocate, lawyer) under the Advocacy Act he may not unilaterally represent the interests of one party, i.e. he is not allowed to have a '*principal (mandator)*' in the notary proceedings. This is because notaries are called upon to ensure equitable legal and contractual relations so as to avoid conflicts before litigation. They have to create legal certainty according to the laws. The notary may not execute notary actions where a party to the notary proceedings or a participant in them are the notary himself, his/her spouse or the person with whom he/she lives in a factual matrimonial cohabitation, his/her relatives by a direct ascending and descending line, those by lateral branch up to the 4th degree, by marriage up to the 1st degree, as well as the persons, to which the notary is a trustee, guardian, adopted or adopter or a person from accepting family (Art. 575, Para 1 of the Civil Procedure Code). The prohibitions of this Article shall be applied also in cases, where the transaction or the document subject to authentication or verification contains a provision to the benefit of any of the persons envisaged above. The notary action shall be *null and void*, if those legal prohibitions have been violated (cf. Art. 576 of the Civil Procedure Code). In order to ensure the principle of impartiality of the notary Bulgarian law provides that the notary cannot be simultaneously Member of the Parliament, minister, mayor or municipal counselor; to occupy a post in a state or municipal body; to work under legal terms of employment; to carry out lawyer's activity; to carry out trade activity, to be manager or participate in supervisory, managing and control bodies of trade (commercial) companies or cooperatives (cf. Art. 9, Para 1 NNPA). The notary shall lose at once his capacity for incompatibility under Art. 9 (cf. Art. 35, item 3 NNPA). In such cases he is not allowed to carry out whatever notary or other activities, provided by NNPA, and his official archives shall be closed (Art. 36, Para 1 NNPA). In cases of discontinuing the activity of Member of the Parliament, minister, mayor or municipal counselor the capacity of the notary shall be reinstated under the conditions of Art. 39 NNPA. The capacity of the notary shall be restored at his request upon suspension of his activity of Member of the Parliament, minister, mayor or municipal counselor. The request for restoring the capacity shall be extended to the Council of Notaries within 1 month from the suspension of the activity (Art. 39, Para 2 NNPA). The restoration of the

capacity shall be entered in the register of the Notary Chamber by the order of Art. 14 NNPA.

The legal duties of the notary to protect the rights and interests of the parties to the notarial proceedings, as stipulated by the provisions of Art. 25 NNPA, do not contradict *the principle of impartiality*. The notary has the duty to protect the rights and interests of the parties, to guide them, to clarify their will and the actual situation, to introduce to them clearly and unambiguously to the legal consequences and to make no omissions or tardiness in working, which could lead to violation of their rights. By doing so, the notary has always to respect his public duty to remain impartial and he cannot take side.

(3) Principle of the Limited Area (Region/District) of Practice.

The competence of the notary as specified in Art. 2, Para 1 NNPA and Art. 569 of the Civil Procedure Code is limited in terms of his territorial reference. The area of practice of the notary shall coincide with the region of the respective regional court (Art. 3 NNPA). The notary may execute notary actions only inside his area (district/region) of practice (Art. 573, Para 1 of the Civil Procedure Code). The notary action shall be *null and void* provided that its execution violates this principle of territorial limitation (cf. Art. 576 of the Civil Procedure Code). In relation to some explicitly specified notarial activities Bulgarian law establishes the *rule of “notarial competence per place”*. The notary acts for transfer of ownership or for the establishment of real rights over real estates and certification of ownership over a real estate shall be executed exclusively by the notary in whose notarial district (area of practice) the estate is located (Art. 570, Para 1 of the Civil Procedure Code). The entries in the land register with regard to real estate shall be made upon an order of the judge for the entries by the entries office, in whose district the estate is located. All other notary actions, as well as the wills, may be executed by any notary in the country, irrespective of the relation between the district (area/region) of his practice and the geographical location of the property concerned (cf. Art. 570, Para 2 of the Civil Procedure Code). The notary action shall be *null and void*, if the notary has not been entitled to execute it because of infringement of the *rule of “notarial competence per place”* (cf. Art. 576 of the Civil Procedure Code).

(4) Principle of Continuous Availability of Notarial Services.

Bulgarian law contains certain provisions designed to guarantee a full-cover and balanced availability of notarial services all over the country. The provisions of Art. 10, Para 1 NNPA regulate the *geographical distribution of the notarial offices in the country*. The positions of notaries in each court region (district) cannot be less than *two*. For 10 000 citizens in a single court region

(district) one position for notary shall be opened. The vacant positions of notaries are to be occupied on the grounds of competition exam set by an order of the Minister of Justice. The Council of Notaries is entitled to announce its opinion within 14 days. The Minister of Justice may also set a competition at a proposal of the Council of Notaries. The enacted order of the Minister of Justice shall be promulgated in the State Gazette. If more notaries are needed than the ones determined by Art. 10, Para 1 NNPA the Minister of Justice is entitled, by his initiative, or at the proposal of the Council of Notaries, to open additional positions of notaries in the respective region (Art. 10, Para 4 NNPA). As indicated above, the Minister of Justice has the exclusively power to permit the moving of a notary registered in the Notary Chamber to another court district (region of practice) (cf. Art. 10, Para 5 and Art. 34b NNPA).

When there is no notary in the court district (region), because all positions for notaries within the region are open (vacant), all notary activities shall be carried out *ipso iure* by the judge for the entries in the land register at the regional court (Art. 82, Para 1 NNPA). In towns and villages without a notary or regional court the bodies of local (municipal) administration are empowered by Art. 83 NNPA to certify the signatures on private documents, which are unilateral acts and which are not subject to entry (for example, a power of attorney, specimens, diverse statements of witnesses, affidavits, declarations of legitimatizing of a child, consent of a parent in respect of the adoption of his child by another person etc.), the signature and contents of an authorization under Art. 37 of the Obligation and Contracts Act, as well as to certify copies and abstracts of documents and papers.

In order to guarantee the principle of availability of notarial services Bulgarian legislator provides the compulsory *rule of continuity of the notarial practice*. In compliance with the provision of Art. 27 NNPA the Minister of Justice shall fix the office hours of the notary offices and the conditions, under which they can be temporarily closed³².

The principle of availability of notarial services is guaranteed also by Art. 23 NNPA which imposes to Bulgarian notaries *a public duty for considering of every motion for notary assistance (service)*. The notary shall consider all requests for assistance, addressed to him, unless he himself is interested in carrying out the requested activity or he has special relations with the party, which raise grounded doubts in his impartiality, as ordered by Art. 24 NNPA. Any refusal to execute a notary authentication (certification) shall be subject to appeal by a private complaint before the district court (Art. 577, Para 1 of

³² Cf. Art. 27-28 of Regulation (Ordinance) No. 32/29. 01. 1997 on the Official Archives of the Notaries and Notarial Offices, issued by the Minister of Justice (prom. SG No. 12/1997).

the Civil Procedure Code). There are separate registers for refusals to execute an entry. Where the court revokes the refusal of a notary, the entry shall be considered done at the moment of the submission of the application for it (Art. 577, Para 3 of the Civil Procedure Code).

The principle of availability of notarial services under Bulgarian law is guaranteed also by the *rules on the substitution of a notary*, as set forth by Art. 46-48 NNPA.

a) **Substitution by an assistant-notary, who has acquired the legal capacity for substitution.** If a notary is absent or he is not in condition to fulfill his functions, he can be substituted by his **assistant-notary**, provided that the latter has served at least three years within the meaning of Art. 8, Para 2 NNPA and has successfully passed the examination under Art. 46, Para 3-7 NNPA, as specified in Regulation (Ordinance) No. 2/18.06.2003, issued by the Minister of Justice (Prom. SG No. 59/2003). In this case the assistant-notary acting in substitution shall carry out on his own all activities within the scope of competence of the notary, adding to his signature the words “*in substitution*” (cf. Art. 46, Para 1 NNPA). For the purposes of acquiring the legal capacity for substitution the notary and his assistant-notary shall file a written application to the Minister of Justice, enclosing the necessary documents, as stipulated in Art. 46, Para 2 NNPA, and indicating the term (period) of substitution, which cannot be longer than two years considered from the date of entry in the register kept by the Notary Chamber. The candidate for assistant-notary by substitution shall pass an exam under conditions and by the order determined by the above mentioned Regulation No. 2/18.06.2003, only for the first announced period of substitution. The examination shall be administered by a three-member board (commission) of examiners, consisting of: a representative of the Minister of Justice, appointed by him, one notary and one inspector-notary, appointed by the Council of Notaries (Art. 46, Para 4 NNPA). Upon the written records with results from the examination the Minister of Justice, within 7 days, issues an order for entering in the register of the Notary Chamber the legal capacity for substitution.

b) **Substitution by another notary of same district (region/ area of practice).** If an assistant-notary with the legal capacity of substitution within the meaning of Art. 46 NNPA is not available; the notary can be substituted by another notary of the same district within the meaning of Art. 3 NNPA (Art. 47, Para 1 NNPA). The relations between them are to be settled by a contract (Art. 47, Para 1 NNPA). The substituting notary shall use the official archives of the substituted notary, affixing his signature and seal on the certified document, stating the fact of substitution. If during the period of sub-

stitution the location of the official archives of the substituted notary had to be changed, the notary shall inform immediately the Chairman of the respective regional court about the change of the location of the official archives (cf. Art. 29 and 47, Para 3 NNPA). The period of substitution by another notary may not be longer than two years, considered from the conclusion of the contract under Art. 47, Para 1 NNPA.

c) **Substitution by the judge for the entry in the land register.**

If there is no one to substitute the notary in the respective district (area of practice) within the meaning of Art. 3 NNPA, the notary who is not in position to fulfill his functions is bound by the public duty to notify immediately the judge for the entries, who shall take over the substitution for carrying out urgent notarial activities (Art. 48, Para 1 NNPA). In this case the judge, acting in substitution, shall use the official archives of the substituted notary, affixing his own signature and seal on the certified document, stating the fact of substitution.

It should be stressed that under Bulgarian law the bodies of the local (municipal) administration are not empowered to carry out notary functions in substitution of a notary, when he is absent or is not in condition to fulfill his activities.

(5) Principle of Confidentiality. Like all independent notaries in other civil-law countries Bulgarian notary is bound by the *public duty to keep professional secret about the circumstances, having become known to him in connection with his official activities*. According to Art. 26 and 49 NNPA notaries and their employees (staff in the office) shall be obliged to keep secrecy vis-à-vis side and they cannot use the acquired information for his own or somebody else's profit. This duty of professional secrecy applies to all matters learned during exercise of office. Within his scope of activity the notary is entrusted with the administration of personal data and is entitled to access many important databases of information in the country. In all cases of notary authentications or certifications related to assignment, establishment, change or termination of real rights in real estate the notary has the public duty to make a check in the databases referred to in Art. 19, Para 2 NNPA, i.e. the National Database "Population", maintained by the Ministry of Regional Development and Public Works, as well as the National Automated Information Fund (National Registry) for Bulgarian Personal Documents (cf. Art. 25, Para 3 NNPA). In addition, before compiling the respective deed the notary has the duty to check the existence of imposed securing measure under the Act on Divestment in Favor of the State of Property Acquired from Criminal Activity (Art. 25, Para 2 NNPA). Since 2009 the Notary Chamber of Bulgaria admin-

istrates a computerized information system containing a database – part of the official archives of the notaries, incl. registers of the wills as well as of the powers of attorney (proxies). According to Art. 28b NNPA the right to access to the information system and the data to be entered shall be determined by an ordinance, issued by the Minister of Justice upon coordination with the Council of Notaries³³. Notaries are allowed to pass on to third persons information about circumstances, having become known to them in connection with their work, with the explicit consent of all parties involved, except for cases stipulated by the law (for example – under The Money Laundering Act) only. The duty of the notary to keep professional secret regards also the period of time when he does not carry out his functions or when his practice has been discontinued (Art. 26, Para 2 NNPA).

³³ Cf. Art. 2a, Art. 9a of the Regulation (Ordinance) No. 32/29. 01. 1997 on the Official Archives of the Notaries and Notarial Offices, issued by the Minister of Justice (prom. SG No. 12/1997).

Vesna Pendovska, PhD*
Aleksandra Maksimovska Stojkova, PhD**
& Elena Neshovska Kjoseva, PhD***

SOME TAX ASPECTS OF DIGITAL (VIRTUAL) CURRENCIES

UDK: 336.746:00491.056.55]:336.22

Review paper

Abstract: *One that began as a game in the online environment in the beginnings of the new millennium, soon expanded to a virtual economy where virtual items and currencies are being exchanged for real money. It is estimated that the total value of these virtual transactions is approximately USD 3 billion per year, would be subject to taxes in the non-virtual world, but escape taxation due to their virtual nature. Due to their transnational and largely decentralized nature, digital or virtual currencies raise a number of difficult legal questions. The one especially interesting for this paper is whether the trade in virtual items and currencies may have real tax implications. Some tax scholars describe the current situation of trade in virtual currencies as “vagueness in practice”, meaning that it is assumed that tax law should be applied but it is not clear when and how. The purpose of this paper is to offer analyses of some tax aspects directly influenced by virtual trade, focusing on the personal income tax on incomes derived from virtual trade and VAT on transactions in virtual items and currencies. There are three main types of activities involving virtual currencies that may be relevant for income tax purposes: (1) creation of virtual currency (through mining or completion of quests); (2) possession of virtual currency that appreciates in value; and (3) exchanges (taking into account three different situations: 1. buying virtual items and currencies with real money – for example sales of bitcoins for Euros or dollars; 2. buying real goods or services with virtual currencies – for example a shop accepting payments in bitcoins, and 3. buying virtual items and currencies with virtual*

* Full-time Professor, University “SS Cyril and Methodius”, Department of Financial Law, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, bul. Goce Delcev 9b, 1000 Skopje, Republic of Macedonia

** Full-time Professor, University “SS Cyril and Methodius”, Department of Financial Law, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, bul. Goce Delcev 9b, 1000 Skopje, Republic of Macedonia

*** Assistant Professor, University “SS Cyril and Methodius”, Department of Financial Law, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, bul. Goce Delcev 9b, 1000 Skopje, Republic of Macedonia.

currencies – for example a Second life shop accepting payments in Linden Dollars). Tax literature gives a strong argument against taxation of virtual income, but clearly supports the idea that any real income raising from virtual exchanges should generally be subject to tax since it is line with the basic taxation principles, such as the principle of equity (increased ability to pay is taxed), administrative convenience (taxation is deferred until the taxpayer has the means to pay the tax) and neutrality (taxpayers are not “forced” to monetize their assets). On the other hand, when it comes to consumption taxation on virtual transactions, according the EU Communication on Electronic Commerce and Indirect Taxation and the rules applicable since 1st of January 2015, exchanges of virtual items and currencies are considered to be electronically supplied services since they involve transfers of data that occur via the Internet with minimum human intervention. These supplies are taxed (i.e. not exempt) and subject to the standard rate. Under the place-of-supply rules, all supplies of electronic services will follow the destination principle and suppliers will be required to identify and verify the customer’s location in order to apply the correct VAT rate. As the legal status of the virtual currencies and their treatment for tax purposes vary worldwide, tax authorities have to do a lot as the range of potential income-generating situations is broad (there are bitcoin miners who treat their currency as stock in trade, hobby players who sell virtual items once in a while, users who cultivated their hobby into a business venture and professional entrepreneurs who accept virtual currency as a means of payment), since the virtual economy is becoming serious threat to tax compliance and endanger the collection of tax revenues.

Key words: *virtual trade, virtual currencies, virtual transactions, taxation, personal income tax, value added tax.*

Introduction

One that began as a game in the online environment in the beginnings of the new millennium, soon expended to a virtual economy where virtual items and currencies are being exchanged for real money. Nowadays, more and more people are earning huge amount of money thanks to their transactions in virtual items. Julian Dibbel, a US journalist, is one of the examples for such a “winning” story. In 2004 he reported to the Internal Revenue Service of USA that his primary source of income was the acquisition, sale and exchange of virtual goods and that he earned more from it on a monthly basis than he had ever earned as a professional writer (Elwell et al., 2014).

It is estimated that virtual worlds enable their participants to create and sell products with a total value of approximately USD 3 billion per year (Chartered Accountants Australia and New Zealand, 2015). These transactions would be subject to taxes in the non-virtual world, but escape taxation due to their virtual nature. If more economic activity migrates into virtual economies, more tax revenue in real economies might be lost.

Due to their transnational and largely decentralized nature, digital or virtual currencies raise a number of difficult legal questions. The one especially interesting for this paper is whether the trade in virtual items and currencies may have real tax implications. Some tax scholars describe the current situation of trade in virtual currencies as “vagueness in practice”, meaning that it is assumed that tax law should be applied but it is not clear when and how. The purpose of this paper is to offer analyses of some tax aspects directly influenced by virtual trade, focusing on the personal income tax on incomes derived from virtual trade and VAT on transactions in virtual items and currencies.

1. Personal income taxation on incomes from virtual trade.

There are three main types of activities involving virtual currencies that may be relevant for income tax purposes: (1) creation of virtual currency (through mining or completion of quests); (2) possession of virtual currency that appreciates in value; and (3) exchanges (taking into account three different situations: 1. buying virtual items and currencies with real money – for example sales of bitcoins for Euros or dollars; 2. buying real goods or services with virtual currencies – for example a shop accepting payments in bitcoins, and 3. buying virtual items and currencies with virtual currencies – for example a Second life shop accepting payments in Linden Dollars (Bal, 2014).

All increases in wealth should be taxable. However, tax literature gives a strong argument against taxation of virtual income, but clearly supports the idea that any real income raising from virtual exchanges should generally be subject to tax since it is line with the basic taxation principles, such as the principle of equity (increased ability to pay is taxed), administrative convenience (taxation is deferred until the taxpayer has the means to pay the tax) and neutrality (taxpayers are not “forced” to monetize their assets).

However, the fact that income is taxable does not mean that it is actually taxed. People who have virtual income do not pay tax on that income for two reasons: either they are not aware that such income is taxable or they deliberately avoid paying tax knowing that this non-compliance is unlikely to be detected and punished. The first issue (unawareness of tax liability) results from lack of clear guidance on the tax treatment of virtual currency. Tax authorities of many countries have not explained the tax consequences of mining of, and trading in, virtual currency. The second issue (deliberate non-compliance) stems from the characteristics of virtual currencies: transactions take place anonymously usually in a multijurisdictional setting. A seller that accepts payments in bitcoins is not required to identify himself when establishing his online Bitcoin wallet. Although the entire history of bitcoin transactions is publicly available, it is extremely difficult to trace earnings accumulated in a particular wallet back to a particular taxpayer. Thus, it is unlikely that tax authorities will know about the income, unless taxpayers voluntarily report it (Bal, 2013).

Surely, worldwide tax laws are not applied to income from virtual trade. Unenforced tax law neither generates revenue nor serves any redistributive purpose, so that its existence cannot be justified by any of the taxation objectives. It violates the principle of equity as it allows an increased ability to pay to remain untaxed. Low compliance rates harm the moral authority of law. Unenforced law creates a risk of arbitrary and discriminatory enforcement: it may be enforced against some but not others. It creates the impression that breaking the law is fine unless the taxpayer gets caught. The current legal situation of trade in virtual currencies can be best described as “vagueness in practice” – it is assumed that tax law should be applied but it is not clear when and how (Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 2017). Thus, the application of the current rules and concepts to virtual trade does not result in an economically reasonable outcome.

One of the main problems encountered by taxpayers is to know when sales of virtual currency for real money generate taxable income. The question of when income from virtual exchanges is subject to tax is strictly fact dependent. The circumstances of an individual case must be examined. On the other hand, fact-dependent solutions create legal uncertainty since taxpayers and tax authorities may reach different conclusions as to the tax consequences of a particular situation (De Filippi, 2014). The unsophisticated taxpayer may not properly qualify income earned through virtual economies or currencies as taxable income. Even if taxpayers are aware that they may have a tax liability, they may be uncertain about the proper income characterization and any available deductions.

This legal uncertainty could be reduced if tax authorities issued appropriate guidelines, taking into account the special characteristics of virtual trade. Tax authorities should seek a better understanding of the nature of virtual currency transactions and provide targeted guidance. As the range of potential income-generating situations is broad (there are bitcoin miners who treat their currency as stock in trade, hobby players who sell virtual items once in a while, users who cultivated their hobby into a business venture and professional entrepreneurs who accept virtual currency as a means of payment), taxpayers should be able to determine when their activity can be categorized as trade or business, a for-profit activity or a hobby. The Finnish Tax Authority clarified the tax treatment of Bitcoin for income tax purposes in its notice issued on 28 August 2013. This Notice discusses various situations in which bitcoins are mined, traded as a hobby or in the course of business, or used for investment purposes. It includes six numerical examples showing how to calculate taxable income in bitcoin transactions. The Notice is written in a simple language, but it also provides references to the applicable Finnish legislation, so that taxpayers interested in the exact wording of the legal rules know where to find it.

The main threat to tax compliance is anonymity (tax enforcement cannot be secured if the identity of the taxpayer is not known) and asymmetric information (the taxpayer knows the facts regarding the transactions he engages in, but the government is forced to obtain that information either from the taxpayer or from third parties). Taxpayers who are well aware of their obligations to report earnings and to pay taxes may purposely choose not to do so if they know that tax authorities are not aware of the existence of such profits (Kumar et al. 2017). Activities of individuals are difficult to track. Tax authorities are not aware that someone sells bitcoins and virtual items until the story is remarkable enough to receive media coverage.

1.1 Comparative review on worldwide tax practice

Under US tax law, real income from virtual transactions (for example, sales of bitcoins and virtual items for USD) is taxable. Those who sell virtual items or currencies for real money must report profits from such transactions according to the general rules. The fact that a person acts without a profit motive does not preclude taxation. In certain circumstances, the sale of virtual objects for real money may also give rise to preferential capital gains taxation.

Under UK law, it does not matter whether income is generated in a real or virtual form. Accumulated virtual currency is not taxable.

In Germany, also, does not matter whether income is generated in a real or virtual form. Virtual receipts are subject tax based on the rules on benefits in kind (Belomyttseva, 2015).

2. VAT taxation on transactions in virtual items and currencies

The European Union participated in the electronic commerce debate from the very beginning. In June 1998, the European Commission issued a Communication on Electronic Commerce and Indirect Taxation, which intended to be the EU contribution to the Ottawa conference. The Communication concluded that VAT, as opposed to any new form of tax, was appropriate to be applied to electronic commerce. All supplies of goods and services within the European Union should be subject to the same tax, irrespective of the means of communication or commercial mode used to perform transactions. The Communication provided a set of guidelines that were to be used as a starting point for further discussions. The guidelines were:

- VAT must be adapted to the developments of electronic commerce. No new or additional taxes are to be considered;
- Supplies of digital products are considered to be supplies of services;
- Digital supplies made for consumption should be taxed in the European Union, irrespective of their origin. Similarly, services provided by EU operators in third countries should be not subject to VAT;
- Compliance should be made as easy as possible, for example, through the use of electronic invoices and VAT returns. At the same time, tax authorities must have sufficient tools for control and prevention of abuse.

Additionally, four years later, the Electronic Services Directive (2002/38) was enacted. It introduced new place-of-supply rules and a special regime for third-country suppliers of electronic services. However, those amendments did not provide for equal treatment of EU and non-EU suppliers that provide electronic services to EU private individuals. This disparity has been removed since 1 January 2015. As from that date, all entrepreneurs supplying electronic services charge VAT at the rate of the customer's country and apply the One Stop Shop regime.

Supplies of virtual currency fall within the scope of EU VAT if they are performed by taxable persons acting as such. Taxable person is anyone who performs economic activities. According to the settled ECJ case law,

the terms “taxable person” and “economic activities” should be objective in character. The determination of when a person may qualify as a taxable person requires a complex case-by-case analysis, the outcome of which depends on the subjective perceptions of the examiners. Exchanges of virtual items and currencies are considered to be electronically supplied services since they involve transfers of data that occur via the Internet with minimum human intervention. Both lawful and unlawful supplies are taxed (i.e. not exempt) and subject to the standard rate. The EU VAT law does not require establishing the objective value of the consideration which constitutes the taxable amount. The subjective value that the taxable person attributes to the item disposed of is used as the taxable amount. Under the place-of-supply rules, applicable as from 1 January 2015, all supplies of electronic services will follow the destination principle, suppliers will be required to identify and verify the customer’s location in order to apply the correct VAT rate. This may be a difficult task when services are provided at a distance, payment intermediaries are involved and no physical shipments take place.

Conclusion

Current tax model and its principles are against taxing income in the virtual form. The illiquidity, valuation and compliance difficulties, combined with the resentment of taxpayers, would threaten a tax system based on self-assessment. In contrast, any real income derived from trade in virtual currencies and items should be subject to tax. This approach is in line with the principle of equity (increased ability to pay is taxed), administrative convenience (taxation is deferred until the taxpayer has the means to pay the tax) and neutrality (taxpayers are not “forced” to monetize their assets).

Moreover, the European Union and the OECD consider that the best way to tackle electronic commerce is through an approach which adopts and adapts the existing principles, instead of imposing new or additional taxes. This view has been recently confirmed by the OECD discussion draft on taxation of the digital economy and the final report presented by the EU Expert Group on Taxation of the Digital Economy.

When it comes to taxing transactions in virtual currency, some characteristics have to be fulfilled, such as: a clearly defined personal scope, taxation of all private expenditure, taxation at destination, single tax rate and effective mechanisms to ensure that all suppliers comply with their tax obligations. The EU VAT meets certain criteria: it covers all consumption

and employs the destination principle. Its weak points are: lack of certainty with regard to the status of taxable person, high compliance burden resulting from the application of the destination principle and ineffectiveness of the One Stop Shop scheme. However, those problems could be remedied by implementing taxpayer-friendly binding rulings, the possibility to switch to the origin principle as a method of last resort and more extensive administrative cooperation in tax matters.

Проф.д-р Тодор Каламатиев*
Д-р Александар Ристовски**

ЗАШТИТА НА РАБОТНИЦИТЕ ВО СЛУЧАЈ НА ОТКАЗ ОД ДЕЛОВНИ ПРИЧИНИ И КОЛЕКТИВНИ ОТПУШТАЊА (СОСТОЈБИ И ПЕРСПЕКТИВИ ВО МАКЕДОНСКИОТ ТРУДОВО-ПРАВЕН СИСТЕМ)

UDK: 349.22:331.106.44(497.7)
Original research paper

Апстракт: Во услови на променливи економски околности, глобален стремеж за поголема конкурентност на работодавачите и зачестени притисоци за флексибилизација на пазарите на труд, работниците се соочуваат со сериозни предизвици за заштита на нивното вработување од отказ поради деловни причини и колективни отпуштања. Авторите, во трудот даваат осврт кон правниот режим, постоечките состојби, трендовите и развојот на индивидуалните и колективните отпуштања поради деловни причини во рамките на македонскиот трудово-правен систем. Отказот на договорот за вработување поради деловни причини се анализира низ призмата на управувачките прерогативи на работодавачот (т.е. степенот на судската контрола врз законитоста на одлуките за отказ), непосредниот повод кој води до престанок на работниот однос, потенцијалните можности за продолжување на работниот однос и слично. Колективните отпуштања, како подвид на откази поради деловни причини, пред сè, се анализираат низ призмата на нивната не(усогласеност) со трудовото право на ЕУ. Во таа насока, авторите се осврнуваат кон: поимното определување и опсегот на колективните отпуштања, постапката за информирање и консултирање на претставниците на работниците и постапката за известување на јавните власти.

Клучни зборови: отказ од деловни причини, колективно отпуштање, информирање, консултирање, известување.

* Редовен професор, Правен факултет “Јустинијан Први”, Универзитет “Св.Кирил и Методиј” Скопје, Република Македонија, tonikalamatiev@yahoo.com

** Доцент, Правен факултет “Јустинијан Први”, Универзитет “Св.Кирил и Методиј” Скопје, Република Македонија, a.ristovski@pf.ukim.edu.mk

Вовед

Современите трудовоправни системи кои ги земаат во предвид интересите на работниците и работодавачите во работниот однос, се стремат кон изнаоѓање на соодветно ниво на „рамнотежа” помеѓу потребите на работниците од заштита (сигурност) на нивното вработување и на работодавачите за слобода (флексибилност) во управувањето со сопствениот деловен потфат. Потрагата кон оптимален степен на баланс помеѓу интересите на работниците и работодавачите, посебно е видлива во делот на преференциите на работниците за зголемена правна заштита од отказ на нивниот договор за вработување и заинтересираноста на работодавачите за полесно и помалку оптоварено отпуштање на работниците.

Во македонското работно законодавство, откажувањето на договорот за вработување (отказот) претставува еден начин на престанување на важноста на договорот за вработување.¹ Отказот е „еднострана изјава на волја” на работникот или на работодавачот со која се откажува договорот за вработување. Во трудовото право и во секојдневниот живот, од посебно значење е откажувањето на договорот за вработување од страна (по иницијатива) на работодавачот и следствено на тоа, заштитата на работниците од незаконски (неоснован) отказ.

Заштитата на работниците од незаконски отказ произлегува од две клучни претпоставки а тоа се: *постоењето на основана (оправдана) причина за отказ* на договорот за вработување и *исполнувањето на определени претходни дејствија*. Во македонското работно законодавство, не постои единствена класификација на можните причини за отказ. Најсеопфатна и најпрегледна е класификацијата која се заснова врз „трихотомната” поделба на причините за отказ и тоа на: лични причини (поврзани со способноста на работникот да ги извршува договорните или другите обврски од работниот однос), причини на вина (поврзани со однесувањето на работникот, кој ги крши договорните или другите обврски од работниот однос) и деловни причини (поврзани со потребите за функционирање на работодавачот).²

Законот го предвидува и исполнувањето на неколку задолжителни дејствија кои треба да му претходат на отказот на договорот за вработување. Тие се разликуваат помеѓу себе, во зависност од фактот

¹ Начините на престанување на важноста на договорите за вработување се регулирани со чл.62 од Законот за работните односи (Сл.весник на Р Македонија, бр.62/05).

² За ова види: ЗРО, чл. 76, став 1, точка 1,2 и 3.

дали во конкретниот случај работникот се отпушта поради лични, односно причини на вина (во вакви случаи, работодавачот има обврска за писмено предупредување на работникот пред отказ)³ или пак, деловни причини (во вакви случаи, работодавачот има обврска да го утврди постоењето на можност за продолжување на работниот однос на работникот и доколку не постои таква можност задолжително да му исплати испратнина, т.е. отпремнина)⁴. Отказот на договорот за вработување ќе биде законски и допуштен, доколку за него постои основана причина и се исполнети задолжителните претходни дејствија.

1. Отказ на договорот за вработување поради деловни причини и заштита на работниците при индивидуално отпуштање

Отказот на договорот за вработување од страна на работодавачот може да се третира како право на работодавачот од работен однос кое е „симетрично“, но не и „идентично“ со правото на отказ на договорот за вработување од страна на работникот.

Работодавачите во Република Македонија, уживаат самостојност и автономијаво водењето на својот деловен потфат, вклучувајќи ја слободата на откажување на договорите за вработување на работниците поради деловни причини. Ваквата состојба, првенствено произлегува од уставно загарантираната слобода на пазарот и претприемништвото,⁵ а потоа и од работното законодавство, кое, дефинирајќи го поимот „работен однос“ и определувајќи ја правната содржина на субординацијата, посредно, упатува кон управувачките, нормативните и дисциплинските прерогативи на работодавачот.⁶ Слободата во донесувањето на претприемнички одлуки (т.е. менаџерските прерогативи на работодавачите) кои за своја последица имаат отказ од деловни причини, е признаена и од страна на судската практика во Република Македонија. Во таа насока, судовите немаат надлежност да ги оценуваат потребата и оправданоста од деловните промени кои ги врши работодавачот и кои доведуваат до отказ..... оцената за потребата од вакви промени ја прави единствено

³ За ова види: ЗРО, чл. 73 и чл.80.

⁴ За ова види: ЗРО, чл.96 и чл.97.

⁵ За ова види: Устав на Република Македонија (Сл.весник на Република Македонија, бр.52/1991), Чл.8, став 1, точка 7.

⁶ За ова види: Т.Каламатиев, А.Ристовски, *Subordination in labour law and contemporary challenges in distinguishing between employment contracts and service contracts* (Niš, Collection of Papers, no.70, 2015), 176-177.

*работодавачот.*⁷ Сепак, тоа не значи дека судовите не вршат никаква контрола врз законитоста на одлуките за отказ поради деловни причини. Напротив, тие имаат ограничена контрола која пред сè, се однесува на оценката дали работниот однос на работникот престанал *под услови и на начин утврдени со закон, колективен договор и договор за вработување.*⁸

Законот за работните односи предвидува дека *работодавачот може на работникот да му го откаже договорот за вработување, кога не е можно продолжување на работниот однос, ако престане потребата од вршење на одредена работа под условите наведени во договорот за вработување заради економски, организациони, технолошки, структурни или слични причини на страна на работодавачот (деловни причини).*⁹ Ставајќи ја конкретната законска одредба во контекст на контролата која ја вршат судовите за заштита на работниците од незаконит отказ, посебно треба да се истакнат следните елементи: **прво**, отказот на договорот за вработување поради деловни причини добива карактер на „*ultima ratio*” право на работодавачот, кое тој може да го користи како „крајна инстанца” во услови *кога не е можно продолжување на работниот однос на работникот*; **второ**, за да може да се оствари ова право, кај работодавачот треба да се појават одредени „деловни причини” кои по своите специфики можат да бидат од: економски, организационен, технолошки, структурен или сличен карактер¹⁰ и **трето**, појавувањето на овие основани причини за отказ треба да водат кон непосредниот повод за откажување на договорот за вработување а тоа е *престанувањето на потребата* од вршење на одредена работа под условите наведени во договорот за вработување.¹¹ Првиот елемент (т.е. откажувањето на договорот за вработување како „крајна мерка”), наоѓа и дополнителна поткрепа во Законот за работните односи. Имено, Законот предвидува три алтернативи за продолжување на договорот за вработување, кои

⁷ За ова види: Одлука на Апелациониот Суд – Скопје, Скопје РОЖ. бр. - 1260/12 од 14.11.2012 година

⁸ *Ibidem*.

⁹ ЗРО, чл.76, став 1, точка 3.

¹⁰ Во практиката, како деловни причини за отказ се третираат: *потребата од рационализација на трошоците на работодавачот поради зголемена конкуренција, остварувањето на обем на работни активности кои се под очекувањата, неосвоеното ниво на позитивни финансиски перформанси* (Одлука на Основниот Суд во Тетово, РО. бр. 42/2013 од 03.07.2013 год), *неповолната финансиска состојба, намалениот обем на работа* (Одлука на Основниот Суд во Кратово, РО. бр. 49/12 од 18.02.2013 година) и слично.

¹¹ Т. Каламатиев, А. Ристовски, *Отказ уговора о раду и заштита права радника услед престанка потребе за обављањем одређених послова у македонском радноправном систему* (Београд, Радно и Социјално Право, Бр.1/2017), 24.

работодавачот може да му ги понуди на работникот пред да му го откаже договорот поради деловни причини. Тоа се: *вработувањето кај друг работодавач без огласување, со преземање и склучување договор за вработување за вршење на работи кои одговараат на стручната подготовка односно квалификација на работникот; стручното оспособување (обука, преквалификација или доквалификација за работа кај истиот или кај друг работодавач) или новиот договор за вработување.*¹² Обврската на работодавачот да ја докаже (не) можноста за исполнување на овие алтернативи пред да му го откаже договорот за вработување на работникот поради деловни причини, е и предмет на оценка на судовите во Република Македонија.¹³ Доколку работодавачот не успее да пронајде можност за продолжување на работниот однос на работникот понудувајќи му некоја од правните алтернативи предвидени со закон и отказот на договорот за вработување е неизбежен, работникот има загарантирано право на испратнина.¹⁴ Вториот и третиот елемент, се однесуваат на утврдување на фактот дали отпуштањето на работниците почива на реални и објективни причини или пак работодавачот наведува фиктивен основ за отказ. Во таа насока, контролата на судовите во Република Македонија, се протега и врз оние откази од деловни причини кои се квалификуваат како „крајно тенденциозни и во кои е евидентно дека работодавачот сака по секоја цена да му го откаже договорот за вработување на работникот”.¹⁵

2. Отказ на договорот за вработување поради деловни причини и заштита на работниците во услови на колективни отпуштања

Во споредба со т.н. „индивидуални” отпуштања кои опфаќаат отказ на договорот за вработување поради деловни причини на помал број

¹² За ова види: Закон за работните односи, член 96.

¹³ За ова види: Одлука на Основен суд Радовиш, РО. бр. 21/13 на 10.10.2013 година.

¹⁴ За ова види: Закон за работните односи, чл.97.

¹⁵ Во конкретниот случај, тужителот (работодавачот) му го откажал договорот за вработување на тужениот (работникот) поради деловни причини (економски, финансиски и технолошки промени), „укинувајќи” го работното место – бравар/стругар на кое бил вработен тужителот. Во постапката се утврдило дека, тужениот не докажал дали работното место е укинато и кога е укинато и не доставил систематизација со опис и попис на работните места од која би можело да се утврди дека нема соодветно работно место на кое тужителот би бил прераспореден и кое би одговарало на неговата стручна подготовка. За ова види: Одлука на Основниот Суд во Ресен, РО-27/13 од 10.02.2014.

работници, „колективните“ отпуштања, претпоставуваат отпуштања на поголем број работници. Под „колективно отпуштање од деловни причини“, се подразбира престанокот на работниот однос на поголем број работници, односно на најмалку 20 работници за период од 90 дена, без оглед на вкупниот број работници кај работодавачот.¹⁶ Македонското работно законодавство, колективните отпуштања ги третира како подвид на отказите поради деловни причини.

Критичкиот осврт кон поимната определба „колективни отпуштања од деловни причини“ во македонското работно законодавство и начините (т.е. правните основи) со кои може да се спроведат колективните отпуштања, го аргументираме преку една основна теза, а тоа е *некомплементарноста помеѓу дефиницијата и начините (т.е. правните основи)* со кои можат да се спроведат колективните отпуштања во рамките на македонското работно законодавство и комунитарното право на ЕУ (т.е. Директивата 98/59/ЕЗ за колективни отпуштања). Сумарно, правните основи (причините) на кои се темелат колективните отпуштања во Директивата на ЕУ, се: одлуките за престанок на работниот однос *да произлегуваат, т.е. да се засноваат на иницијатива на работодавачот и да не се однесуваат на самиот работник.*¹⁷

Законот за работните односи, како начини (правни основи) за престанок на работниот однос на работниците во рамките на колективното отпуштање ги наведува од една страна одлуката за престанок на работен однос на поголем број работници од деловни причини (отказот од деловни причини)... а од друга страна, секој престанок на работен однос....¹⁸ Тоа води кон две различни толкувања на опсегот на колективните отпуштања, односно начините за престанок на работниот однос кои се изедначуваат со нив и тоа: пошироко (*sensu latu*) или граматичко толкување и потесно (*strictu sensu*) толкување.

Според **поширокото (*sensu latu*) толкување**, кое произлегува од фразата „секој престанок на работниот однос“, Законот за работните односи остава простор за премногу екстензивен опсег на случаи на престанок на работниот однос, т.е. ги опфаќа *сите начини* на престанување на важноста на договорот за вработување. Доколку сите случаи, односно начини на престанок на работниот однос се вбројат во колективното отпуштање, тогаш, тука би припаднале и оние начини

¹⁶ За ова види: ЗРО, чл.95, став 1.

¹⁷ Мрџков, В., Трудово право, (Сиби, Издателство за правна литература, 9 издание, 2015), стр.641

¹⁸ За ова види: Закон за работните односи, член 95, став 1.

на престанок на работниот однос кои се инхерентни на личноста на работникот (на пример: смрт на работникот физичко лице, утврдена трајна неспособност за работа на работникот, прекин на договорот за работа поради возраст на работникот, неспособност на работникот да ги извршува договорните или други обврски од работниот однос – лична причина, кршење на договорните обврски или други обврски од работниот однос – причина на вина и слично).¹⁹ Таквото толкување е неконзистентно и спротивно на одредбите и духот на Директивата 98/59/ЕЗ за колективни отпуштања. Понатаму, според Законот за работните односи, одредбите со кои се уредуваат колективните отпуштања (членот 95), *не се применуваат кај колективните отпуштања кои произлегуваат од прекинување на дејностите на установата поради судска одлука, договорите за вработување на определено време и во тела на јавната администрација*.²⁰ Останува нејасно зошто Законот за работните односи, со ваквата одредба ги исклучува работниците на определено време од опфатот на колективните отпуштања. Директивата 98/59/ЕЗ, ги исклучува договорите за вработување на определено време од опсегот на колективните отпуштања, но само доколку основ за престанок на нивниот работен однос е истекувањето на времето за кои се склучени или извршувањето на задачите за кои се склучени таквите договори. Но, доколку договорите за вработување на определено време се откажани пред датумот на нивното истекување или извршување, тие можат да бидат опфатени од колективното отпуштање.²¹

За разлика од поширокото (*sensu latu*) толкување на опсегот на колективните отпуштања според кое „секој престанок на работниот однос” би можел да претставува подобен начин за спроведување на колективното отпуштање, **потесното толкување (*sensu strictu*)** го ограничува опсегот на колективните отпуштања на точно определен начин (случај) за престанок на работниот однос на работниците, а тоа е „одлуката за престанок на работен однос од деловни причини”. Доколку колективното отпуштање во македонскиот трудовоправен систем, го сведеме на еден единствен начин на престанок на работниот однос (престанокот со отказ), т.е. на еден единствен правен основ (отказот од деловни причини), ризикуваме „минимизирање” на квантитативните аспекти (кумулирање на определен, минимален број работници кои ќе бидат утврдени како „вишок”) неопходни за настанување на колективното отпуштање, а како последица на тоа и ограничена заштита

¹⁹ За ова види: Закон за работните односи, член 62.

²⁰ За ова види: ЗРО, член 95, став 10.

²¹ За ова види: Директива 98/59/ЕС, член 1, став 2.

на работниците од придобивките кои произлегуваат од постапката на информирање, консултирање и известување. Утврдувањето на „отказот од деловни причини“ како единствен начин на престанок кој може да се подведе во колективното отпуштање е во спротивност со одредбите и духот на Директивата 98/59/ЕЗ која зазема широк (екстензивен) пристап. Според пристапот на Европскиот Суд на Правдата (во случајот *Европска Комисија против Португалија*), колективните отпуштања неможат да се ограничат единствено на отказите поради структурни, технолошки или циклични причини и тие треба да ги опфатат сите начини на престанок поради било која причина која не е поврзана со самите работници.²² Со оваа пресуда, всушност Судот го проширува опфатот на колективните отпуштања и врз други случаи (начини) на престанок на работниот однос чиј правен основ лежи во одредени „екстерни“ околности, независни од волјата, односно иницијативата на работодавачот.²³ Такви случаи се: отворањето на стечајна постапка против работодавачот, експропријацијата на претпријатието, пожар или други случаи на виша сила, како и случаи на престанок на активностите на претпријатието поради смрт на работодавачот-физичко лице.²⁴

Прелиминарниот заклучок кој произлегува од *strictu sensu* интерпретацијата на опсегот на колективните отпуштања во македонското работно законодавство, се состои во констатацијата дека единствен начин на престанок на работниот однос преку кој може да се спроведе колективното отпуштање е престанокот со отказ од деловни причини. Сепак, во функција на поправилна примена на одредбите за колективно отпуштање, сметаме дека кон отказот од деловни причини треба да се додаде и писмената спогодба за раскинување на договорот за вработување помеѓу работникот и работодавачот. Со цел да биде „подобен“ начин за престанок на работниот однос на работниците кои се утврдени како „вишок“, понудата за спогодбено раскинување на договорот

²² Во случајот *Европска Комисија против Португалија* (C-55/02), Европската Комисија иницира постапка пред Европскиот Суд на Правдата против Португалија за неусогласеност на Португалското работно законодавство со Директивата 98/59/ЕЗ за колективни отпуштања во делот на опфатот на колективните отпуштања кои се уредени со Законот бр.64-A/89 на Португалија од февруари, 1989 година. Португалското работно законодавство, го ограничува опфатот на колективните отпуштања на откази чии основани причини се укинувањето на една или повеќе организациски единици во претпријатието, односно поради отказ од структурни, технолошки или економски причини.

²³ За ова види: Blanpain.R, *European Labour Law (Thirteenth Revised Version)*, Wolters Kluwer, 2012, стр.746.

²⁴ *Европска Комисија против Португалија C-55/02, Пресуда од 12.10.2004, Рец.32.*

за вработување треба да биде иницирана од страна на работодавачот.²⁵ De lege ferenda, колективното отпуштање во македонското работно законодавство, треба ги опфати сите начини на престанок на работниот однос кои се иницирани од страна на работодавачот и кои не се однесуваат на личноста на работникот, вклучувајќи го и престанокот на работниот однос пред истекот или извршувањето на договорот за вработување на определено време. При тоа, треба да се има во предвид фактот дека основ за престанок на работниот однос на најмалку 5 работници од вкупниот број работници кои се утврдени како „вишок”, треба да биде отказот од деловни причини. Престанокот на работниот однос на останатите работници (со кој се постигнува законскиот минимум, потребен за исполнување на квантитативните претпоставки на колективното отпуштање), може да се заснова како на дополнителни одлуки за отказ од деловни причини, така и на спогодбени раскинувања на договорите за вработување.²⁶

2.1 Вклучување на посебни тела во заштитата на работниците при колективно отпуштање

Работното законодавство на Република Македонија, ги утврдува положбата и надлежностите на синдикатите/претставниците на работниците во заштитата на работниците од отказ. Синдикатите/претставниците на работниците, de lege lata имаат значајна улога во постапката на партиципација (информирање и консултирање) во случаите на колективни отпуштања. Партиципацијата (информирањето и консултирањето) на работниците, како во рамките на Директивата 98/59/ЕЗ за колективни отпуштања, така и во Законот за работните односи, се врши посредно, со учество на *претставници на работниците*. Во таа насока, „претставниците на работниците” во македонското работно законодавство се дефинираат како *претставници на работниците предвидени со закон и со законите на земјите членки на Европската унија*.²⁷ Анализирајќи ја оваа одредба, доаѓаме до заклучок дека македонскиот законодавец буквално и во целост ја преземал соодветната одредба со која се дефинира поимот „претставници на работниците” во рамките на Директивата

²⁵ За ова види: Govič, I., D. Marinković Drača I D. Milković, *Zakon o Radu - komentar, sudska praksa I ogledni primjeri* (Zagreb, 2010), 401.

²⁶ Crnčić, I. et al. *Veliki Komentar Novog Zakona o Radu*, (Vaša Knjiga, d.o.o, Zagreb, 2010), стр.178.

²⁷ Закон за работните односи, член 5, став 16.

98/59/ЕЗ (чл.1, точка 1 (b), покажувајќи дека не ја разбрал нејзината суштина и значење. Начинот на избор на претставникот на работниците и неговите надлежности, не се предвидени ниту со други, дополнителни одредби во Законот за работните односи, ниту пак со друг, посебен закон. Во услови кога во македонското работно законодавство не постои суштинска дефиниција и постапка за определување на „претставниците на работниците” се наметнува дилемата кои се субјектите со чие учество треба да се спроведе постапката за информирање и консултирање пред колективното отпуштање? Во практиката, се пронаоѓаат мислења според кои, доколку кај работодавачот не е организиран синдикат, тогаш на негово место настапува повереникот на работниците, кој мора на соодветен начин да биде избран за таа функција, односно да располага со овластување да ги застапува интересите на работниците кои се опфатени со колективното отпуштање.²⁸ Оттука, доаѓаме до заклучокот дека работниците (без оглед дали ќе бидат претставувани преку синдикални организации или преку претставници на работниците) имаат неотуѓиво право да бидат информирани и консултирани, а работодавачот има обврска да ги вклучи во процесот на партиципација при донесувањето на одлуката за колективно отпуштање.²⁹

2.1.1 Постапки на информирање и консултирање

Информирањето на претставниците на работниците, претставува иницијална фаза во рамките на пошироката постапка за вклучување (партиципација) на работниците при спроведување на колективното отпуштање. Информирањето мора да биде реализирано однапред, пред започнување на консултирањето, а во секој случај пред донесувањето на одлуката за колективно отпуштање. Законот за работните односи, како *момент* на започнување на постапката на информирање и консултирање на претставниците на работниците во услови на колективно отпуштање, го определува моментот кога работодавачот *има намера* да спроведе колективни отпуштања, *најмалку еден месец* пред почетокот на колективното отпуштање.³⁰ Информирањето се состои во обезбедување на работодавачот со сите релевантни информации пред започнување

²⁸ За ова види: Томановиќ.Т и В.Томановиќ, *Договор за Работа*, (Скопје, 2011), стр.99.

²⁹ Ваквото сфаќање е и во духот на пристапот на Европскиот Суд на Правдата и неговата интерпретација на Директивата 98/59/ЕЗ. На пример, во случајот *Европска Комисија против Обединетото Кралство (C-382/92)* ЕСП утврдува обврска за спроведување на информирањето и консултирањето на работниците, дури и во случај кога во земјата-членка не е воспоставен целосен систем на претставување на работниците.

³⁰ За ова види: Закон за работните односи, член 95, став 2.

на консултациите...³¹ Такви информации се: *причините за планираните отпуштања; бројот и категориите на работници кои се отпуштаат; вкупниот број и категории на работници кои се вработени и периодот за кој планираните отпуштања треба да се случат.*³² Сите претходно наведени информации (податоци), треба да бидат составен дел од писменото известување со кое започнува постапката на информирање и консултирање на претставниците на работниците во врска со намерата на работодавачот за спроведување на колективното отпуштање.³³ Во практиката, ова писмено известување на работодавачот треба да е поткрепено со докази (акти) од кои би можеле да се согледаат *причините* за престанување на потребата од работа на работниците, но тоа истовремено треба да ги содржи и останатите информации (податоци) кои произлегуваат од Законот за работните односи.³⁴ Конечно, целта на информирањето се состои во овозможување на претставниците на работниците да подготват конструктивни предлози кои ќе бидат од значење во наредната фаза, а тоа е фазата на консултирање.

Консултациите започнуваат да се реализираат по информирањето на претставниците на работниците, но најрано еден месец пред почетокот на колективното отпуштање. Слично како и во однос на правниот режим на информирањето, каде Законот за работните односи ја уредува неговата *содржина* (тоа е „листата“ на релевантни информации/податоци со кои работодавачот ги обезбедува претставниците на работниците) и неговата *цел* (а тоа е овозможување на претставниците на работниците да подготват конструктивни предлози), работното законодавство ги уредува и содржината и целта на консултирањето на работниците. Во таа насока, консултациите најмалку ги опфаќаат *начините и средствата за избегнување на колективните отпуштања, намалувањето на бројот на отпуштени работници или ублажување на последиците* од колективното отпуштање.³⁵ Значи, содржината на консултирањето на претставниците на работниците се состои во барањето начини и средства за минимизирање на негативните последици во однос на работниците кои се опфатени со колективното отпуштање, а неговата цел е „*постигнувањето договор*“ помеѓу работодавачот и претставниците на работниците, со кој доколку не е возможно избегнување на колективното отпуштање, ќе се прибегне кон *придружни социјални мерки и ќе им се помогне на отпуштените*

³¹ За ова види: Закон за работните односи, чл.95, став 2.

³² За ова види: Закон за работните односи, чл.95, став 4.

³³ Govič, I., D. Marinković Drača I D. Milković, op.cit, 400.

³⁴ Томановиќ.Т и В.Томановиќ, op.cit, 98.

³⁵ За ова види: Закон за работните односи, член 95, став 3.

работници повторно да се вработат или обучат.³⁶ Законот за работните односи не предвидува никакви специфики во врска со: *начинот на вршење на консултациите (писмено или усмено), степенот на инволвираност на субјектите во постапката на консултирање и роковите во кои би требало да се произнесат субјектите помеѓу кои се одвиваат консултациите.* Оттука, се чини дека конкретните детали во врска со спроведувањето на постапката на консултирање се препуштаат на вољата на работодавачот и претставниците на работниците како страни кои учествуваат во оваа постапка.³⁷ Во практиката, консултирањето вообичаено следи по доставувањето на т.н. „*нацрт програма за решавање на правата на работниците за чија работа престанала потребата*” од страна на работодавачот кој го спроведува колективното отпуштање.³⁸ Сепак, македонското работно законодавство, ниту го предвидува постоењето на ваква „програма” како акт на работодавачот за згрижување на работниците опфатени со колективното отпуштање, ниту пак ја определува неговата содржина. Понатаму, останува нејасно дали консултациите ќе се сведат на проста размена на мислења или пак, ќе опфатат подлабински облик на дијалог помеѓу страните со цел да се намалат или ублажат негативните последици од колективното отпуштање. Во таа насока, се приклучуваме кон ставот дека консултациите во услови на колективно отпуштање треба да се третираат како цврста форма на консултации, кои што по својата содржина се многу блиски до колективното договарање.³⁹ И покрај тоа што македонското работно законодавство не содржи никакви инструктивни одредби за спроведување на постапката на консултирање, во практиката се пронаоѓаат определени ставови за (можните) начини на спроведување на оваа постапка. Во таа смисла, работодавачот треба да го покани претставникот на работниците и да го определи местото и времето во кое ќе се спроведе консултирањето. На самото консултирање, претставникот на работниците треба да изнесе став и мислење во врска со информациите кои претходно му биле доставени во писмена форма. За консултирањето треба да се води записник, во кој ќе бидат регистрирани сите предлози и сугестии на претставникот на работниците. Предлозите и сугестиите можат да бидат доставени и дополнително, со писмено известување до работодавачот. Работодавачот, од своја страна е должен објективно да ги оценува мислењата и сугестиите на претставниците на работниците и да ги земе во предвид при донесувањето на конечната

³⁶ Ibid.

³⁷ Мрџков.В, op.cit, 643.

³⁸ Томановиќ.Т и В.Томановиќ, op.cit, 98.

³⁹ Blanpain.R, op.cit, 750.

одлука за колективно отпуштање.⁴⁰

2.1.2 Постапка на известување (вклучување) на јавните власти

Под поимот „јавна власт”, во смисла на спроведување на постапката за колективните отпуштања, работното законодавство на Република Македонија ја препознава „службата надлежна за посредување при вработување” (т.е. Агенцијата за вработување на Република Македонија). Законот за работните односи, предвидува *обврска за работодавачот по завршувањето на консултациите со претставникот на работниците, писмено да ја извести службата надлежна за посредување при вработување...* Законот, во истата одредба предвидува дека *известувањето ги содржи сите релевантни информации во врска со планираните колективни отпуштања и за консултациите со претставниците на работниците, а особено за причините за отпуштањата, бројот на работниците кои се отпуштаат, вкупниот број работници кај работодавачот и периодот за кој отпуштањата треба да се случат.*⁴¹ Известувањето на работодавачот за планираните колективни отпуштања упатено до службата надлежна за посредување при вработување, веќе само по себе, претставува одлука за колективно отпуштање од која произлегуваат поединечните одлуки за престанок на работниот однос на работниците опфатени со колективното отпуштање. Во вакви околности, службата надлежна за посредување при вработување може „привремено да ги суспендира” правните последици од одлуката за колективно отпуштање, т.е. може да го продолжи рокот од правниот (de jure) до фактичкиот (de facto) престанок на работниот однос на работниците опфатени со колективното отпуштање до 30 дена, или пак, по нејзино барање најмногу до 60 дена и тоа само во случај доколку проблемите кои произлегуваат од колективните отпуштања неможат да се решат во рамките на почетниот период.⁴² За времетраењето на тие рокови, службата надлежна за посредување при вработување бара можност да им пружи помош и услуги од посредување при вработување на работниците опфатени со колективното отпуштање и тоа, *согласно со закон* (пред се, со Законот за вработување и осигурување во случај на невработеност).⁴³

⁴⁰ За ова види: Томановиќ.Т и В.Томановиќ, op.cit,100.

⁴¹ За ова види: Закон за работните односи, член 95, став 6.

⁴² За ова види: Закон за работните односи, член 95, став 8 и став 9.

⁴³ За ова види: Закон за работните односи, член 95, став 6.

Заклучок

Индивидуалните и колективните отпуштања опфаќаат суштествен дел од правниот режим на откажувањето на договорите за вработување во Република Македонија. Во услови на променливи економски околности и зголемена флексибилизација и дерегулација на пазарите на труд, заштитата на работниците од отказ поради престанок на потребата од вршење на одредена работа (деловни причини) се соочува со големи предизвици.

Во однос на индивидуалните отпуштања, останува дилемата за степенот на судската контрола во испитувањето на допуштеноста на отказот поради деловни причини. Неразрешувањето на оваа дилема, во одредена мера е резултат и на недостатокот на соодветна судска пракса во земјата.

Во однос на колективните отпуштања, заклучокот е дека правниот режим за нивното регулирање е далеку од јасна и кохерентна целина која целосно соодветствува со содржината и „духот“ на европските прописи. Ваквиот генерален заклучок, наоѓа покрепа во неколку поединечни сегменти од колективното отпуштање како што се: дефинирањето на поимот „колективни отпуштања“, материјалните и формалните аспекти поврзани со постапката за информирање и консултирање на претставниците на работниците, материјалните и формалните аспекти поврзани со известувањето на јавните власти и правните последици кои произлегуваат од непочитување на обврската за информирање, консултирање и известување во случај на колективни отпуштања.

Проф. др Драган Николић *
Др Александар Ђорђевић**
Серегин Андреј Викторович***

СПЕЦИАЛЬНЫЕ СУДЕБНЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В СРЕДНЕВЕКОВЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ СЛАВЯНСКИХ НАРОДОВ

UDK:347.94(=16)^{04/14}(094)
39:347.94(=16)^{04/14}
Original research paper

Апстракт: Старословенска судска доказна средства свод, заклетва, саклетвеници и ордалије (судски двобој, хватање усижаног гвожђа и потапање у воду) посматрани су и реконструисани преко најважнијих доступних писаних руских, чешких, пољских, хрватских и српских правноисторијских извора: уговори руских кнежева Игора и Олега са Византијом, Руска правда, Статути чешког војводе Кондрада Ота, ненасловљен зборник пољског обичајног права (написан на немачком језику) познат као ‘Правна књига Елблонга’, Винодолски закон, Пољички статут и Душанов законик. Ови правноисторијски извори сведоче да су ови судски докази били веома распрострањени у судском поступку у читавом словенском свету и да се у њихову поузданост као доказних средстава уопште није сумњало ни онда када је судство потпуно прешло у руке државних органа. Засновани су вероватно на начелима народног судства и самозащите још у словенским родовско-племенским заједницама, дакле много пре настанка првих раних словенских држава и зато су знатно старији од писаних историјских извора у којима се први пут појављују.

Кључне речи: *средњовековне словенске државе, историја права, судска доказна средства, свод, заклетва, саклетвеник, ordalium*

Судебная функция первая характерная черта публичной власти, которая возникла в первобытном обществе. Развитие судебной

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија, dnikolic@prafak.ni.ac.rs

** Доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, Република Србија, djole@prafak.ni.ac.rs

*** Доцент Катедре за теорију и историју државе и права кандидат правних наука Јужни федерални универзитет у Ростову на Дону, Руска Федерација, andrei-seregin@rambler.ru

функции в рамках государственной власти, можно проследить у всех индоевропейских народов, в том числе и у славян. Первые и крайне грубые формы восстановления нарушенных прав сложились еще прежде образования государств. Этот древнейший процесс является в форме самосуда, т.е. самоуправства и он свойственен всем народам на том же первоначальном уровне развития. После возникновения государственных форм политического быта народов, такой порядок начинает исчезать, и государство принимает на себя заботу оформить собственное судопроизводство. Первоначальная территориальная общность обусловила позднейшие сходства в правосудии отдельных славянских народов. Исторические источники славянских государств содержат нормы о тождественных или сходных судебных учреждениях.

Что нам говорят источники права в отдельных славянских государствах о древнем судопроизводстве? Можно ли реконструировать прасловенское, общесловенское правосудие, единое для прасловян, во время когда они еще не разделились на отдельные ветви? Ответы на эти вопросы необходимо искать в многочисленных средневековых источниках права.

Полагаем, что древнейшие институты судебных доказательств славянских народов могут быть реконструированы в результате применения сравнительно-правового метода, так как ни один историко-правовой свод славянских законов полностью не отображает специфику процессуального и материального бытия таких институтов процессуального права как свод, присяга, соприсяжничества и ордалии. Уже на первый взгляд видно, что в источниках права отдельных славянских народов, несомненно, существуют тождественные институты судебного делопроизводства, как например, свод, присяга, соприсяжники и ордалии.

Свод

Русская Правда (краткой и пространной редакции)¹ и Закон Стефана Душана,² источники древнерусского и сербского права, определенно

¹ Русская Правда, Краткая редакция, Российское законодательство X-XX веков в девяти томах, Т. 1. Законодательство Древней Руси, Москва 1984, 47-39. и Русская Правда Пространная редакция, 64-73; Д. Николић, Древноруско словенско право, Београд 2000, (превод на српски језик текста тзв. Академијиног рукописа Кратке Правде, 203-207. и тзв. Тројицког рукописа Шире Правде, 209-225).

² Законник Стефана Душана 1349 г., Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы, /под ред. акад. В.М. Корецкого/, Москва 1961, 891-915; С. Новаковић, Законик Стефана Душана, Београд 1898, (текст Законика, 6-267); Н.

содержат общесловянский институт свод.³ Его суть можно объяснить следующими словами: если у кого-нибудь находится чужая вещь, захваченная или украденная у собственника, или отнятая силой, тот идет на свод. Владельцу вещи необходимо было доказать добросовестное владение. Свод продолжался пока не найдется лицо, которое не имеет правомочное основание для владения вещью. Так, в ст. 16 Русской Правды (краткой редакции) сказано: *“Аще кто челядин пояти хоцеть, познав свои, то к оному вести, у кого то буде купил, а тои ся ведеть ко другому, даже доидеть до третьего, то рци третьему: вдай ты мне свои челядин, а ты своего скота ищи при видоце”*. Более подробно институт свода описан в ст.ст. 36 и 38 Русской Правды (пространной редакции) – в первом случае говорится: *“Аже будет во одном городе, то идти исцтыцю до конца того свода; будет ли свод по землям, то ити ему до третьего свода; а что будет лице, то тому платити третьему кунами за лице, а с лицем иди до конца своду, а истццю ждати прока; а где снидеть на конечняго, то тому всё платити продажу”*; а во втором - *“Аще познает кто челядин свои украден, а поиметь и, то оному вести и по кунам до 3-го свода; пояти же челядина в челядин место, а оному дати лице, ать идеть до конечняго свода, а то есть не скот, не лзе речи: (не веде), у кого есмь купил, чо по языку ити до конца; а где будет конечнии тать, то опять воротять челядина, а свои поиметь, и протор тому же платити, а князю продаже 12 гривен в челядине или украдише”*. Специально устанавливается проведение свода при опознании украденного коня в ст. 35 Русской Правды (пространной редакции): *“Аже кто познает свое, что будет погубил или украдено у него что, или конь, или порт, или порт, или скотина, то не рци: се мое, но поиде на своде, где есть взял; сведитесь, кто будет виноват, на того татба снидеть, тогда он свое возьмет, а что погибло будет с нимь, то же ему начнет платити; аще будет коневые тать, выдати князю на поток; паки ли будет клетными тать, то 3 гривны платити ему”*.

Радојчић, Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354, Београд 1960, (текст Законика, 43-144); Д. Јанковић, Историја државе и права феудалне Србије XII-XV век, Београд 1961, (текст Законика, 131-146); Душанов Законик, приредила Б.Марковић, Београд 1986, (текст Законика 57-89); Д.Николић, А.Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, Ниш 2013, (текст Законика, 151-171).

³ Н. Jireček, PROVE – historicky slovar slovanskeho prava, Praha-Brno 1904. (“Svod/Сводъ, Intertiatio”, 360-361); V. Mažuranić, Prinosi za hrvatski pravno-povjestni Rječnik, Zagreb 1908-1922. (“Svod/Intertiatio”, 1419); М. А. Исаев, Толковый словарь древнерусских юридических терминов , от договоров с Византией до уставных грамот Московского государства, Москва 2001, (“Свод”, 96); Д. Николић, op.cit. 115-116, 134-135.

Польское и чешское средневековое право также описывают институт “свода”. Польское обычное право содержится в источнике известном как Елблонгская книга XIII века, статья XI которой предписывает одну форму свода, таким образом свидетельствуя что этот институт славянского происхождения: *“Если у кого-либо будет обнаружена лошадь или другая какая-либо вещь, и тот, кто ее обнаружит, пожалуется, что она была украденна, тогда судья приказывает ему (обвиняемому) отвечать; если он скажет, что купил (эту вещь), тогда судья приказывает ему, чтобы он через 14 ночей доставил того у кого он ее купил...”*⁴ У него, следовательно, будет и срок от 14 ночей, чтобы обеспечить присутствие лица от кого покупал вещь. Таким же образом ему можно перенести сомнение на предыдущего собственника (или только на обладателя) спорной вещи.

И памятник чешского права конца XIII века, Статуты Кондрада Отона, упоминает свод. Статья 10 этого источника прибавляет к всему что сказано в правовых нормах других источников славянского права, следующие правила: *“Когда ведут свод, должен присутствовать посланец каштеляна, судьи и владара и коморника и один или два из этой общины...”* Коморник⁵ и представители судебной власти обязательно присутствовали при оценке доказательств. Из содержания этой статьи также видно, что государство решительно устанавливало контроль над судебным процессом.

Надо упомянуть и одно ограничение. Свод было можно проводить только в своём отечестве, т. е. в городах Киевской России, как говорит статья 36. Пространной Правды. Заграницей, свод был ограниченный до третьего обладателя спорной вещи. Именно тот (третий) владелец какой-либо вещи должен был платить истцу (собственнику) долг, а потом ему разрешалось “пойти на свод” дальше. Надо заметить, что совсем сходные правовые нормы находятся и в сербском праве, в договорах сербских владельцев с городом Дубровником.

⁴ Текст Елблонгской книги препринятый из Б. Д. Греков, Избранные труды, том 1, Москва 1957, 411-439. В русской научной литературе Елблонгская книга часто называется и Польская Правда.

⁵ В древнем сербском и хорватском праве “пристав”, а в русском “детский”.

Присяга (рота)

Присяга,⁶ в средние века признаётся привычным доказательством у многих индоевропейских народов, и является, конечно, и в источниках права всех славянских народов – восточных, западных и южных. Как правило, рота (присяга) сторон выступала на первый план только в таком случае, когда отсутствовали свидетели. Преимущественно, она имела значение основного судебного доказательства. Но, в ряде случаев роту использовали в качестве вспомогательных средств доказывания (например, если иные доказательства не обладали полной силой). Так, кровавые раны без свидетелей и присяги не являлись абсолютными доказательствами вины.

На старославянском языке “присяга” называлась “рота”⁷, но применялись и такие термины как “клятва” и “присяга”. М. А. Исаев также говорит об этом институте: “... древняя клятва в качестве средства доказывания представляет собой заклинание в виде особой словесной формулы, которой призывались всяческие беды и невзгоды на клянувшегося.”⁸ В договоре Игоря и Олега с Византией 911 и 944 гг., тоже встречаем клятву “в Перуна” и “своим оружием”. С принятием христианства, присяжники обязательно целовали крест, что определило и само название присяги - “крестное целование”. Псковская судная грамота содержит многие статьи с этим названием.⁹ Есть основания предполагать, что присяга применялась только в случае, когда отсутствовали другие доказательства.

Кроме того, рота в значении дополнительного доказательства использовалась в долговых и вещных исках. По Законам Винодола (*далее - ЗВ*)¹⁰, если ценность иска превышала положенную норму (50

⁶Н. Jireček, *op. cit.* (“Rota/Juramentum”, 316-317); V. Mažuranić, *op. cit.* (“Prisega”, 1144-1147, “Rota”, 1261-1263); М. А. Исаев, *op. cit.* (“Рота”, 91-92).

⁷ К. Кадлец считает что ее значение происходит от санскритского слова “pat” – dicere, fari. К. Kadlec, *Првобитно словенско право пре Х века*, Београд 1924, 126.

⁸ М. А. Исаев, *op. cit.* (“клятва”, 52)

⁹ Псковская судная грамота - памятник древнерусского права XIII-XIV вв. После Правды это наиболее полный и разносторонний кодекс русского права; Ю. Г. Алексеев, *Псковская судная грамота и ее время*, Ленинград 1980, 4. Текст и комментарий ПСГ в Российское законодательство X-XX веков в девяти томах, Т. 1. Законодательство Древней Руси, Москва 1984, 321-387.

¹⁰ А. В. Серегин, *Законы Винодола (1288 г.)*, Собрание памятников древнеславянского права, учебное пособие, Т. III: Средневековое законодательство южных славян, Ростов-на-Дону 2014, 86-100; М. Barda, *Hrvatski vlasteoski feudalizam po Vinodolskom zakonu*, Zagreb 1952, (tekst Vinodolskog Zakona, 93-133); L. Margetić, *Vinodolski Zakon*,

либров – в спорах между торговцами, 1 либр – в меньших шкодах), то книги (торговые записи) необходимо было подтверждать присягой (ст. ст. 42 – 44 ЗВ).

По различию сторон, приносивших присягу в защиту своей правоты, присяга (рота) разделялась на подтвердительную и очистительную. Истцу предоставлялось преимущественное право на присягу, если против ответчика предъявлялся поклёп или имелись какие либо улики, например клич, знаки или следы преступления и пр. (ст. ст. 7, 64 ЗВ). В таких случаях от воли истца зависело – присягать ли самому, или “*пустить на роту*” ответчика, возложить на него обязанность очиститься от обвинения присягой, или наконец вовсе освободить его от присяги, ограничившись лишь показаниями по совести (ст. ст. 9, 27, 69 ЗВ).

На основании Польской Правды (*далее - ПП*)¹¹ истец и ответчик, как правило, присягали с соприсяжниками. Присяга одного истца встречается всего один раз: в случае, если пастух потерял скот, то хозяин или хозяйка скота должны принести присягу в том, что пригнали скот к пастуху (п. 2 ст. XXVI ПП). Но и в этом случае присяга одного истца допускается только тогда, когда истец отличается особенно выдающеюся честностью; в противном случае нужны были соприсяжники.

Присяга одного ответчика упоминается два раза: (1) если пастух не даёт скоту пастись столько, сколько нужно, и хозяин скота обвинит его в этом, то пастух присягает один (п. 3 ст. XXVI ПП) и (2) если обвинённый в нарушении чужой межи желает присягать, то он присягает один (ст. XIX ПП). С формальной стороны, присяга давалась двумя способами: а) присягающий “*брал на свою веру*”, не исполняя при этом никаких торжественных обрядов; б) *торжественная присяга*: присягающий, произносил слова: “В том, в чём меня N. обвиняет, я невиновен”; затем он дотрагивался до ноги креста вторым и третьим пальцем правой руки (п. 5 ст. V ПП). Любое отступление от этой формы влекло за собой недействительность присяги.

Присяга первого рода, без торжественных формул, употреблялась только в маловажных случаях. Польская Правда говорит о ней в двух местах: (1) в случае потери скота пастухом, истец один или со свидетелями “*берёт на веру*”, что он пригнал скот к пастуху (п. 2 ст. XXVI ПП); (2) Пастух, обвинённый в том, что он не даёт скоту пастись,

Rijeka-Zagreb 2008, (tekst Vinodolskog Zakona, 10-43).

¹¹ А. В. Серегин, Польская Правда XIII в., Собрание памятников древнеславянского права, учебное пособие, Т. IV: Средневековое законодательство западных славян, Ростов-на-Дону 2014, 47-56.

сколько нужно, “присягал один или брал на свою веру” (п. 3 ст. XXVI ПП). Говоря современным языком, это значит, что пастух приносил присягу торжественно или не торжественно.

Соприсяжники

(*romosniky*¹², *posluchi*, *porotnici*, *duševnici*, *porotniki*)

Соприсяжники - учреждение судопроизводства характерное для многих народов. В памятниках права славян, таких как Русская Правда, Винодолский Закон, Полицкий Статут,¹³ Польская Правда и Закон Стефана Душана, они называются разными словами: *posluchi*¹⁴, *rotnici*, *duševnici*.¹⁵ Сущность этого доказательства состоит в том что определенное число людей выступают на стороне ответчика, поддерживая его судебную защиту.

В Винодолских законах, например, под **поротниками**¹⁶ понимаются сторонние люди, не касающиеся обстоятельств судебного дела, но удостоверяющие своей присягой справедливость присяги тяжущейся стороны. Поротники могли быть со стороны истца и ответчика. Поротники истца подкрепляли присягу истца, дававшуюся им в подтверждение своей жалобы или обвинения (тужбы, остаченья). Ответчик очищал свою невинность, также посредством своих поротников. Поротники допускались только при тужбе в тяжких преступлениях и устранялись в таких случаях, когда требовались дополнительные доказательства, без помощи поротников. К делам, по которым они допускались, Законы Винодола относят: убийство, разбой, грабёж и насилия всякого рода, в особенности изнасилование женщин, а также татьбу и зажигательство (ст. ст. 9 – 11, 56, 68 ЗВ).

Во время **тужбы** поротники допускались только против лиц, не пойманных на месте преступления, но уличённых, явно заподозренных в совершении преступления (*ako su v toi tatbi škodili*), особенно если против них “клицано – помагај”. Тужба голословная, ни на чём не основанная, не считается ещё достаточным поводом к допуску

¹² Н. Jireček, op. cit. (“Pomocnik”, 263-264).

¹³ М. Pera, Poljički Statut, Split 1988, (tekst Poljičkog Statuta, 414-531).

¹⁴ Н. Jireček, op. cit. (“Posluch/Послухъ”, 273); V. Mažuranić, op. cit. (“Posluch”, 1037); М. А. Исаев, op. cit. (“Послухи/Послуси”, 79-80); Д. Николић, op. cit. 191-192.

¹⁵ Н. Jireček, op. cit. (“Duševnik/Душевникъ”, 61); V. Mažuranić, op. cit. (“Duševnik”, 288).

¹⁶ Н. Jireček, op. cit. (“Porotniki/Porotci”, 269); V. Mažuranić, op. cit. (“Porota”, 1012-1027).

очистников, - для этого необходимы, прежде всего, явные улики в вине подсудимого. Винодольские Законы считают поротников вполне “верованными”, если истец, при своей тужбе, представит в суд поличное, как главную улику против подсудимого (ст. ст. 9, 41, 68 ЗВ).

Кроме того, истец мог обращаться к своим поротникам, если при явных уликах, он не имел свидетелей и других прямых доказательств. В случае, если истец откажется от своего довода, ответчик должен был присягать с поротником.

Самое большое число поротников требуется при разбое: кривац, призванный истцом на роту, должен присягать с 85 поротниками. Обвинённый в убийстве очищается 50 поротниками. При изнасиловании требуется 25 поротников, при большой татьбе – 12, малой – 6 поротников (ст. ст. 9 – 11, 56, 68 ЗВ). Эти числа означают только минимальное количество соприсяжников.

Вместе с тем, в законе часто предлагается истцу или ответчику найти поротников как можно больше. При недостатке требуемого числа поротников, сторона, их представившая, обязана сама произнести очистительную присягу за каждого из недостающих противников (ст. ст. 10, 56, 68 ЗВ).

Количество необходимых соприсяжников в Польской Правде также определялось важностью дела:

- 1) один соприсяжник был необходим при обвинении в краже пчёл, улетевших от хозяина (ст. XIII ПП), при краже сена возом (ст. XIV ПП), в случае нанесения побоев крестьянину на сельской дороге или на ярмарке (ст. XV ПП); при изнасиловании крестьянской дочери, идущей в лес или поле (ст. XVII ПП), при ругательстве словом “schalk” (ст. XVI ПП), при уборке хлеба без разрешения десятника в дожатвенное время (ст. XVIII ПП);
- 2) два соприсяжника были необходимы: при обвинении в краже из кармана или сумы женатого человека (ст. XII ПП), в краже сена с копен (ст. XIV ПП), в нанесении побоев рыцарю на сельской дороге или на ярмарке (ст. XV ПП), в изнасиловании жены или служанки крестьянина (ст. XVII ПП), а также для доказательства законности неявки в суд (ст. IV ПП);
- 3) пять соприсяжников необходимо было найти при обвинении в краже из дома женатого человека или из кармана холостого (ст. XII ПП), при краже пчёл, заключённых в улье и при убийстве крестьянина на публичной дороге (ст. XV ПП);

4) шесть соприсяжников привлекали при обвинении в ругательстве (кроме слова "schalk") и в нанесении кровавых ран (ст. XVI ПП), а также при обвинении в незаконном нападении (ст. VII ПП);

5) восемь соприсяжников должны были засвидетельствовать благонадёжность обвиняемого при обвинении его в краже из княжеской кухни, погреба или замка (ст. XII ПП), при убийстве рыцаря на публичной дороге (ст. XV ПП), при изнасиловании девицы или уведении замужней женщины (ст. XVII ПП);

6) одиннадцать соприсяжников, при краже из княжеских комнат и с княжеского пастбища (ст. XII ПП), при приведении из одного княжества в другое и из одного ополя в другое преступника, совершающего поджог, воровство или насилие (ст. XII ПП).

Поротники Винодола должны были удовлетворять также общим условиям на равнее с простыми сведоками. По крайней мере, поротники избирались из *добрых (верованных)* людей, пользовавшихся хорошей репутацией. Изнасилованная женщина представляла как можно больше поротников из числа женщин.

Изучая Законы Винодола, мы не можем найти доказательства тому, что допуск в поротники зависел от общественного положения или семейных связей тяжущихся сторон. Это обстоятельство свидетельствует о весьма развитом начале юридического равенства и гуманизма в судебном процессе южных славян.

Поротники собирались на купы, "*на месту обичайном*", всегда в присутствии дворского человека (например, пристава). После предварительного заявления сходке со стороны отговорника о готовности поротников к присяге, они присягали вместе со своей стороной или отдельно от неё, каждый порознь касаясь рукой евангелия и произнося "*роту*" по установленной форме. От поротников требовалось, чтобы они произносили форму присяги без ошибок, "*не уманькаю*"; иначе сторона, с которой они присягали, теряло своё дело: супротивник "*буде одришен од гриха*" (ст.ст. 42, 44, 56, 69 ЗВ). При безукоснительном исполнении роты, дело считалось окончательно порешённым.

Уникальность института поротников, состояла в том, что показания этих людей приравнивались к судебному приговору. Выражение: "*люди ротници за осудити кривце*", ясно указывает на важную роль поротников в судопроизводстве. Своими присяжными показаниями они осуждали

(или оправдывали) виновного; для судей ничего больше не оставалось, как только формулировать приговор поротников.

Таким образом, поротники являлись аналогом современных присяжных заседателей, т.е. они выступали в качестве судебных органов, а не представителей тяжущихся сторон.

По особому институт ротников был организован в Полице, где они представляли собой коллегия народных присяжных заседателей, которые соответственно отличались от должностного суда веча, князя или посреднических судебных структур (“*душников*” и “*облublенных судцев*”). Их правовой статус и порядок формирования отличался от других аналогов известных у иных балканских и западных славян.

Во-первых, полицких присяжных избирала община, а сербских и дубровницких поротников подбирали сами стороны. Во-вторых, полицкая община выставляла ротников из сословия *властелей* и *дидичей*; в Сербии поротники избирались из “*дружины*” истца или ответчика, т.е. из лиц равного с ними состояния. В-третьих, полицкие ротники являлись срочными судьями, выполнявшими свои обязанности в течение судебной сессии равной трём месяцам. Поротцы сербские наделялись судебной властью одновременно, лишь для разрешения конкретного дела. В-четвёртых, поротники Полицы не только оправдывали или обвиняли подсудимого, но и “*уставляли судь и питатанье*”, т.е. судили в полном смысле этого слова. Поротцы сербские, напротив, только оправдывали или обвиняли, как это делают современные присяжные заседатели в России¹⁷.

Ордалии или так называемый “божий суд”

Ордалии или так называемый “божий суд” доказательства в праве славянских народов еще от времени ранних средних веков, (а также и в законодательстве многих германских народов). Самые известные их виды – “железо” и “вода”.¹⁸ Их особенност отражается в воображемом характере этого института и показывает нам о их древном происхождении. Древнерусское, старое сербское право и обособленно польское обычное право, установливают проведение этих доказательств, значит, можно думать в таком направлении что и ордалии существовали

¹⁷ Леонтович Ф. И. Древнее хорвато-далматинское законодательство, Одесса 1868, 99-100.

¹⁸ Н. Jireček, op. cit. (“*Železnoe/Železo/judicium dei*”, 435-436. и “*Вода/judicium dei*”, 403); V. Mažuranić, op. cit. (“*Božji sud/judicium dei*”, 80-81); М. А. Исаев, op. cit.

как праславянское учреждение еще до первого писаного права.

При испытании раскаленным железом или котелком обвиняемого заставляли брать руками раскалённое железо и переносить его на определённое расстояние. Согласно ст. 152 Призренского списка рукописи Законника Стефана Душана, расстояние совершаемого процессуального действия равнялось длине дороги от церковных ворот до церковного алтаря. Если при этом испытании сторона процессуального действия не получала больших ожогов, а полученные вследствие этого раны заживали быстро, то предполагалась её невиновность.

Вопрос об ордалиях достаточно подробно урегулирован древнепольским правом, не говоря уже о мелочах, касающихся самого исполнения так называемого ‘суда божьего’. Вместе с тем, в историко-юридической науке существует мнение, что ордалии применялись исключительно в уголовном процессе, а не в гражданском¹⁹. Но исторические факты представляют иную информацию. В 1229 г., например, краковский князь, Генрих, решил гражданское дело при помощи ‘суда божия’²⁰.

По мысли М.М. Винавера, в Польской Правде есть несомненные доказательства применения ордалий, как в гражданском, так и в уголовном процессе. Статьи от III-ей до VI-ой анализируемого юридического памятника относятся не только к уголовному, но и к гражданскому процессу. Наряду с этим, в ст. V PPP сказано, что истец, согласившийся первоначально на свидетелей и нежелающий их потом принять, должен выйти на поединок. Нет также никакого повода отнестись статьи: XXIII, XXIV и XXV специально к уголовному судопроизводству.

Польская Правда перечисляет несколько видов ордалий: поединок, испытание железом и испытание водой.

Поединок употреблялся, когда у ответчика не было свидетелей, или когда истец захотел воспользоваться правом вторичного отвода по отношению к приведенным уже свидетелям. Поединок обыкновенно происходил на 14-й день, хотя, по согласованию сторон, мог состояться немедленно. Поединок проводился на палках или на мечах. Если ответчиком являлся рыцарь, то происходил поединок на мечах,

(‘Железо/Ordalia’, 41. и ‘Вода/Ordalia’, 27); Д. Николић, op. cit. 192-195; Д. Николић, Историја права, стари и средњи век, Ниш 2014, 182-183.

¹⁹Винавер М. М. Изслѣдованіе памятника польскаго обычнаго права XIII вѣка, написаннаго на нѣмецкомъ языкѣ. Вопросъ о происхожденіи и систематическое изложеніе содержания, Варшава, 1888, 135.

²⁰ См.: там же.

независимо от того, кем он был обвинён: рыцарем или крестьянином. Наоборот, если ответчиком был крестьянин, то назначался поединок на палках. Стороны, выходящие на поединок должны иметь щит, подушку под мышкой (для облегчения удержания щита) и, конечно, меч или палку; голову им следует посылать пеплом, чтобы, в случае нанесения раны в голову, кровь не текла в глаза. Если во время поединка у одного из борцов упадет оружие, то следует подать ему это оружие. Чтобы он мог продолжать поединок. Поединок кончался, когда одна сторона признавала себя побеждённой или была признана таковой. Истец, проигравший бой, ничего не платил, а поверженный ответчик, выплачивал штраф, соответственно цене иска. По общему правилу, на поединок должны были выходить непосредственно заинтересованные лица: истец и ответчик. Но из этого правила существовали исключения, общепризнанные для средневековой эпохи:

1. Духовенство лично не участвовало в поединках: вместо священников выступали специально нанятые бойцы;
2. Если обе стороны не были равны по своему общественному положению, то более привилегированному позволялось дать в замен себя кого-нибудь дркого, равного противнику по общественному положению: вместо князя на поединок выходил кто-нибудь из его подданных, свободный или не свободный; если землевладелец или несвободный; если землевладелец должен был выйти на поединок со своим или с чужим крестьянином, то он имел право выставить на бой другое лицо;
3. Если обе стороны были равны по общественному положению, то болезнь и могла освободить их от личного участия в поединке.

Если не было сторонних людей, и ответчик доказал, что он не в состоянии выйти на поединок, то приступали к **испытанию железом** ст. XXIV ПП, которое совершалось двумя способами: 1. Клали три куска раскалённого железа, имеющие форму человеческой подошвы от пят до середины стопы – на расстоянии одного шага друг от друга, и испытываемый должен был пройти по раскалённому металлу. Испытываемого водили по железу два человека; первоначально эту роль исполняли два священника. Если он прошёл невредимо, то считался оправданным; если же получал ожоги или неправильно наступал на железо, то считался виновным. Ожоги следовало перевязывать, обложив их воском и в течении трёх дней ухаживать за больным; только после трёхдневного срока смотрели, остались ли следы ран. Плохо заживаемые

ожоги считались достаточным доказательством вины испытуемого лица; 2. Второй способ состоял в том, что клали на камне или на железе раскалённый кусок металла, но так, чтобы его можно было поднять с низу; испытуемый поднимая железо, должен был нести его на расстояние трёх шагов.

Перед испытанием (независимо от способа его совершения), священник, пришедши на место, где следовало раскалить железо, окроплял округу и орудия ордалии святой водой, дабы пресечь ‘‘дьявольские коварства’’. Затем он произносил 7 псалмов и молитву. В более древние времена служилась обедня²¹.

В виде личного совета, Польская Правда, рекомендует после испытания железом немедленно выпить священной воды и затем в течении трёх дней до осмотра ожогов утолять ею жажду, а также использовать освящённую соль в трапезе.

Испытание водою производилось следующим образом: священник благословлял воду и вспыскивал её священной водой; затем испытуемого человека, со связанными руками и ногами опускали в воду. Если он тонул, то считался оправданным; если же выплывал наружу, то считался виновным.

В славянском мире, поединок, в отличие от испытаний железом и водою, в качестве важнейшего института защиты своих прав закреплялся в России в ст. 68 Судебника Ивана III 1497 г²². и в ст.ст. 9 - 11 Царского Судебника 1550 г.²³ Особо следует подчеркнуть, что на Руси поединщики сражались независимо от социального положения (например, крестьяне могли биться с детьми боярскими), за исключением женщин, детей и священников, вместо этих категорий лиц могли выставляться специальные бойцы.

В юридических системах каждого славянского государства, различными способами создавался единый конгломерат старых и новых юридических норм, институтов и понятий различного происхождения. Чем глубже исследователь проникает в славянские юридические древности, тем больше предполагается что объём и интенсивность их изменений - меньше. Другими словами, предполагаем, что каждый

²¹ См.: там же, 140.

²² Судебник 1497 г. /Российское законодательство X-XX веков. В девяти томах. Т. 2. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства, Москва 1984, 54 – 61.

²³ Судебник 1550 г. /Российское законодательство X -XX веков. В девяти томах. Т. 1. Законодательство Древней Руси, Москва 1984, 97-128.

институт славянского права претерпел меньшие изменения, поскольку он содержится в более древнем историческом источнике в котором мы его обнаруживаем. Степень древности права отдельных славянских народов определяется их единством как у “веток одного ствола”, поэтому сходство между их правовыми институтами должно быть постольку больше, поскольку в наших исследованиях мы глубже погружаемся в древность. Вообще предполагается, что юридические институты отдельных славянских этносов в самой глубокой древности, по форме и содержанию были настолько близкие и похожие между собой, что такая близость и сходство даже граничили с идентичностью. В случае дефицита писанных историко-юридических источников у одного славянского народа, предполагается что исследователь может пользоваться соответствующими источниками древнего права другого славянского народа. Когда прямые и несомненные свидетельства указывают что когда-нибудь у одного славянского народа существовал какой-нибудь юридический институт, а при этом исторические источники из конкретного периода этого народа скудные, может оказаться что источники о таком-же институте у другого славянского народа более обширные и более подробные. Это имеет большое значение для научных исследований истории государства и права славянских народов. Подводя итоги данному исследованию, мы можем сделать ряд выводов. Древнеславянские институты свода, присяги, соприсяжничества и ордалии основаны на родоплеменных, коллективных началах ответственности и на совместной судебной самозащите. Подробное регламентирование роты (присяги), поединка, ордалии и соприсяжничества свидетельствует о её популярности и особом уважении к религиозным нормам и чести славянскими народами. Институт соприсяжничества, связанный с присягой являлся авторитетным примером древнеславянского народного правосудия, приемником которого в новое и новейшее время стал суд присяжных.

Dragan Nikolić, LLD

Full Professor at the Faculty of Law of the University in Niš (Serbia)
dnikolic@prafak.ni.ac.rs

Aleksandar Djordjević, LLD

Assistant Professor at the Faculty of Law of the University in Niš (Serbia)
djole@prafak.ni.ac.rs

Seregin Andrei Victorovich, Candidate of Juridical Sciences

Assistant Professor of the Chair of Theory and History of State and Law
Southern Federal University, Rostov-on-Don (Russia)
andrei-seregin@rambler.ru

SPECIFIC JUDICIAL EVIDENCE IN MEDIEVAL LEGAL SYSTEMS OF THE SLAVIC PEOPLES

***Abstract:** The old-Slavic judicial means of evidence such as svod, an oath, sakletvenici and ordalium (a trial by combat, a trial by iron, a trial by water) have been studied and reconstructed through the most important available written Russian, Bohemian, Polish, Croatian, and Serbian legal-historical sources, such as the contracts of the Russian princes Igor and Oleg with the Byzantine Empire, Russkaya Pravda, the Statutes of the Bohemian prince Condrad Otto, the untitled collection of Polish customary laws written in German (known as "das Buch von Elbling"), the Vinodol Law, the Statute of Poljica and the Code of Tsar Stephan Dushan. These legal-historical sources testify that these judicial means of evidence were very widespread in the judicial procedure in the entire Slavic world and that their reliability as means of evidence was never doubted, even when the judiciary was almost completely transferred to the state authority. They were probably based on the principles of the folk judiciary and self-protection, starting from the Slavic tribal communities, and therefore, a lot earlier than the emergence of the first early Slavic states and that is why they are much older than the written historical sources in which they first appeared.*

***Key words:** medieval Slavic states, history of law, judicial evidence, svod, oath, sakletvenik, ordalium*

SUMMARY

Contemporary legal Slavistics relies more and more on a scientifically based and often confirmed hypothesis: many legal institutes of certain Slavic peoples were in their distant past so mutually similar in both content and form, that they were often almost identical. This methodological postulate enables researchers, in these concrete cases when there are no or there is a lack of written legal-historical sources of one Slavic people, to use corresponding preserved sources of the medieval law of another Slavic people. This paper is a result of the application of such a methodological procedure. The old-Slavic judicial means of evidence such as *svod* (when the owner of a missing movable property goes from one to another holder of that kind of property until he/she finds the one who cannot name the legal basis on which he/she holds that property), an oath, *sakletvenici* (lat. *conjuratores*, individuals who give an oath to support the oath given by some other individual before the court of law) and *ordalium*, *judicium Dei* (a trial by combat – *duellum judiciale*, a trial by iron – *judicium ferri candentis* and a trial by water – *judicium aquae*) have been observed and reconstructed through the most important available written Russian, Bohemian, Polish, Croatian, and Serbian legal-historical sources, such as the contracts of the Russian princes Igor and Oleg with the Byzantine Empire (from 911 and 944), *Russkaya Pravda* (11th-12th centuries), the Statutes of the Bohemian prince Condrad Otto (from 1189), the untitled collection of Polish customary laws written in German between 1230 and 1250 (known as ‘‘*das Buch von Elbling*’’), the Vinodol Law (from 1288), the Statute of Poljica (from 1440) and the Code of Tsar Stephan Dushan (from 1349 and 1354). These legal-historical sources testify that *svod*, an oath, *sakletvenici* and *ordalium* were very widespread in the judicial procedure in the entire Slavic world and that their reliability as means of evidence was never doubted, even when the judiciary was almost completely transferred to the state authority. They were probably based on the principles of the folk judiciary and self-protection, starting from the Slavic tribal communities, and therefore, a lot earlier than the emergence of the first early Slavic states. That is why, whenever they have been discussed or written about, it should be taken into consideration that these, as well as other numerous medieval legal institutes, are much older than the written historical sources in which they first appeared, being that they were mostly part of the corpus of the oldest unwritten customary tribal law.

Др Драган Николић

професор Правног факултета Универзитета у Нишу (Србија)
dnikolic@prafak.ni.ac.rs

Др Александар Ђорђевић

доцент Правног факултета Универзитета у Нишу (Србија)
djole@prafak.ni.ac.rs

Серегин Андреј Викторович

доцент Катедре теорије и историје државе и права
кандидат правних наука

Јужни федерални универзитет у Ростову на Дону (Русија)
andrei-seregin@rambler.ru

ОСОБЕНИ СУДСКИ ДОКАЗИ У СРЕДЊОВЕКОВНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА СЛОВЕНСКИХ НАРОДА

***Апстракт:** Старословенска судска доказна средства свод, заклетва, саклетвеници и ордалије (судски двобој, хватање усијаног гвоздја и потапање у воду) посматрани су и реконструисани преко најважнијих доступних писаних руских, чешких, пољских, хрватских, и српских правноисторијских извора: уговори руских кнежева Игора и Олега са Византијом, Руска правда, Статути чешког војводе Кондрада Ота, ненасловљен зборник пољског обичајног права (написан на немачком језику и познат под називом "das Buch von Elbling"), Винодолски закон, Пољички статут и Душанов законик. Ови правноисторијски извори сведоче да су ови судски докази били веома распрострањени у судском поступку у читавом словенском свету и да се у њихову поузданост као доказних средстава уопште није сумњало ни онда када је судство потпуно прешло у руке државних органа. Засновани су вероватно на начелима народног судства и самозащтите још у словенским родовско-племенским заједницама, дакле много пре настанка првих раних словенских држава и зато су знатно старији од писаних историјских извора у којима се први пут појављују.*

***Кључне речи:** средњовековне словенске државе, историја права, судска доказна средства, свод, заклетва, саклетвеник, ordalium*

РЕЗИМЕ

Савремена правна славистика све више полази од једне научно засноване и у истраживањима често потврђиване хипотезе: многи правни институти појединих словенских народа су у најдаљој прошлости и по форми и по садржају били толико међусобно слични, да се често та сличност граничи са идентичношћу. Овај методолошки постулат омогућује истраживачима да у конкретним случајевима непостојања или оскудности писаних правноисторијских извора код једног словенског народа, могу користити одговарајуће сачуване изворе древног права код неког другог словенског народа. Овај рад је резултат примене управо таквог методолошког поступка. Старословенска судска доказна средства свод, заклетва, саклетвеници и ордалије (судски двобој, хватање усијаног гвожђа и потапање у воду) посматрани су и реконструисани преко следећих најважнијих доступних писаних руских, чешких, пољских, хрватских, и српских правноисторијских извора: уговори руских кнежева Игора и Олега са Византијом (из 911. и 944. године), Руска правда (XI-XII век), Статути чешког војводе Кондрада III Отоа (из 1189. године), ненасловљени зборник пољског обичајног права записан на немачком језику између 1230. и 1250. године (познат под називом "das Buch von Elbling"), Винодолски закон (из 1288. године), Пољички статут (из 1440. године) и Душанов законик (из 1349. и 1354. године). Ови правноисторијски извори сведоче да су свод, заклетва, саклетвеници и ордалије били веома распрострањени у судском поступку у читавом словенском свету и да се у њихову поузданост као доказних средстава уопште није сумњало ни онда када је судство такорећи потпуно прешло у руке државних органа. Засновани су вероватно на начелима народног судства и самозаштите још у словенским родовскоплеменским заједницама, дакле много пре настанка првих раних словенских држава. Зато увек када се о њима говори или пише, увек треба имати у виду да су ови, као уосталом и други бројни правни институти средњег века, много старији од писаних историјских извора у којима се први пут појављују, будући да су углавном били део корпуса најстаријег неписаног обичајног родовско-племенског права.

Проф. д-р Никола Тупанчески*
Проф. д-р Александра Деаноска**

ЗА ПОТРЕБАТА ОД ИНКРИМИНИРАЊЕ НА ДЕМНЕЊЕТО КАКО ОБЛИК НА КРИВИЧНОТО ДЕЛО ЗАГРОЗУВАЊЕ НА СИГУРНОСТА

UDK: 343.436(100)
Original research paper

Апстракт: Конвенцијата на Советот на Европа за превенција и борба против насилството врз жените и домашното насилство, позната и како Истанбулска конвенција од 2011 година, на државите - потписнички им налага низа обврски, меѓудругото и за инкриминирање на одредени дејствија, како што е, на пример, демнењето. Во духот на чл. 34 од Конвенцијата, „демнењето“ е определено како опсесивно однесување на едно лице или група спрема друго лице, предизвикувајќи страв за неговата безбедност. Тоа најчесто се состои од постојано следење и воспоставување на несакана комуникација со другата личност. Демнењето може да се јави какофизичко, виртуелно(кое се демонстрира како демнење на лицето на социјалните мрежи), проширено итн. Демнењето во основа има за последица предизвикување страв и вознемиреност кај жртвата. Демнењето на прв поглед претставува облик на загрозување на сигурноста. Но, постојат извесни разлики во дејствието на извршување. Во Република Македонија тоа не претставува кривично дело, а и во повеќето од државите од соседството. Но, многу европски држави во кривичните законици сепак имаат одредби за оваа проблематика. Во трудот е направена анализа на соодветните казнени одредби во Хрватска, Германија и Италија, а даден е осврт врз оваа проблематика и во поглед на САД. Авторите на трудот препорачуваат час поскоро ваквите дејствија да бидат кривично санкционирани соодветно на степенот на неправо.

Клучни зборови: демнење, сигурност, кривично дело, закана.

* Редовен професор по казнено право на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Скопје, УКИМ

** Вонреден професор по казнено право на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Скопје, УКИМ

Вовед

Усвојувањето на Истанбулската конвенција, односно Конвенцијата за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство на Советот на Европа од 2011 година¹ предизвика серија од измени на казнените законодавства на државите кои ја потпишаа и ратификуваа оваа Конвенција.

Дел од дејствијата кои со Конвенцијата се налага да бидат инкриминирани во националните законодавства имаат карактер на т.н. сексуални деликти, дел од нив се дела на насилство, но некои се специфични по тоа што степенот на неправо тешко може да се определи заради нивната карактеристика на предиктивност; поточно, овие дејствија често навестуваат или претставуваат вовед во можни следни дејствија што претставуваат сериозни кривични дела. Сепак, како што веќе нагласивме, таквиот потенцијал може и да не се реализира што за правниците и законодавецот претставува значителна тешкотија во процесот на креирање инкриминација со соодветна санкција.

Едно од таквите дејствија претставува демнењето, поимно определено во чл. 34 од Истанбулската конвенција. Иако според последицата, ова дејствие е блиско до инкриминацијата од чл. 144 од КЗМ² – загрозување на сигурноста, специфичноста на дејствието на извршување налага постоење на посебна инкриминација или барем посебен облик на загрозување на сигурноста. Во овој труд низ компаративната и емпириската анализа, ќе биде направен обид да се одговори токму на прашањето за инкриминирањето на демнењето во нашето законодавство.

1. Демнењето *versus* загрозувањето на сигурноста: поим, сличности и разлики

Демнењето како поим е предмет не само на различни казнени законодавства, туку се проучува и во психологијата и психијатријата. Во

¹ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, достапно на <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008482e>

² Службен весник на РМ, бр. 37/1996, 80/1999, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 7/2006, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 97/17

суштина се определува како несакано и повторувачко следење на едно лице од страна на друго (или на повеќе лица). Често се споредува со поимите вознемирување и заплашување, како и следење во живо.³

Националниот центар за жртви на кривични дела на САД дава многу широка дефиниција на овој поим, сметајќи го за дејствие на демнење секој несакан контакт меѓу две лица кој може да претставува закана или ја става жртвата во состојба на страв.⁴

Според Истанбулската конвенција, пак, согласно чл. 34, демнењето претставува намерно однесување на повторено заканување насочено кон друго лице што предизвикува лицето да се плаши за својата безбедност.⁵

Демнењето може да се јави во повеќе облици, односно како физичко демнење–кое претставува физичко следење на движењето на другата личност, натаму виртуелно демнење – односно следење на жртвата на социјалните мрежи. Постои и т.н. проширено демнење што претставува опсесивно следење на луѓе блиску до жртвата.⁶

Исто како и кај психолошкото насилство тука е потребно повторувачко однесување, кое е насочено токму кон жртвата.

Ваквите дефиниции и определби несомнено укажуваат на блискоста на поимот на демнење со инкриминацијата за загрозување на сигурноста од нашиот Кривичен законик.

Имено, инкриминацијата од чл. 144 од Кривичниот законик на Р.Македонија „загрозување на сигурноста“⁷ гласи:

“(1) Тој што ќе ја загрози сигурноста на друг со сериозна закана дека ќе нападне врз неговиот живот или тело или животот или телото на нему блиско лице, ќе се казни со парична казна или со затвор до шест месеци.

(2) Тој што ќе го стори делото од став 1 при вршење семејно насилство, ќе се казни со затвор од три месеци до три години.

³ Повеќе за демнењето, види Јорданова, Ј., Загрозувањето на сигурноста во Република Македонија и во компаративното право, магистерски труд, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2015

⁴ National Center for Victims of Crime, Stalking Factsheet, достапно на https://victimsofcrime.org/docs/src/stalking-fact-sheet_english.pdf?sfvrsn=4

⁵ Види чл. 34, Конвенција на Советот на Европа за превенција и борба против насилството врз жените и домашното насилство, достапно на <https://rm.coe.int/168046253a>

⁶ Јорданова, Ј., Загрозувањето на сигурноста во Република Македонија и во компаративното право, магистерски труд, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2015, стр. 24

⁷ Кривичен законик на Р.Македонија, член 144

(3) Со казната од став 2 ќе се казни тој што делото од став 1 ќе го стори спрема службено лице во вршењето на службата или спрема повеќе лица.

(4) Тој што по пат на информатички систем ќе се закани дека ќе стори кривично дело за кое е пропишана казна затвор од пет години или потешка казна против некое лице поради неговата припадност кон определена национална, етничка или расна група или верска определба, ќе се казни со казна затвор од една до пет години.

(5) Гонењето за делото од ставот (1) се презема по приватна тужба.”

Како и секое казнено дело, така и ова има свое специфично законско битие, објект на заштита, субјективно битие итн.

Објект на заштита кај ова дело претставува психичкиот мир на човекот, односно спокојството како претпоставка за другите слободи и права што тој ги ужива. Со други зборови, со ова дело жртвата добива чувство дека не е безбедна.⁸

Имено, есенцијата на неправото на ова дело се состои токму во исфрлање на човекот од состојбата на психички мир и спокојство преку влевање кај него страв и предизвикување чувство на несигурност.

Ова дело по својата природа е и “деликт – пречка” по однос на други, потешки упади во правата на човекот (против телесниот интегритет).

Дејствието на извршување се состои во употреба на сериозна закана кон лицето – жртва дека ќе се нападне врз неговиот живот или тело или животот и телото на нему блиско лице. Заканата е насочена кон сигурноста кон друг, односно таа се изразува преку преку определување на идното зло (што му се става на изглед на другото лице) кое се состои во напад врз животот или телото. Ефектот на заканата е токму создавањето на чувство на загроеност, несигурност, страв. Таа треба да биде објективно подобна да предизвика чувство на страв и загроеност кај пасивниот субјект. Пречувствителноста, односно плашливоста што е поголема од просечната, не е опфатена со ова дело, што значи подобноста на заканата да предизвикува такво чувство треба да се оценува според објективен критериум, со уважување на сите конкретни околности на случајот.⁹

⁸ Камбовски В., Тупанчески Н., Казнено право – посебен дел, Скопје, 2011, стр. 108-110

⁹ Ibid.

Намерата сторителот навистина да ја оствари заканата е неважна; имено делото постои и кога сторителот немал намера да ја оствари својата закана во моментот кога го врши ваквото дејствие, како и тогаш кога средството со кое се заканува е неподобно. Во нашата судска практика постои став дека постои загрозување секогаш кога сторителот има оружје во рака, опасно орудије или друго средство што е подобно да го реализира злото со кое се заканува, но дејствието може да се состои и во сериозна вербална закана што не мора да биде придружена со демонстрација на такви средства.

*Пасивен субјект*на ова дело е лице што е способно да ја оцени сериозноста на заканата, односно лице кај кое може да биде создадено чувство на страв и несигурност. Се смета дека делото е довршено со создавање на споменатото чувство.

Субјективната страна, односно субјективното битие на ова кривично дело, потребна е умисла за сторување на ова дело. Умислата на сторителот на ова дело треба да се однесува само на загрозување на сигурноста, односно заплашување.¹⁰

Постојат и неколку квалифицирани облици на делото загрозување на сигурноста(ст.2, ст.3, ст.4). Еден од нив е кога делото е сторено при вршење на семејно насилство. Вториот облик постои кога дејствието (заканата) е насочено кон службено лице или повеќе лица.Квалифициран облик постои и кога заканата е извршена преку информатички систем, спрема лица кои се припадници на различна определена национална, етничка или расна група или верска определба.¹¹

Несомнено е дека за да постои потешкиот облик од ст.3 потребно е постоење свест кај сторителот дека ја загрозува сигурноста на службеното лице во вршење на службата, или на повеќе лица, додека пак, битието на посебниот, потежок облик на закана по пат на информатички систем како што е наведено во ст.4 ги содржи следниве посебни елементи кои го разликуваат од основното дело: закана по пат на информатички систем, закана со сторување на потешко кривично дело и дискриминациски мотив на таквата закана со односот кон припадноста на жртвата кон определена национална, етничка или расна група или верска определба. За постоење на овој облик на делото потребно е кумулативно да бидат исполнети сите посебни услови, како и да се утврди причино – последичната врска помеѓу заканата и припадноста на жртвата или определена група.¹²

¹⁰ Ibid.

¹¹ В. чл. 144, КЗМ.

¹² Ibid.

Во систематиката на делата против слобите и правата на човекот и граѓанинот, се и низа други дела кои освен претходно анализираното имаат допирни точки и со демнењето. Повредите на приватноста, односно следењето, прислушкувањето снимањето, сликањето и др. се дејствија кои, како што е наведено во определни анализи и студии, „проследени и со други дејствија предизвикуваат страв и несигурност кај луѓето, резултираат со висок степен на повреда на сигурноста на истите тие лица. Овие дејствија се карактеристични за една појава која веќе некој подолг временски период е тема што ги тангира поголем број на држави широм светот. Несомнено, може да се констатира дека вршењето на овие дејствија истовремено значи повреда на приватноста на секој човек без разлика на полот, расата, националноста и друго. С а м а т а приватност е тема на голем број меѓународни документи, каде со текот на времето станала видлива поврзаноста на повредата на приватноста со сигурноста на човечкото битие. Па така, заради нивната тесна врска покрај поставувањето на облиците и целите на постоење на приватноста во меѓународни договори, истовремено се посочува и имплицира на загрозувањето на сигурноста и безбедноста со дејствија на следење, набљудување, снимање и останато ставени под заеднички назив “демнење”.¹³

2. Демнењето во компаративното право

По актуелизирањето на демнењето на европско тло, некои држави во своите казнени законодавства усвоија инкриминации за ваквото дејствие. Може да се забележи дека постои разноликост во насловите, но суштината е иста и таа се состои во создавање на чувство на страв и вознемиреност кај жртвата, предизвикани со следење, прогонување, односно „демнење“ од страна на извршителот.

Во Хрватскиот Казнен закон, на пример, во главата која ги опфаќа делата против личните слободи, во чл. 140 е инкриминирано т.н. наметливо однесување:¹⁴

Член 140: Наметливо однесување

(1) Тој што упорно и подолго време следи или прогонува друго лице

¹³ Јорданова, Ј, Загрозувањето на сигурноста во Република Македонија и во компаративното право, магистерски труд, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје 2015, стр. 21

¹⁴ Kazneni zakon Hrvatske, достапно на <https://zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>

или со него се обидува да воспостави контакт или воспоставува контакт или на друг начин го застрашува и со тоа предизвикува вознемиреност или страв кај лицето за својата безбедност или безбедноста на лицата блиски до него, ќе се казни со казна затвор до една година.”

(2) Ако делото од став 1 на овој член е сторено спрема сегашен или поранешен брачен другар или вонбрачен партнер или животен партнер или неформален животен партнер, или лице со кое сторителот бил во интимна врска или делото го врши спрема дете, ќе се казни со казна затвор до три години.”

(3) Гонењето се презема по предлог, освен ако делото е сторено спрема дете.

Како што може да забележаме, основното дело на наметливо однесување се состои алтернативно поставени дејствија, односно следење или прогонување кое е упорно и кое трае подолг временски период (што значи дека дејствието се повторува). Како алтернативно дејствие е предвиден друг начин на застрашување, при што како последица се јавува вознемиреност или страв кај жртвата за безбедноста не само на себе, туку и/или на блиски лица.

Последицата на ова дело, како што може да се заклучи, е идентична со последицата на делото од чл.144 од КЗМ.

Квалифициран облик претставува кога ова дело е сторено према сегашен или поранешен партнер, во смисла на брачен другар, вонбрачен партнер или формален или неформален животен партнер, лице од интимна врска и сл.

Потежок облик претставува и наметливото однесување спрема дете.

Казната за основниот облик е затвор до една, а за квалифицираните облици до три години.

Што се однесува до кривичното гонење, со оглед на фактот што се работи за полесно казнено дело, тоа е презема по предлог, а ако жртвата е дете, тогаш гонењето се поведуваех *officio*.

Германскиот Кривичен законик, исто така во главата на кривични дела против личните слободи експлицитно познава кривично дело на демнење.

Имено, чл. Член 238.демнење, гласи:

“Тој што противправно демне некого, барајќи блискост до него,

се обидува да воспостави контакт со него со помош на телекомуникации или други средства за комуникација или преку трети лица, му се заканува нему или на блиско лице дека ќе го убие, повреди, грабне, или со други слични дејствија сериозно ќе го наруши неговиот секојдневен живот, ќе се казни со казна затвор до три години или парична казна.

Со казна затвор од три месеци до пет години, ќе се казни сторителот ако ја стави жртвата или нејзино блиско лице во животна опасност или и нанесе сериозна повреда.”

Со казна затвор од една до десет години, ќе се казни сторителот ако ја лиши од живот жртвата или нејзино блиско лице.

....“

Како што може да се заклучи, се работи за инкриминација која е опасна и диспозицијата содржи повеќе конкретни елементи, па оттука, демнењето согласно германското законодавство е дејствие на прикрадување и навлегување во личниот простор на некое лице или обид да се воспостави контакт со жртвата преку комуникациски средства од било каков вид или преку трети лица, закани со тешки последици и нарушување на секојдневието и мирниот живот на жртвата.

За делото е пропишана казна затвор до 3 години или парична казна, а за потешките облици од 3 месеци од 5 години, односно од 1-10 години за летални последици.¹⁵

Во чл. 238 е предвидено гонењето по правило да се преземе по барање на жртвата, но истовремено е оставена можност тоа да биде по службена должност доколку јавното обвинителство смета дека во конкретниот случај постои посебен јавен интерес.

Интересен е случајот со Италија, имено, Италијанскиот Казнен законик во 2009 година е дополнет со посебна инкриминација за демнење:

Чл. 612- bis- демнење

„Освен доколку не претставува посериозно кривично дело, со затвор од 6 месеци до 5 години ќе се казни тој што во повеќе наврати, вознемирува друго лице или му се заканува со што предизвикува сериозна вонемирност или страв или предизвикува основан страв за неговата или сигурноста на блиско лице или со наведените дејствија предизвикува промена на животните навики на лицето.

¹⁵ Види. German Criminal Code, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html

Со повисока казна ќе се казни сторителот доколку делото е сторено спрема брачен другар или поранешен брачен другар, лице со кое бил во блоска емотивна врска или ако делото е сторено преку компјутерски или електронски систем.

Со повисока казна за половина ќе се казни сторителот за истото дејствие ако тоа е извршено кон дете, бремена жена или лице со пречки во развојот.

...“

Италијанското законодавство предвидува гонењето да се преземе по приватна тужба во рок од 6 месеци, а тоа се врши *ex officio* за делото од став 3.¹⁶

Заради фактот што демнењето во најголем број на случаи во пракса се врши со физичко следење или телефонско вознемување, без да постои физичко насилство, во Италија минатата година беше отворено прашањето за законски измени, односно воваквите ситуации да се оди вонасока на извесна декриминализација, односно да не се казнува со затвор извршителот на вакво дејствие, туку да ја избегне одговорноста со можност да плати парична казна пред да започне судењето (своевидна алтернатива на одлагање/запирање на постапката).¹⁷

Може да заклучиме дека казнената политика во поглед на законското одмерување на казната за ова дело во врска со основниот облик е поблага во Хрватска, а построга во Германија и Италија. Во Македонија делото загрозување на сигурноста се казнува најблаго.

Демнењето во САД е предмет на сериозно внимание. Тоа е инкриминирано на федерално ниво но врзано со закани за убиства, киднапирања, семејно насилство итн. Оттука, разбирливо е и што различните држави во САД различно му пристапуваат на овој проблем. Калифорнија е една од првите држави кои легислативно се осврнува на оваа проблематика. Тоа во голема мера е резултат и на одреден број на случаи на демнење кои завршиле со убиство на жртвата.¹⁸

Со оглед на тоа што дејствијата на демнење може да се карактеризираат со широк дијапазон на неправо, од најмало до најсериозно, во некои држави во САД постојат контроверзни закони во поглед на демнењето, а проблематично е и тоа што според инкриминациите делото

¹⁶ Подетално в. CodicePenale, <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>

¹⁷ Knapp, V., Stalking reduced to finable offence, <http://www.italianinsider.it/?q=node/5584>

¹⁸ Подетално види , Saunders, R. Stalking: The legal Aspects of Stalking, <http://www.stalkingalert.com/articles/legal-aspects-of-stalking/>

постои и без да има последица во вид на физичка повреда или штета од тој вид.

Националниот центар за жртви на криминал на САД (The National Center of Victims of Crime) во Stalking Factsheet (последно обновено во 2015 година)¹⁹ изнесува интересни гледишта и податоци. Така, на пример, покрај нагласувањето дека постојат различни дефиниции, се истакнува дека во основа демнењето претставува повеќекратно однесување насочено кон определено лице кое кај секое разумно лице ќе предизвика чувство на страв.

Се наведува на пример и дека:

- Годишно околу 7.5 милиони жители на САД се предмет на демнење;²⁰
- 15% од жените во САД и 6% од мажите биле жртви на демнење во одреден период од животот кога почувствувале сериозен страв дека тие или ним блиски лица ќе бидат повредени или убиени;
- Повеќе од половината жртви биле жртви на демнење пред да наполнат 25 години.

Во истиот документ се наведуваат и застрашувачки податоци за поврзаноста на демнењето и делата на фемицид извршени во САД од страна на поранешен интимен партнер. Имено, во 76% убиените жени биле жртви на демнење пред убиството, 54% од жрвите на фемицид пријавиле демнење во полиција пред да бидат убиени од својот демнач, а скоро 90% од жрвите на фемицид кои пред да бидат убиени биле и физички нападнати, исто така биле и демнети околу една година пред убиството.

Што се однесува до дејствијата на демначите, тие најчесто ги следеле своите жртви преку физичко следење, со прислушни уреди, камери или преку GPS, им оставале/праќале несакани пораки, правеле чести несакани телефонски повици кон жрвите или се појавувале на места каде што биле жрвите.

Во просек една петтина од демначите користат оружје за заплашување или повредување на жртвата, а кога демначи се поранешните интимни и партнери, тие брзо и пристапуваат на жртвата.

Скоро 80% од жените - жртви и околу 75% од мажите - жртви се демнати од поранешен партнер или познаник, што значи најчесто сториели на ова дело се лица кои се познаваат со жртвата.

¹⁹ Stalking Factsheet, http://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/stalking-factsheet-2015_eng.pdf?sfvrsn=2

²⁰ Ако ги разгледаме ваквите податоци од пред само три години, ќе забелиме дека оваа бројка скокнала од 6.6. милиони на 7.5 милиони жртви.

Како што се нагласува и во споменатиот документ, покрај потешките дела кои често се надоврзуваат на демнењето, и во полесните случаи, жртвата трпи сериозни последици, односно жртвите на ваквите дела живеат во постојан страв, кај нив се почесто застапени анксиозноста, несониците, тешката депресија, социјалната дисфункција и сл., околу една осмина од нив го губат работното место како последица на виктимизацијата, а скоро исто толкв дел од жртвите во обид за спас се селат на друго место.²¹

3. Заклучни согледувања

Како што може да се заклучи од анализата, Конвенцијата на Советот на Европа за превенција и борба против насилството врз жените и домашното насилство (Истанбулска конвенција, 2011 година), отвори нови перспективи во Европа во поглед на заштитата на приватноста и сигурноста на граѓаните како индивидуи. Низа дејствија кои дотогаш не беа во рамките на казненоправната призма, станаа актуелни и препознатливи. Една од обврските на државите - потписнички, меѓудругото, е и инкриминирање на дејствието на демнење. Во духот на чл. 34 од Конвенцијата, „демнењето“ најчесто се состои од постојано следење и воспоставување на несакана комуникација со другата личност. Покрај физичко, демнењето може да се јави и како виртуелно, кое се демонстрира како демнење на лицето на социјалните мрежи. Демнењето во основа има за последица предизвикување страв кај жртвата, па според тоа има силен психолошки импакт.

Делумно според дејствието на извршување, но подиректно во поглед на ефектите, односно последицата на ваквото дејствие, демнењето претставува облик на загрозување на сигурноста. Но, тоа во нашата држава, па и во повеќето од државите од соседството најчесто не е инкриминирано. Еден од позитивните примери претставува Хрватска која го инкриминира демнењето како посебен облик на кривично дело. Противправното следење и прикрадување на лице и при тоа навлегување во неговиот простор, со обид за воспоставување контакт со лицето со помош на телекомуникации или други средства за комуникација или преку трети лица е дејствието на извршување на ова дело според инкриминацијата во Германија. Италија исто така има посебна инкриминација за демнење. Компаративната илустрација бележи

²¹ Stalking Factsheet, http://victimssofcrime.org/docs/default-source/src/stalking-factsheet-2015_eng.pdf?sfvrsn=2

карактеристики на сериозен третман на оваа појава, особено во САД.

Според определени истражувања, голем дел од луѓето биле жртви на демнење пред да наполнат 25 години. Околу 60% од жените жртви, биле следени од својот поранешен интимен партнер. Жените жртви на демнење најчесто се жртви и на последователни дејствија, па и на кривични дела: силување, убиства и др.

Врз основа на анализите во компаративното казненоправо, а имајќи ги предвид и обврските на РМ кои произлегуваат од потпишувањето и ратификувањето на Истанбулската конвенција и конкретните показатели за опасностите кои произлегуваат од ваквата појава, се препорачува ова дејствие да биде кривично санкционирано.

На законодавецот му се на располагање две опции, поточно: да предвиди посебна инкриминација блиска до таа од чл. 144 од КЗМ – загрозување на сигурноста или посебен облик на инкриминацијата од чл. 144 од КЗМ.

Доколку се земе предвид опцијата за нова, посебна инкриминација, како што е тоа во Хрватска, на пример, но и во другите законодавства, треба да се има во вид и фактот дека со измените на новиот Хрватски Казнен закон од 2015 година, делата против личните слободи се карактеризираат со изменет репертоар, на пример, постои делото „присилба, делото „закана“, делото „наметливо однесување“ итн. Тоа значи, дека во Хрватска делото „закана“ е супститут на делото „загрозување на сигурноста“, а „наметливо однесување“ за „демнење“. Ваквата номенклатура би можела да биде прифатена и кај нас доколку опцијата за посебна инкриминација биде етаблирана.

Останува како опција, сепак и можноста дејствието на демнење да биде дел од чл. 144, како посебен облик. Но, треба да се земе предвид и фактот дека кога се инкриминира посебен облик, најчесто се работи за исто или слично дејствие на извршување, со различна (по квантитет најчесто) последица – потешка, полесна или квалифицирана со квалитативно различно дејствие. Со оглед на фактот што тука е различно дејствието на извршување, а не последицата, би било сепак, пооправдано демнењето биде посебно казнено дело, кое сепак ќе остане да биде блиско и компарабилно со делото загрозувањето на сигурноста.

Prof. Dr. Nikola Tupancheski*
Prof. Dr. Aleksandra Deanoska**

ON THE NEED FOR CRIMINALIZATION OF THE STALKING AS A FORM OF THE CRIME “THREATENING THE SAFETY”

Abstract: The Council of Europe Convention for Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, also known as the 2011 Istanbul Convention, imposes on States Parties a range of obligations, inter alia, for the incrimination of certain acts, such as, for example, stalking. In the meaning of article 34 of the Convention, “stalking” is defined as an obsessive behavior by one person or group towards another person, causing fear for his safety. It usually consists of constant monitoring and establishment of unwanted communication with the other person. The stalking can appear as a physical, virtual (which is demonstrated as stalking on social networks), expanded etc. The stalking basically has the consequence of causing fear and anxiety to the victim.

At first sight the stalking is a form of endangering safety. But there are certain differences in the action of perpetration. In the Republic of Macedonia, this is still not a crime, also in most of the neighboring countries. But many European countries in the criminal codes already have provisions for this issue. The paper analyzes the corresponding penal provisions in Croatia, Germany and Italy, and a review is given of this issue regarding the situation in the United States.

The authors of the paper recommend that the action of stalking actions be criminalized as soon as possible according to the degree of wrongdoing.

Key words: *stalking, safety, criminal offence, threat.*

* Full Professor of Criminal Law at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje

** Associate Professor of Criminal Law at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje

DIVORCE LAW IN THE NEW SLOVENIAN FAMILY CODE

UDK: 347.627.2(497.4)(094.5)
Original research paper

1. INTRODUCTION

The National Assembly RS adopted the **Family Code** (Družinski zakonik, Uradni list Republike Slovenije (RS) (Official Journal) No 15/2017 – hereinafter FC) on 21.3.2017.¹ The Code **entered into force on 15. 4. 2017** and will begin to be **applied two years after entering into effect (15. 4. 2019)**. The extended period between the date of entry into force and the beginning of use of the FC has been envisaged for the courts and social work centres to prepare properly for the new legislation and adopt the necessary implementing regulations. An **exception** applies to provisions relevant for family policy (articles 17, 18, 19, 280 and 281 FC) and the provision on the previously expressed will of the parents (art 144 FC), which will apply from the date of entry into force of the Act (from 15.4.2017), as well as provisions on concluding a marriage, which will be used from 1.1. 2018.²

The introduction of FC means that Slovenia has been given new legislation after more than 25 years of efforts for a comprehensive reform of family law.³ This happened only a few months after the Marriage and

* Full Professor, University of Ljubljana, Faculty of Law.

¹ On FC see Barbara Novak, Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili – Family Code with introductory explanation (1st edn, Uradni list Republike Slovenije 2017) p 1-324.

² Provisions of art 305 FC.

³ At the beginning of 2005, the Institute for Comparative Law at the Faculty of Law of the University of Ljubljana handed over to the client, the Ministry of Labour, Family, Social Affairs and Equal Opportunities of the Republic of Slovenia (at that time the Ministry of Labour, Family and Social Affairs), proposed regulations for reform of family law. The author of these introductory explanations was a member of the working group of the Institute for Comparative Law. The proposed regulations did not contain legal regulation of same-sex communities, because the ministry, as the client of the proposal, made the decision to regulate this topic of family law with an individual law. Following submission of the new regulations

Family Relations Act (Zakon o zakonskizvezi in družinskih razmerjih, Uradni list Socialistične Republike Slovenije (SRS) (Official Journal) nos 15/1976, 30/1986, 1/1989 , 14/1989, Uradni list RS (Official Journal) nos 13/1994, 82/1994, 29/1995, 26/1999, 60/1999, 70/2000, 64/2001, 110/2002, 42 / 2003, 16/2004, 101/2007, 90/2011, 84/2012, 82/2015, 15/2017 - hereinafter the Marriage Act) had been in force for 40 years.⁴

FC, unlike the previous legislative versions that did not enter into force, no longer contains provisions on the life communities of same-sex partners. Prior to the submission of FC into legislative procedure, these were deleted from the Partnership Relations Act (Zakon o partnerskizvezi, Official Journal

to the ministry, the Registration of Same-Sex Civil Partnership Act was adopted in 2005 (Uradni list RS (Official Journal) nos 55/2006, 91/2011, 18/ 2016, 33/2016, 68/2016, 33/2016 - here in after RSCPA). The proposal for reform of family law was not submitted to legislative procedure.

On the basis of the reform proposal, the ministry then prepared several proposals, but these were generally abandoned before they were submitted to parliament (Karel Zupančič, Barbara Novak, Viktorija Žnidaršič Skubic, Mateja Končina Peternel, 'Iz pred govora k drugi izdaji - From the preface to the second edition and Karel Zupančič (ed), *Reforma družinskega prava, predlog novih predpisov s komentarjem - Reform of family law, proposal of new regulations with commentary* (2nd edn, Uradni list RS 2009) p 11-12. An exception was the proposal of the Family Code (here in after DZak) adopted by the National Assembly on 16 June, 2011. DZak was available at: <http://www.mdds.gov.si/fileadmin/mdds.gov.si/pageuploads/dokumenti_pfd/word/DZak-sprejet-16-6-11.doc>accessed 7 May 2012. The 2011 DZak did not enter into force, because at a referendum on 25 March 2012, 55% of those entitled who participated in the referendum (30% participation) opposed DZak. The main bone of contention in the referendum was the institution of same-sex partners being treated similarly to marital and extra-marital heterosexual couples. The question of the admissibility of the referendum on the entry into force of DZak was soon brought before the Constitutional Court for judgement, on the demand of the National Assembly of the Republic of Slovenia, which considered that deferring the entry into force of DZak or the rejection of DZak in the referendum would result in unconstitutional consequences. This motion was rejected with the reasoning that the outcome of a referendum cannot have unconstitutional consequences, since the DZak does not apply immediately, but only one year after its entry into force. This period, with slight deviations, would be equal to the period in which the National Assembly is bound to the outcome of the referendum. Therefore, whether in the event of a rejection of DZak or its confirmation, the legal position would remain the same, i.e., that one year after proclamation of the referendum, the Marriage Act and the Registration of Same-Sex Partner Communities Act would start to be applied (decision of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, No. U-II-3/11 of 8 December 2011, Uradni list RS (Official Journal) no 109/2011). On the difficulties in changing family legislation see Barbara Novak, »Novejši razvoj v slovenskem družinskem pravu - New Development in Slovene Family Law«, and Aleksandra Korać Graovac, Irena Majstorović (eds.), *Evropsko obiteljsko pravo - European Family Law* (1st edn, Narodne novine dd, 2013) p 293, 295.

⁴ The Marriage Act had been in force since 1.1.1977.

of the Republic of Slovenia, Uradni list RS, 33/2016 - hereinafter PRA). PRA was adopted on 21.04. 2016 and began to be applied on 24.02.2017.

2. DIVORCE

FC regulates three ways of divorce. To the already established institutions of **divorce by suit and consensual divorce before a court** is added **consensual divorce before a notary**.

2.1. Divorce by suit

2.1.1. *Conditions for divorce by suit*

A divorce **by suit** can be demanded by a spouse that asserts the **existence of reason for divorce**: the unsustainability of the marriage. She or he must prove that the marriage is unendurable for her/him. It does not matter whether it is unendurable for the other spouse because the court dissolves the marriage even if the other spouse opposes divorce. It is also irrelevant for divorce which one of the spouses has caused the unendurability. The spouse who is guilty of the unendurability can also file suit for divorce, because fault does not hinder divorce. The reason for divorce, the unendurability of the marriage, can consist of any cause or group of causes. Spouses often in practice state as the cause for the unendurability of the marriage, incompatibility of character, relations with the other partner, alienation of the spouses. Plaintiffs usually have no problems in practice in proving the unsustainable nature of a marriage.⁵ A marriage that proves to be unsustainable is divorced without the need for a previously separate life of the spouses. A special procedure of separation from bed and board or a requirement that the spouses show that they have lived separately for an extended period before filing suit is not known in Slovene law.

2.1.2. *Decisions in a procedure of divorce by suit*

A court annuls a marriage on the basis of suit for divorce. It decides by judgement:

⁵ During the period of validity of the Marriage Act of 1977 there were only a few cases in which individuals did not prove the unsustainability of a marriage. These individuals for the most part were unable to say why in general they wanted a divorce.

1. on **divorce**;
2. on **custody of children**
3. on **maintenance of young children**⁶ and
4. on **contacts of children with parents**.

Where an unsupported spouse also files a claim for maintenance together with a suit for divorce, the suits can be heard together and the divorce judgment also contains a decision on maintenance of the unsupported spouse (para 3 art 421 of the Code of Civil Procedure, the Code of Civil Procedure, Uradni list RS) (Official Journal) nos 26/1999, 96/2002, 110/2002, 58/2003, 2/2004, 2/2004, 69/2005, 90/2005, 43/2006, 52 / 2007, 45/2008, 45/2008, 111/2008, 121/2008, 57/2009, 12/2010, 50/2010, 107/2010, 75/2012, 76/2012, 40/2013, 92/2013, 6/2014, 10/2014, 48/2015, 6/2017, 10/2017 - hereafter CCP). Although blame for the divorce is not taken into account in the divorce itself, it is taken into account in the decision on maintenance of the spouse. The court may refuse a claim for maintenance if the payment of maintenance to the spouse in relation to the grounds that led to the unsustainability of the marriage would be unfair to the person under liability⁷ or if the beneficiary at any time before after the divorce has committed a crime against the person under liability or any of her or his close family. The law counts as close family of the person under liability her or his children and parents (para 3 art 100 FC).

In a procedure in which the court decides on divorce, on the motion of a spouse it issues an **interim decree on her or his maintenance** and on **eviction of the other spouse from the common dwelling**, if this is necessary in order to prevent violence. Interim orders are issued in accordance with the provisions of the Enforcement and Insurance Act⁸ (Official Journal RS – Uradni list RS, No51/1998, 72/1998, 11/1999, 89/1999, 11/2001, 75/2002, 87/2002, 70/2003, 16/2004, 132/2004, 46/2005, 96/2005, 17/2006, 30/2006, 69/2006, 115/2006, 93/2007, 121/2007, 45/2008, 37/2008, 28/2009, 51/2010, 26/2011, 14/2012, 17/2013–hereinafter EIA).

In the divorce proceedings, the court **does not deal with issues**

⁶ Adult children must file suit themselves. His or her suit is dealt with in a litigious procedure, but separately from the divorce, and the procedural provisions on marital disputes and disputes from relations between parents and children referred to in chapter 27 of CCP are not used.

⁷ In deciding the justice of a maintenance demand in a long-lasting marital community, the court may also establish reasons of blame. This means that a spouse may during the period of duration of the living community demand maintenance from the other spouse only if she or he also fulfils the obligations that a marriage imposes on her or him (decision of the Higher Court in Ljubljana, no IV Cp 6289/2005 of 25.1.2006 –computer database Ius-info).

⁸ Para 2, 3 art 411 CCP.

concerning the extentor share of the spouses' jointassets, nor the issue of the division of **jointassets**. The spouses must arrange for the division of property either by agreeing on it in the form of a notarial protocol, which does not need to be enforceable, or such that one of them proposes the division of the common assets in a non-litigious procedure. If in the non-litigious procedure, it turns out that there is in fact dispute between the spouses about the extent of joint assets or the share in those assets, the court shall terminate the non-litigious procedure and refer the spouses to civil litigation.⁹The non-litigious procedure for the division of assets continues when the civil procedure is completed (art 73 FC).¹⁰

Before filing suit for divorce under FC, spouses who have joint children over whom they exercise parental custody shall attend **preliminary counselling** at a social work centre. Preliminary counselling, similar to the former advisory discussion, does not take place if one of the spouses is of unsound mind, of unknown residence, is missing, or if one or both spouses lives abroad. The spouses must attend the preliminary counselling in person, without an agent. The social work centre invites clients to preliminary counselling within 14 days of receipt of an application for preliminary counselling. It makes a record of the completed preliminary counselling, from which it is evident that the discussions were attended by the spouses who intend to file suit for divorce (para 1, 2 art 204 FC).

The purpose of preliminary counselling is to help the spouses to determine whether their relations have deteriorated to the extent that the marriage has become unsupportable for at least one of them, or whether there is a possibility of sustaining the marriage (art 200 FC). Spouses who find during preliminary counselling that there is a possibility of sustaining the marriage, are informed by a professional member of staff of the social work centre of the possibility of voluntary participation in professional counselling in order to sustain the marriage. This professional counselling is provided by social work centres

⁹ The court directs to civil action spouses whose rights it considers less likely. The decision of a non-litigious court on directing to civil action only binds the participants in relation to the question of who must file suit and not also in relation to how large a share can be enforced in a civil action – decision of the Higher Court in Ljubljaa, no II Cp 2167/94 of 4.5.1995 –SOVS computer base.

¹⁰ Barbara Novak, Družinski zakonik z uvodnimi pojasnili – Family Code with introductory explanations (1st edn, Uradni list Republike Slovenije 2017) p 92.

(art 201 FC).¹¹ In the case of spouses who find during preliminary counselling that the marriage is unsupportable for one of them, the professional member of staff of the social work centre informs them of the consequences of divorce, for them and for the family community.

In the preliminary counselling, the social work centre also obtains information for an opinion on what kind of judicial decision on custody, maintenance and contacts of the child with the parents is in the child's best interests. In a divorce by suit, the social work centre must also endeavour in the preliminary counselling to ensure that the parents reach agreement on at least some of the child-related issues. For this purpose, it presents the purpose and procedure of mediation to the spouses. With the consent of the spouses, the social work centre may continue preliminary counselling with a mediation procedure. The spouses may also take part in mediation through other providers (art 202 FC).

FC does not determine that, when filing suit for divorce, the spouses have to prove that they had previously attended preliminary counselling, or the legal consequences of not participating (dismissal of the divorce suit). FC only stipulates that the social work centre must specify in the minutes of the preliminary counselling which person did not attend the counselling and the reasons for her or his absence, if known (para. 3 art 204 FC). A similar issue was raised on the amendment of the Marriage Act of 2004, which stipulated that parents who are not divorced must request the court to regulate the issue of the custody, maintenance and contacts of a child with their parents, and must provide proof from the social work centre that they have tried to settle disputed issues with its help. The prevailing view was that the application cannot be dismissed without calling on the party to supplement it, since the law did not explicitly specify dismissal. In accordance with the general provisions of CCP, the court had to invite the applicant to supplement it. If the applicant did not complete the application, the court dismissed the suit (para 5 art 108 of PCCP). In the same way as described in the Marriage Act of 2004, the primary concern of preliminary counselling is protection of the child's best interests, and it should be considered that when applying for a divorce, parents must show that they have attended preliminary counselling. If they do not submit this evidence, the court must invite them to complete

¹¹ Extra-marital partners who have problems in partnership life can also receive professional counselling.

the application according to the above-described descriptive rules. In the future, this open issue appears to need to be explicitly arranged in law.¹²FC envisages that the minister responsible for the family will regulate the implementation of preliminary counselling in more detail, but this important question for the exercise of the right to divorce does not fall within regulations, which cannot regulate rights under the Constitution (art 87 of the Constitution of the Republic of Slovenia, Constitution of the Republic of Slovenia Official Journal RS - Uradni list RS, no 33/1991-I, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006, 47/2013, 75/2016 - hereinafter: Constitution).

If parents have reached agreement on any of the questions concerning children (**custody, maintenance, contacts with parents**), the agreement, which must correspond to the child's best interests, is recorded in the divorce procedure in the form of a court settlement. Within a custody agreement, parents can agree that all children will be with one of the parents, or that one child will be with one and the other with the other parent, or that the parents will continue to have joint custody of children after the divorce. An agreement on joint custody must also contain agreement on the permanent residence of the child, which parent shall be served with deliveries for the child, and on maintenance (art 139 FC). The court examines the agreement on custody, maintenance and contacts with parents from the point of view of the child's best interests. In doing so, it also takes into account the opinion of a child of sound mind, expressed by the child itself or by a trustee, and the opinion of the social work centre on the child's best interests (art 143 FC).

If the parents do not agree on questions about the child or if their agreement is not in the best interests of the child, the divorce court decides on these issues. The court must decide on questions **concerning joint children of spouses**, even if the spouse who filed the divorce suit did not request a decision on these issues in the suit. The court decides on these issues *ex officio*. Even when the spouse who filed the divorce suit has asked the court to decide in a specific way on a particular issue concerning a child, the court is not bound by her or his demand (for example, it is not necessary for the child to be entrusted to the care and upbringing of the parent who demands that, para 2 art

¹² Such a solution was envisaged in art 197 of the proposed FC in: Mateja Končina-Peternel, '197. člen predloga FC' in Karel Zupančič (ed.), *Reforma družinskega prava, predlog novih predpisov s komentarjem – Reform of family law, proposed new regulations with commentary* (2nd edn, Uradni list RS 2009) p 284.

408 and para 2 art 421 CCP). In relation to custody of children, the court may also determine facts that the parties did not provide and collect information necessary for a decision. Persons and organizations that have the information needed for the decision are obliged to give the court the requested data, even against the wishes of the person to whom the data relate (para 3 art 408 CCP). The court must decide on issues relating to children in accordance with the child's best interests (art 98 FC). Before reaching a decision, it must obtain the opinion of the social work centre.¹³ It must also take into account the opinion of a child of sound mind, if she or he has expressed it personally or through a person she or he trusts and has chosen herself or himself (art 143 FG). The court serves the judgment on a child who has expressed its opinion in the proceedings and has already reached the age of 15 when the decision was issued, in order that (the child) can appeal against the decision on custody and the decision on contacts with parents (para 3 art 410 CCP).

In the case of the custody of children, the court may decide that all children will be with one of the parents or that one child will be with one and another with the other parent and, according to FC, also that after the divorce the parents continue to have joint custody. The decision of the court on joint custody must also include a decision on the permanent residence of the child, which of the parents will receive deliveries for the child, and maintenance (art 139 FC). In deciding on custody, the court may also *ex officio* take all measures to protect the child's best interests. If the parents are not suitable for custody at the time of divorce, but that it appears that the child could still return to the parents, the court can remove the child and place it with another person, in foster care or in an institution and appoint a person who will take over custody for the child. The measure of removing a child may last for a maximum of three years but may be extended every three years. If there are no prospects of the child returning to the parents, the court can deprive the parents of parental custody. In the event of divorce, the court may also decide to place a child in an institution because of her

¹³ The opinion of the social work centre, the purpose of which is to clarify certain specific questions, has the essential characteristics and structure of an expert opinion. The social work centre acts in disputes from relations between parents and children as a specific assistant to the court. By gathering data on the personal and family situation of children and their parents, it performs the tasks of an auxiliary investigative body and, at the same time, it has a special procedural position that, due to its expertise and experience, is close to the position of a judicial expert - judgment of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, no. II Ips 682/2007 of 8.11.2007 - computer database Ius-info.

or his psychosocial problems, which are such that the child is at risk or they endanger other children in the family. This measure can also last for a maximum of three years but can be extended by the court every three years. When the court decides on the removal of a child, or her or his placement in an institution due to psychosocial problems, it also decides on the maintenance obligation of each parent and specifies a particular way of paying maintenance, which in this case is usually paid into a special account for the child. The child's guardian, who is established specifically for this case if the child is not placed into guardianship, opens the account for this purpose. The court may also at the time of the divorce restrict or withdraw the right of parents to contacts.

If during the procedure of deciding on custody, maintenance and contacts the court determines that the child's best interest is endangered and its protection cannot wait for the final decision at the end of the procedure, it **protects the child's best interest** by issuing an **interim order**, for example, entrusting the child to the custody of one of the parents, because the child is at risk with the one with whom it currently is; it determines the amount of the child's maintenance, or limits the right of contact between parents and children (art 411 CCP). The court may also issue an interim order on the proposal of the parents or the social work centre. The novelty of FC is that the court may restrict the right to contacts, such that these take place under the supervision of a professional from the social work centre or an institution in which the child is placed, only with an interim order and no longer with the final decision. The duration of this interim order is limited to a maximum of nine months. Supervised contacts can be carried out for a maximum of two hours per week (art 163 FC). These and other temporary orders are issued in accordance with the provisions of EIA and apply until the final decision.

The court sends a divorce judgement within eight days of its issuance to the appropriate administrative unit, which enters the divorce in the register of births, marriages and deaths (para 4 art 98 FC). Divorce is counted among legal disputes referred to in chapter 27 CCP (art. 407 CCP) and is therefore subject to litigious procedure.

2.1.3. Procedure of divorce by suit

Divorce proceedings commence with service of the suit on the defendant. The parties to the proceedings may appear themselves or authorize a lawyer to represent them. The plaintiff may withdraw the divorce proceedings without the consent of the defendant until the end of the main hearing, and with her or his consent until the proceedings have been finally concluded (art 417 CCP). If the plaintiff dies during the divorce proceedings, the plaintiff's heirs may continue the divorce proceedings within six months, in order to prove the merits of the suit.¹⁴ A suit has merit if the reason for divorce of unsustainability of the marriage exists. If the procedure for divorce has not commenced prior to death, the heirs cannot commence it, because the right to sue for divorce is a personal right that does not pass to the heirs.

The public is excluded from divorce proceedings (art 407 CCP). The court decides on the costs of the procedure at its own discretion (art 413 CCP). In the context of this provision, the court also takes into account the reasons that led to the unsustainability of the marriage. Blame for the divorce also enters into law here, not just in relation to maintenance of a spouse, through the back door.

The final decision by which a marriage is divorced cannot be annulled or altered on the basis of a motion for the protection of legality or a proposal for a renewal of proceedings, regardless of whether one of the parties has concluded a new marriage (art 420 CCP). Revision in a dispute on divorce is also not allowed.

If, after a decision is handed down in divorce proceedings, the circumstances in relation to child custody and contacts change, each of the former spouses and the social work centre may request the court to issue a new decision (para 4 art 421 CCP). Under the general rules of FC, it is possible to request the issuance of a new decision on the child's maintenance because of changed circumstances, except that in this case only the claimant and the beneficiary or his legal representative is entitled to demand it, not the social work centre.

2.2. Consensual divorce before the courts

A consensual agreed divorce allows spouses to resolve a marriage that they no longer wish, in a dignified way.¹⁵ They thus do not need to "cause ill-

¹⁴ The rule is also used *mutatismutandis* with a consensual divorce (art 418 CCP).

¹⁵ Karel Zupančič K, *Družinsko pravo - Family law* (1st edn, Uradni list Republike Slovenije 1999) p81.

feeling and wash dirty laundry” before the courts. However, for a consensual divorce, the spouses must be able to reach agreement not only that they no longer wish to be married, but also agreement on all the essential issues that arise upon divorce in relation to them and their joint children. Solution of these issues is intended to prevent the possibility of frequent all-embracing tortuous civil actions between the spouses after the divorce.

The court decides on a proposal for a consensual divorce in litigious proceedings. The marriage is divorced only if the spouses attach to the application for divorce:

1. an agreement between the spouses on **custody** and
2. on **maintenance of common children** and
3. on their **contacts with children**

And in the form of an executable notary protocol have concluded

- 4) an agreement on the **division of common assets**;
- 5) an agreement on which of the spouses who lived in rented housing, **remains** (when both spouses are stated in the rental contract as tenants) or **becomes tenant of the housing** (when only one of the spouses was stated in the contract as tenant and the other was only stated as a person who used the housing with the tenant) and

- 6) an agreement on **maintenance of a spouse** who does not have the means of subsistence and through no personal fault is unemployed.

Before filing a proposal for a consensual divorce, spouses who have joint children attend preliminary counselling at a social work centre in accordance with the rules described in a divorce by suit. The social work centre also obtains data in the preliminary counselling for an opinion on whether the childcare agreements are in the child’s best interest. In the case of a consensual divorce, FC does not stipulate that, when filing a proposal for a consensual divorce, the spouses must show that they had previously attended preliminary counselling or the legal consequences of non-participation. In the same way as in the case of a divorce by suit, even in a consensual divorce, the application may not be dismissed without a prior invitation to the party to supplement it. In the case of a consensual divorce, too, this issue should be explicitly regulated in the future.

Before a court dissolves a marriage, it checks whether all the necessary agreements are attached and whether agreements in relation to children conflict with the child’s best interests. Before deciding whether the child’s

best interests are well taken care of in the agreements, the court must obtain the opinion of a social work centre. It must also take into account the opinion of a child of sound mind if she or he has expressed it by herself or himself or through a person she or he trusts and has chosen herself or himself. If the court finds that any of the attached agreements on children is not in the child's best interests, it does not replace it with its own decision (the court does not decide in a consensual divorce), but calls on the parents to change the agreement, otherwise it dismisses the proposal for a consensual divorce (art 96 FG). In this case, the parents may later file a new proposal for a consensual divorce or, if new agreement is no longer possible, each of them files suit for divorce.

In a judgment by which the court dissolves a marriage on the basis of a proposal by the spouses for a consensual divorce, the court also decides on the costs of the procedure, at its own discretion. A judgment by which a marriage is dissolved on the basis of a proposal by the spouses for a consensual divorce may be challenged only on the grounds of a material breach of the provisions of litigious procedure, because of which the party agreed to file the proposal in error or under the influence of force or cunning, or when the statutory conditions for divorce on the basis of a proposal for a consensual divorce were not met (art 419 CCP).

2.3. Consensual divorce before a notary

Spouses who do not have joint children over whom they exercise parental custody may be divorced by agreement before a notary and no longer before a court. As in a consensual divorce before a court, the spouses must also arrange all the essential issues between them, before the notary. They must agree on the division of joint assets, which of them remains or becomes the tenant of the dwelling in which they live, and the maintenance of a spouse who does not have the means to live and is unemployed through no personal fault.

The divorce agreement and agreements governing the mutual relations of spouses after the divorce must be drawn up in the form of a notarial protocol. Although the FC does not explicitly specify this, these agreements must be concluded in the form of an enforceable notarial protocol. This follows from the general requirement that all maintenance agreements between adults must be concluded in the form of an enforceable notarial protocol and from the requirement that all the main issues related to the divorce should be finally resolved with a consensual divorce.

A marriage is deemed to have been dissolved on the day of signing the

notarial protocol. The notarial protocol on the divorce is the legal basis for registration of a divorce in the register of births, marriages and deaths. The notary is obliged to send it to the appropriate administrative unit within eight days after its signing (art 97 FC).

3. IN CONCLUSION

According to the FC, a marriage of spouses without joint children can be divorced by agreement before a notary if the spouses have agreed on all the essential issues after the divorce. This method of divorce relieves the courts and, at the same time, allows a quick divorce procedure in which the essential issues between the spouses are resolved and where the accelerated divorce procedure cannot endanger the best interests of children.

In the case of spouses who have joint children, the FC stresses concern for preservation of the family. Before a lawsuit or proposal for a consensual divorce is filed, the spouses must attend preliminary counselling at a social work centre. Preliminary counselling, unlike the former advisory discussion, is no longer intended merely to obtain information for the purpose of formulating an opinion for the court and encouraging parents to agree on issues relating to children in divorce proceedings. FC also encourages agreement by offering mediation as a possible means for amicable settlement of disputes and professional counselling for the preservation of a marriage when, during preliminary counselling, the spouses consider that this is still possible. With this arrangement, the state protects the family and thus the child's best interests.

The FC also protects the child's best interests by enacting the principle that both parents continue to have primary responsibilities for custody of a child. In line with this rule, the court may decide in divorce proceedings under the new regulations that the child will remain in the joint custody of both parents after the divorce. The child's best interests are additionally protected by the arrangement in the divorce procedure that, when deciding on custody in a divorce by suit, the court can, *ex officio*, order all measures for protection of the child's best interests.

DIVORCE LAW UNDER THE NEW SLOVENIAN FAMILY CODE

According to the new Slovenian Family Code, a marriage can be dissolved on the basis of suit or by agreement. However, under the new arrangement, a notary is competent for a consensual divorce when the spouses have no common children. The spouses must agree in front of him about all the essential issues after the divorce, in the form of a notarial protocol.

Spouses with joint children, before filing a suit or motion for a consensual divorce, must attend prior counselling at a social work centre. During the counselling, the spouses must decide whether their relations have so deteriorated that the marriage has become unupportable for at least one of them, or there is still a possibility of sustaining the marriage. If the spouses find that the marriage is unupportable for one of them, the centre's professional staff informs them about the consequences of divorce for them and for the family community and presents to them the purpose and procedure of mediation. If there is a possibility of sustaining the marriage, the spouses may attend expert counselling for preservation of the marriage.

At the time of divorce, spouses are also provided with housing protection, on the basis of which a spouse may request that the other spouse leave the housing in which the spouses live or lived together, or part of that housing.

Keywords: dissolution of a marriage, divorce by suit, consensual divorce, divorce in front of a notary, preliminary counselling, housing protection.

LAESIO ENORMIS OD INSTITUTA RIMSKOG PRAVA CO РЕФОРМИСАНОГ – МОДЕРНОГ ИНСТИТУТА

UDK: 347.447.8:340.13(37)
Original research paper

Абстракт: *Laesio enormis* институт, који је по свему судећи увео Диоклецијан као једну у низу мера којима је желео да спречи пропадање римске државе и помогне њен опоравак. Сврха му је била да заштити сиромашне и спречи још већу концентрацију земље на страни велепоседника, тиме што је дозволио раскид уговора о купопродаји увек када није плаћена ни половина вредности непокретности која је предмет уговора. Путем рецепције правило *laesio enormis* је утицалао на модерна права и већина буржоаских законика га садржи, најчешће у нешто измењеном облику. Аустријски грађански законик из 1811. године садржи одредбе о институту *laesio enormis*, с тим што се помоћ пружа само ономе ко се налази у незнању и везана је за рок од три године. Српски грађански законика јесте рађен по угледу на Аустријски грађански законик али су решења другачија када је реч о овом институту. Српски грађански законика пружа заштиту, као и римско право, много шире, јер је *laesio enormis* констатована објективно, па штити сваког ко је оштећен јер је испод половичне цене продао у нужди или у другом тешком положају, мада му је права вредност била позната. Приликом израде нацрта Грађанског законика Републике Србије поставља се питање института *laesio enormis* и то поводом чланова 139. и 129. став 2 Закона о облигационим односима. Дакле, ради се на сагледавању нових околности везаних за овај институт и њиховом уважавању при стварању нових или модификовању постојећих норми.

Кључне речи: *laesio enormis*, римско право, Аустријски грађански законик, Српски грађански законик, Закон о облигационим односима, нова решења

* Редовни професор, Правни факултет - Крагуевац

Институт *laesio enormis* свакако представља један од значајних института за чији настанак захвалност дугујемо Римљанима. Иако, је прешао дуг пут, и уз неке модификације, постао део савремених права, питање времена његовог настанка је, могло би се рећи, и данас актуелно.

Велики број романиста је мишљења да је институт *laesio enormis* мера, коју уводи Јустинијан, а да је део текста у Диоклецијановом рескрипту који се односи на овај институт, интерполиран.¹ Ипак, постоји један број теоретичара који заступају другачија мишљења. Пре свега, реч је о мишљењу реномираног романисте, професора Корошеца, који о институту *laesio enormis* говори као о мери Диоклецијана, неупуштајући се при том у проблем интерполација.²

Laesio enormis као институт, мера је коју је увео Диоклецијан у склопу својих реформаторских активности које је спроводио у свим сферама живота, а најпре и највише у циљу очувања и јачања римског царства.³ Почев од увођења новог облика државног уређења, терархије, преко реформи администрације, војске, прикупљања пореза, привредних реформи, верске политике, па до доношења Едикта о ценама, покушао је да уреди све сфере живота и заустави нарастајуће невоље царства. За покретање и спровођење свих поменутих реформи било је неопходно доносити и нове прописе, што је Диоклецијан и чинио. Донео је преко хиљаду законских прописа. Значајно место међу донетим законским прописима заузима рескрипт из 285. године, којим је, како каже велики број романиста, уведен институт *laesio enormis*.

Романисти који заступају мишљење да *laesio-enormis* није институт Диоклецијановог права, полазе од става да је класично римско право у погледу одређивања цене остављало странкама потпуну слободу. Чак су постојала одређена правила садржана у Јустинијановим Дигестама која су прокламовала и потврђивала овај принцип.⁴ Међутим, поред оваквог става у оквирима приватног права, на подручју јавног права су још у време класичног права неким законима донете одређене мере против високих цена, пре свега жита, меса како би биле обезбеђене основне потребе становништва.

¹ Bonfante, *Instituzioni*, 10.изд., стр.490; Perezzi, *Instituzioni* II, 2. изд., стр.276.; Arango Ruiz, *Instituyioni*, 13.изд.,стр.339.; Joers-Kunkel-Wenger, *Roemsche Recht*, 3. изд. стр.230.; R. Monier, *Manuel de droit Romain* II, стр. 169.; Zuleta, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945., стр. 19-20 . “

² Корошец, *Очрт римског права* II/2, *Облигацијско право*, Љубљана 1955, стр. 215

³ Карајовић, Е., *Диоклецијанов Едикт о ценама*, Крагујевац, 1997, стр. 71; Станковић, Е., *Laesio enormis* време и сврха настанка, *Зборник: Од caveat emptor до caveat venditor*, Крагујевац, 2009, стр. 3

⁴ D.4,4, 16, 4; D. 19,2, 22, 3

Идеја о *iustum pretium* јавила се врло рано, још од доба Августа. Још од тада римска држава, посебно у области јавног права доноси читав низ прописа који имају за циљ заштиту интереса најсиромашнијих слојева, како би се бар за мало ублажила тешка класна борба. У периоду од I - III века владари Империје су у више наврата доносили прописе за избегавање пораста цена одређене робе, пре свега житарица (основне животне намирнице).⁵ У низу покушаја, један од значајнијих иако по резултатима безуспешан, био је онај који је учинио Јулијан у намери да спречи поскупљење жита у Антиохији.⁶ Овом циљу заштите сиромашних, а пре свега војника, служи и познати Диоклецијанов Едикт о ценама "*de pretiis rerum venalium*" из 301. године. Највећи, али и задњи прогонитељ хришћана, покушао је и на овај начин увођењем максималних цена за велики број намирница и услуга, а под претњом смртне казне, олакшати положај сиромашних слојева. И неки други јавноправни прописи из посткласичног периода имају тенденцију ограничавање слободе уговарања цена, а нарочито и пре свега жита, која је заиста била основна животна намирница и зато од највећег значаја. Све ове појаве повезане су са набавком основних животних намирница која је због девалвације новца бивала све тежа и тежа. Из свих ових разлога логично делује да је Диоклецијан меру *laesio-enormis* увео управо да би заштитио сиромашне и спречио претварање тог слоја становништва у колоне. Управо у његовом периоду та појава је узела маха, а Диоклецијан је желео да сачува римско царство, те су и све његове реформе биле усмерене у том правцу.

Разлоге увођења овог принципа и његове оправданости треба тражити у околностима тог периода. То је пре свега период тешке кризе, мањих земљишних поседника и јачања великих земљишнихседа (*potentiores*) који су све више гутали мале земљопоседнике претварајући их у колоне. Сељаци, изложени многим притисцима, били су егзистенцијалним потребема принуђени да продају земљу у бесцење. Читајући *titul C. 4. 44. De rescindenda venditione*, видимо да од тамошњих 18 царских конституција налазимо 14 од Диоклецијана, а међу овима најмање 7 које су издане као рескрипти на молбе сељака и земљопоседника који су тражили од цара помоћ, јер су морали продати своју земљу испод цене.⁷

Као и велики број других израза, тако и израз „*laesio enormis*“,

⁵ Giaccherо, М., *Edictum Diocletiani et Coleegarum de pretiis rerum venalium*, I Edictum, Genova, 1974, стр. 1.

⁶ Aunuvianus Marcellinus, XXII, 14, 1.

⁷ Хорват, М., Преконјерно оштећење (*Laesio enormis*), Рад Југославенске академије знаности и умјетности.

потиче од глосатора.⁸ Дакле, нема га у римским изворима. Израз се односи на тзв. оштећење преко половине (*ultra dimidium iusti pretii*). Садржајно и термилошки питање је повезано са правичном ценом (*pretium iustum*). Из тог разлога многи романисти говоре о постојању велике супротности између правила *laesio enormis* и основних поставки класичног права о слободи уговарања цене. Један од кључних аргумената им је Паулусов (*Paulus*) текст: „...У купопродаји је природно допустити странкама да ствар мање вредности скупље продају и да скупљу јефтиније купе....тако је и код уговора о најму.“⁹ Пре доношења рескрипта којим Диоклецијан уводи институт *laesio enormis*, он сам је у више наврата доносио правила којима је потврђивао овакав класичан став. Тако је Диоклецијановим рескриптом из 293. године, С. 4, 44, 2, прописано да за раскид купопродаје неће бити довољно да је земљиште продато испод цене, нити ће се то сматрати да је купац несавестан.¹⁰ У истом титулусу рескрипта прописано је да се превара цени по околностима извршене радње, а не по висини цене.¹¹

О оштећењу преко половине говори се у Јустинијановом кодексу (С. 4, 44, 2 и 8): „продавац непокретности може тражити раскид уговора о купопродаји уколико је непокретност продао за мање од половине њене вредности уколико купац не би доплатио разлику у цени, до праве вредности непокретности.“ Уговор је могао бити раскинут само ако је реч о купопродаји непокретности и само у корист продавца. За примену овог правила није била потребна заблуда. Критеријум примене принципа био је чисто објективан, тј. било је довољно само постојање оштећења преко половине.¹² Постојање заблуде тражено је касније у средњевековном праву.¹³

Још у време Диоклецијана назирала се подела царства на Источно и Западно. Сам Диоклецијан је за своју престоницу изабрао Никомедију, али је упркос томе постојало законодавно (правно) јединство на читавој територији. До поделе је дошло 395. године. Као неминовна последица поделе јавља се и нејединство правног система. Исток се брже прилагођавао новим ситуацијама па се самим тим брже и развијао. Сматра

⁸ Zimmermann, R., *The Law of Obligation, Roman foundation of the civilian tradition*, New York, 1996, str. 259

⁹ D. 19,2,22,3

¹⁰ С. 4, 44, 4

¹¹ С. 4, 44, 10

¹² Константиновић, М., *Оштећење преко половине и зеленашки уговори*, Анали, бр. 2, Београд, 1954, стр. 213

¹³ Станојевић, О., *Карактер позне римске Империје*, Анали, бр. 4, Београд, 1961, стр. 673

се да је велики број коментатора на Истоку из предјустинијанског периода, проучавао и објашњавао већ донета правила. Тако је и Диоклецијановом рескрипту којим је уведен институт *laesio enormis* додато објашњење: „да се сматра мањом ценом, ако није исплаћена ни половина праве цене.“¹⁴ Примењујући институт *laesio enormis* у Источном царству у континуитету, њега преузима и византијско право. Судаћи по правилима која су садржана у Базиликама примена института је проширена на продају свих ствари. Ипак, и даље је установљена само у корист продавца. Варварске државе које су настале на територији западног римског царства нису прихватиле институт *laesio enormis*. Зборници права које су те државе донеле, тзв. варварски зборници римског права садрже правила супротне садржине: „нико не може раскинути утврђену продају.....стога што је за малу цену ствар продао.“¹⁵

Свим глосаторима и постглосаторима заједничка је жеља да примену института *laesio enormis* прошире. Та проширења најпре обухватају купца, а касније и друге уговоре. Истовремено следећи теорију тзв. легиста *laesio enormis* постаје институт за чију примену се захтевају и субјективни елементи осим објективне чињенице оштећења: потребна је стварна или претпостављена заблуда, чак уводе и појам *dolus re ipse*, конструисане преваре.¹⁶ Тако је дошло до великог одступања од објективног карактера оштећења преко половине који је установљен правилима римског права.

Средњовековна Србија се у потпуности развијала под утицајем византијског права. Дакле, њен правни систем је био заснован на темељима римског права и то у два облика, као традиција и као рецепција. Властарева *Синтагма*, као свеобухватна енциклопедија византијског црквеног и световног права, преведена је на словенски језик и као таква коришћена је у српској, бугарској, румунској и руској цркви. Како је реч о веома обимном делу са већим бројем црквених правила није баш био срећан избор за примену. То је био разлог да се 1348. године сачини један краћи превод, скраћено издање Властарева *Синтагме*, „ради потреба царског суда.“¹⁷ У тој скраћеној верзији скоро да није било црквених правила, али су зато остали сви световни закони византијских царева.¹⁸

¹⁴ Sirks, A.J.B., *La laesio enormis en droit romain et Byzantin*, The Legal History Review, Antwerpen, LIII, 1985, str. 298

¹⁵ Lex Romana visigotorum, V.4.7.

¹⁶ Станковић, Е., *Laesio enormis у римском праву и средњовековном праву*, Усклађивање правног система Србије са стандарима Европске Уније, Крагујевац, 2016, стр. 26

¹⁷ Ћоровић, В., *Историја Срба I*, Пирот, 2006, стр. 262

¹⁸ Ибидем

Правила световног права која су се примењивала у Србији била су садржана у „једној књижици“ за коју се још увек не зна да ли је превод неке византијске компилације или је самосталан јужнословенски рад.¹⁹ Реч је тзв. Јустинијановом закону, који је састављен од правила садржаних у: *Земљорадничком закону*, *Еклоги* (Лава III Сиријца, 717-741), *Прохируну* (Василија I Македонца, 867-886), *Василикама* (Лава VI Мудрог, 886-912), новела византијских царева, као и неких правних збирки.²⁰ Иначе у *Јустинијановом закону* се налазе правила о куповини и продаји, закупу, поклону, трампи, залогу, јемству, сведоцима, паљевини случајној и намерној, наслеђивању, депозитима, миразу, прељуби, крађи, разбојништву, а највише о земљорадњи.

Дакле, *Јустинијановим законом* је и у српско средњевековно право „дошло“ правило о *laesio enormis*, и као такво се примењивало. „Ако ко прода њиву или виноград или друго што и узме од (уговорене) цене половину (новца) и онда се предомисли и неће да прода, да врати новац, а своје да узме опет. Ако ли се утврди да је дато и мало више (новца) од половине (уговорене) цене, да остане куповина (онако) како је и продата.“²¹

Средњевековно право је заиста проширило примену института *laesio enormis*, најпре и на покретне ствари. Вероватно је да је примена института проширена пре свега због развоја и важности трговине у средњевековним градовима. Заправо, да би се она убрзала, а уједно актери заштитили од нарастајућих превара и малверзација. Следећа измена института ишла је у правцу његове примене и у корист купца. Даље, институт *laesio enormis* се осим на купопродају, како је било по правилима римског права, почиње примењивати и на уговор о најму, закупу и сл.

Током читавог средњег века институт *laesio enormis* је мењан и недопуњаван другим садржајима. Тако је рецимо додата морална садржина, па је као такво правило било прихваћено у канонском праву, а затим је кроз канонско право постало део позитивног средњевековног права.²²

¹⁹ Лиречек, К., *Историја Срба*, Културна историја, Књига II, Превод Јован Радонић, стр. 123

²⁰ Марковић, Б., *Јустинијанов закон*, Средњевековна византијско-српска правна компилација, Београд, 2007, стр. 38

²¹ Марковић, Б., *Јустинијанов закон*, *средњевековна византијско-српска правна компилација*, Српска академија наука и уметности, Београд, 2007, стр. 66, Закон о продаји и куповини (8)

²² Сич, М., *Правична цена (iustum pretium) и њена примена током историје*, Зборник

Идеја да институт *laesio enormis* треба применити и на купца није јењавала, тако да дефинитивно, од XVI она постаје стварност.²³ Иако је правило прихваћено, остала су неслагања око тога шта представља половину праве вредности цене, због чега се заправо уговор и могао раскинути.

Рецепција римског права настављена је и о њеном видљивом трагу говоримо читајући и анализирајући буржоске кодификације. Готово све су прихватиле институт *laesio enormis*, додуше у нешто измењеном облику, прилагођен потребама конкретног друштва и државе која га је доносила. Примера ради, при изради *Француског грађанског законика* Поттијеров предлог је био да се институт *laesio enormis* примењује на све теретне уговоре. Тај предлог није прихваћен, па се правило на почетку примењивало само када је у питању продаја непокретности.²⁴ Ово је био захтев Наполеона који је унет у цитирани члан закона.²⁵

Српски грађански законик донет је 1844. године и рађен је под директним утицајем *Аустријског грађанског законика* из 1811. године. Иако врло сличан свом изворнику у неким деловима ови законици се ипак разликују. Један од делова у коме се разликује јесте и део у који се односи на институт *laesio enormis*. Чак се може рећи да је у том делу утицај правила римског права на *српски грађански законик* био већи.²⁶

Савремена теорија познаје два начина одређења института *laesio enormis*, субјективно и објективно. По субјективном схватању институт *laesio enormis* резултат је мане воље: заблуде или преваре. Да би правило било примењено морају бити кумулативно примењене све околности, као и да се постојање тих чињеница мора доказати. Таква решења прихватили су француски и Аустријски грађански законик. Објективно схватање пак подразумева и сматра да је довољно доказати постојање несразмере узајамних давања (престација) да би оштећена страна имала право на заштиту. Наш Српски грађански законик прихвата овакво схватање.²⁷ Савремени Мађарски законик такође прихвата овакав став.²⁸ Једна група савремених грађанских законика сматра да је забрана института

Матице српске за друштвене науке, 2006, Н° 120, стр. 199-225

²³ Zimmermann, R., *нав. дело*, стр. 263

²⁴ Code Civil, чл. 1674, прекомерним оштећењем у случају продавца сматра се оштећење преко 7/12, а у случају купца 1/10

²⁵ Nicholas, B., *The french Law of Contract*, издање Оксфорд, 1992, стр. 139

²⁶ Станковић, Е., *Laesio enormis* у Српском грађанском законнику, *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније*, Крагујевац, 2014, стр. 31-37, 32

²⁷ Измењен члан 559 (5. Мај 1864) Глава 17

²⁸ Ртк.чл. 201, пар. 2. са додатком чл. 202 о зеленашким уговорима

зеленашких уговора довољна да заштити еквиваленцију вредности, те да правила о *laesio enormis* нису ни потребна. Тој групи припадају: Немачки грађански законик (пар. 138), Швајцарски законик о облигацијама (чл. 21) и Италијански грађански законик (чл. 1448).

Српски грађански законик § 559 скоро је идентичан § 934 Аустријског грађанског законика. Ево те одредбе: „Ако при теретним уговорима једна страна није примила ни пола обичне вредности онога, што је другој страни дала, онда оштећена страна има права захтевати да се уговор раскине и у пређашње стање поврати.

Но друга страна има право одржати уговор, ако оштећеном допуни онолико колико до обичне цене недостаје.

Вредност се узима она, која је била у времену када је уговор закључен.“

Оштећења преко половине нема уколико је реч о уговорима на срећу, прописано је изменама Српског грађанског законика. Изменама је продавац у случају оштећења преко половине још више заштићен, јер: „У случају оштећења преко половине купац ако хоће уговор да одржи, мора исплатити целу обичну цену.“

Правило о оштећењу преко половине садржано у Српском грађанском законуку примењивано је знатно шире, поштујући искључиво објективан критеријум, баш као и у римском праву.²⁹ Било је потребно, али и довољно, да једна страна у двостраном уговору не прима по том уговору ни половину вредности онога што је дувала или је већ била дала другој страни. У таквој ситуацији могао се тражити раскид уговора без обзира на било какав субјективни елеменат.

Како се у Србији већ дужи временски период говори, а и ради на изради Грађанског законика, поставља се питање шта са делом Законика који се односи на облигације. Иначе, већ су оформљене комисије са задатком израде Законика, које су дале своје нацрте. По једном од њих, основну садржину облигационог дела будућег Грађанског законика Србије чинио би: сада важећи текст Закона о облигационим односима (ЗОО) који је важећи већ тридесетак година. Без обзира на заиста висок квалитет ЗОО мора се приступити кодификацији грађанског права у њеном облигационом делу. Полазне основе за израду дела Грађанског права о облигацијама биле би: Закон о облигационим односима, Скица за законик о облигацијама и уговорима, коју је израдио Михаило Константиновић, професор Правног факултета у Београду, публикована 1969. године,

²⁹ Станковић, Е., *нав. дело*, *Laesio enormis* у Српском..., стр. 35

Начела европског уговорног права, Конвенције Уједињених нација.

У једном од нацрта грађанског законика поставља се питање одређених измена када је институт оштећења преко половине (прекомерног оштећења) у питању.

Члан 139 Закона о облигационим односима гласи: „(1) Ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати поништење уговора ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати.“ Сада се поставља питање да ли се поништај уговора може тражити због прекомерног оштећења ако очигледна несразмера не постоји више у време подизања тужбе. Овакво решење било је предвиђено у скици професора Константиновића (члан 107 став 3).

Дакле, оно што је за мене као аутора битно јесте, да институт оштећења преко половине постоји и данас. Додуше прилично измењен, али у појединим фазама веома сличан са римским институтом. Реч је о још једном, рекло би се универзалном институту, који нам је путем рецепције подарило римско право.

LAESIO ENORMIS - FROM THE INSTITUTE OF ROMAN LAW TO THE REFORMED, MODERN INSTITUTE

Laesio enormis institute was, most probably, introduced by Diocletian as one of the set of measures with which he wanted to prevent the destruction of Roman state and help its recovery. Its aim was to protect poor and prevent larger concentration of land in the hands of landowners by allowing the termination of a sale contract if the price of exchange was less than one half of its actual value.

Through reception, laesio enormis rule has influenced modern legislations and is incorporated in majority of bourgeois codes, most often in a slightly changed version. The Austrian Civil Code from 1811 comprises the provisions of laesio enormis institute, but it is restricted only to helping those who were not aware of the actual value and only for the period of three years. Serbian Civil Code was made under the influence of Austrian Civil Code, but its solutions related to laesio enormis institute are different. Serbian Civil Code, similarly to Roman law, observed this institute objectively and, thus, offered larger protection, that is protected everyone who, out of necessity or hardship, sold something at less than one half of its actual value, although he knew what was its actual value. During drafting the Republic of Serbia Civil Code, the issue of laesio enormis institute was raised in relation to Articles 139 and 129, parag. 2 of the Law on obligations. Here, new circumstances are being considered related to this institute which need to be taken into account when creating new norms, or modifying the existing ones.

Key words: *laesio enormis, Roman law, Austrian civil code, Law on obligations, new solutions*

**ЗАЕДНИЧКОТО ВРШЕЊЕ НА РОДИТЕЛСКОТО ПРАВО И
ПОДЕЛЕНОТО РОДИТЕЛСТВО ПО РАЗВОДОТ НА БРАК ВО
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА
– DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA**

UDK: 347.63:347.627.2(497.7)
Original research paper

Во Република Македонија, како и во голем број европски земји,¹ постојано се зголемува бројот на разведени бракови, но во нашето законодавство, за разлика од европските законодавства, во последниве децении не беше извршена никаква реформа во однос на регулирањето на вршењето на родителското право по разводот на брак. Притоа, треба да се истакне дека реформата не само што го одмина прашањето за вршењето на родителското право по разводот на брак, туку целосно го одмина и целокупното семејно законодавство. Во изминативе седум децении, и покрај големите трансформации во брачните и семејните односи, семејно законодавство на Република Македонија нема претпрпено позначајни промени.² По формирањето на Република Македонија како самостојна држава во 1991 година, законодавецот во новите законски прописи ги презеде старите решенија со кои се уредуваа семејните односи.³

* Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св Кирил и Методиј“, Скопје, Република Македонија, dejanmickovik@yahoo.com

¹ Во земјите на Европската Унија, бројот на разводи се зголемил од 170.000 во 1960 на 636.000 во 1993 година, а во 2006 година бројот на разводи се зголемил на 1.040.000. Види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, Семејно право, Стоби Трејд, Скопје, 2015, стр. 50.

² За ова да се види повеќе кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Реформите во семејното и наследното право и ингеренциите на нотарите“ *Нотариус*, бр. 19, Скопје, 2011, стр. 70-83.

³ Во периодот од 1946-1971 година на семејните односи во Македонија се применуваа сојузните закони на Федерацијата: Основниот закон за бракот од 1946 година, Основниот закон за односите на родители и деца од 1947 година, Основниот закон за старателството од 1947 година и Законот за посвојување од 1947 година. Втората фаза во развојот на семејното законодавство започнува со уставните реформи од 1971 година кога законодавната надлежност во уредувањето на семејните односи беше пренесена од Федерацијата на републиките. Врз основа, на тоа во овој период во 1973 година во СР Македонија беа донесени следниве прописи: Законот за бракот, Законот за односите на родителите и децата, Законот за посвојување и Законот за старателство.

Позначајна новина во сферата на уредувањето на семејните односи, за разлика од порано, беше фактот што со донесувањето на Законот за семејството од 1992 година⁴ законодавецот направи „мини кодификација“, во оваа област, обединувајќи ги сите четири области на семејното право – брачното право, родителското право, посвојувањето и старателството, во еден законски текст.⁵ Сепак и во оваа сфера, освен интегрирањето на сите семејни прописи во еден закон, до денес законодавецот нема направено некои позначајни измени.⁶

И покрај тоа што не е спроведена реформа на семејното законодавство, треба да се истакне дека се правени напори во овој правец. Секако најсериозниот напор за реформа на граѓанското право, чиј составен дел е и семејното право, е започнувањето на подготвувањето на Граѓанскиот законик на Република Македонија, чија изработка е во тек. Со Одлука на Владата на Република Македонија, донесена во декември 2010 година, беше формирана Комисија за изработка на Граѓански законик на Република Македонија.⁷ За претседател на Комисијата беше избран професорот Гале Галев. Со изработката на Граѓанскиот законик се очекува целокупната материја од сферата на граѓанското право да биде уредена во еден законски текст на еден сеопфатен и систематизиран начин, со што ќе се добие нов квалитет во регулирањето на граѓанското право и ќе се надминат правните празнини, недореченостите и противречностите кои што постојат во законите кои што ја регулираат оваа материја. Особено значајни ќе бидат реформите во семејното право, а посебно се неопходни промени во вршењето на родителската одговорност по разводот на бракот.

За да може да се дадат предлози за реформа на оваа особено осетлива област од семејното законодавство, потребно е да се даде преглед на

⁴ „Службен лист на Република Македонија“ бр. 80/92, 9/96, 38/2004, 33/06, 84/08, 157/08, 67/10, 39/12 и 44/12.

⁵ Во содржина на овој Законот за семејство од 1992 година беа опфатени и имотните односи и посебните судски постапки во сферата на семејните односи, за прв пат беше регулирана вонбрачната заедница, беше воведена обврската за издржување на полнолетните браќа и сестри кога тие се неспособни за работа и беа проширени ингеренциите на Центарот за социјална работа.

⁶ Во важечкиот Закон за семејството, освен преместувањето на одредбите за имотните односи на брачните и вонбрачните партнери во Законот за сопственост и други стварни права од 2001 година како и неколкуте промени во регулативата со која се уредува постапката за посвојување, како и местото на склучување на брак, македонскиот законодавец нема предвидено други позначајни промени во духот на новото општествено и правно уредување. За промените во брачните и семејните односи во споредбеното право поопширно види кај: Дејан Мицковиќ, Семејството во Европа XVI-XXI век, Блесок, Скопје, 2008.

⁷ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 4/2011.

историскиот развој на вршењето на родителското право по разводот на бракот, како и на главните тенденции во регулирањето на вршењето на родителското право по разводот на бракот во европските земји. Освен тоа, секако е неопходно да се даде и краток преглед на социолошките истражувања за влијанието на разводот на бракот врз децата, како и истражувањата за влијанието на поделеното родителство (кое како модел се прифаќа во се поголем број европски земји) врз психосоцијалниот развој на децата.

Историски преглед на вршењето на родителското право по разводот на брак

Во однос на вршењето на родителското право по разводот на брак во минатото постојат разлики помеѓу земјите на континенталното и англосаксонското право. Се до XIX век, во земјите на континентална Европа децата беа доверувани на родителот кој не бил виновен за разводот на брак, а во земјите на англосаксонското право тие биле доверувани на таткото. Во таа смисла, францускиот Code Civil од 1804 година, како и законот од 1884 година, предвидувале дека децата по разводот на брак ќе се доверат на оној брачен партнер кој не бил виновен за разводот на брак, а другиот имал право на надзор.⁸ Во оваа смисла Planiol во 1901 година пишува дека „Причините кои го оправдуваат разводот на брак имплицираат дека постои морална деградација барем кај еден од брачните партнери. Поради тоа е оправдано тој да се третира како недостоен да ја врши својата улога на татко или на мајка“.⁹ Во XIX век и другите земји од континентална Европа го прифаќаат францускиот модел за доверување на детето на оној родител кој не бил виновен за разводот на брак. Во Граѓанскиот закон на Холандија од 1838 година децата се доверувале на брачниот партнер во чија корист бил прогласен разводот на брак, а слично решение било предвидено и во германскиот Граѓански закон од 1900 година. Според германскиот Граѓански закон, доколку се работело за развод по вина и на двајцата брачни партнери, тогаш децата до шест годишна возраст се доверувале на мајката, а постарите деца на таткото.¹⁰

Во Англија, се до средината на XIX век, децата по разводот на

⁸ Види François Boulanger, *Les rapports juridiques entre parents et enfants, Perspectives comparatives and internationales*, (Economica, Paris, 1998), стр.78.

⁹ Види François Boulanger, *Droit civil de la famille, Aspects comparatifs et internationaux*, (Economica, Paris, 1994), стр.428.

¹⁰ Види Boulanger, *op. cit.*, стр. 79.

браќ биле доверувани на таткото. Во случајот De Manneville лордот Ellenborough во 1804 година истакнал дека „Таткото е оној кој со закон е определен да биде старател на детето. Доколку нема докази за злоупотреба, судот нема да се меша во законското право на таткото”.¹¹ Во XIX век децата можеле да се одземат од таткото по разводот на браќ само во исклучителни случаи.¹² И во САД, се до средината на XIX век, таткото имал неоспорно право на старателство врз децата по разводот на браќот.¹³

Во XIX век во сите Западни земји почнува да се напушта доминацијата на таткото при определувањето на вршењето на родителското право по разводот на браќ. Една од основните причини за оваа трансформација е индустриската револуција која доведе до големи промени во семејството. Во оваа смисла Mary Ann Mason истакнува дека „Модерното семејство еволуирало со тоа што татковците ги напуштиле домаќинствата за да работат во фабриките или канцелариите, а мајките го превзеле нивното место како главни во домаќинството”.¹⁴ Ова придонесе за строга поделба на работите според родот и за стриктно разграничување помеѓу јавната сфера, што беше поле на доминација на мажите, и приватната сфера, што претставуваше „царство на жените”.¹⁵ Во рамките на оваа поделба на улогите, мажите беа ценети од страна на заедницата според нивната работна етика, а жените според тоа како ја играле улогата на мајки, сопруги и домаќинки.¹⁶ Во овој контекст, се гради концепцијата дека мајката има природни афинитети да се грижи за децата, особено за помалите деца.¹⁷ Како резултат на оваа трансформација

¹¹ Види Danya C. Wright, the Crisis of Child Custody: A History of the Birth of family Law in England, 11(2) *Columbia Journal of Gender and Law*, (2002), 175-270, стр.190.

¹² Има мал број на случаи кога судовите го одзеле вршењето на родителското право на таткото по разводот на браќ. Така на пример, во случајот Whitfield v. Hales, од 1806 година старателството му било одземено на таткото поради „грубо запоставување и суровост кон децата“ *Ibid.*, стр. 193.

¹³ Види Mary Ann Mason, Ann Quirk, Are Mothers Losing Custody? Read My Lips: Trends in Judicial Decision-Making in Custody Disputes-1920, 1960, 1990 and 1995, 31 (2) *Family Law Quarterly* (2007), стр.216.

¹⁴ Види Mary Ann Mason, The Roller Coaster of Child Custody Law over the Last Half Century, 24 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* (2012), стр.452.

¹⁵ Види повеќе за промените во економскиот и општествениот живот и нивното влијание за улогата на мажите и жените во модерното општество кај Dejan Mickovik, *op. cit.*, стр. 97.

¹⁶ Види Stephanie Coonitz, *The Way We Really Are: Coming to Terms with America's Changing Families*, (Basic Books, New York, 1997), стр. 269.

¹⁷ Според DiFonzo “Судовите ја прифатија концепцијата дека децата на рана возраст треба да се доверуваат на мајката по разводот на браќот. Во случајот Hines v. Hines во сојузната држава Ајова во 1921 година судот сметал дека „мајката е божја институција

на улогата на жената, која сега се смета дека има „природен инстинкт“ да се грижи за децата, доделувањето на децата по разводот на брак на мајката се сметаше а дека е во нивни најдобар интерес.¹⁸

За прифаќањето на промената дека децата по разводот на бракот треба да се доверуваат кај таткото големо влијание имаше и феминистичкото движење. Еден од заклучоците на Конвенцијата во Сенека Фолс одржана во 1848 беше дека „Жените треба да имаат еднакво право на старателство во однос на нивните деца, тргнувајќи од најдобриот интерес на детето”.¹⁹ И судовите во текот на XIX век ја менуваат концепцијата дека децата по разводот на бракот треба да се доделуваат на такото и се почесто ги доверуваат на мајката,²⁰ тргнувајќи од тоа дека треба да се почитува најдобриот интерес на детето.²¹ Оваа трансформација во Англија се случува со донесувањето на Custody of Infants Act од 1839 година, со кој беше предвидено дека жените имаат право да бараат од судот да им бидат доверени под старателство децата помали од седум години, како и право на пристап на поголемите деца по разводот на брак.

Концепцијата според која децата по разводот на брак треба да се доделат на старателство на мајката, освен доколку таа е неспособна да го врши родителското право, (што се оправдуваше со ставот дека е тоа во најдобар интерес на детето), доминираше од средината на XIX век до

за чување и одгледување на децата“. Види Herbie DiFonzo, Dilemmas of Shared Parenting in the 21st Century: How Law and Culture Shape Child Custody, 43 (4) *Hofstra Law Review* (2015), стр.1005. Во овој контекст Mason and Quirk истакнуваат дека „културот на мајчинството кој се развил во текот на XIX век се фокусираше на супериорните морални и згрижувачки квалитети на жените кои ги правеле подобни за одгледување деца“ Види Mason and Quirk, *op. cit.*, стр. 220.

¹⁸ Види Linda D. Elrod, Milfred D. Dale, Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance, 42 (3) *Family Law Quarterly*, (2008), стр. 391.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Во оваа смисла е и одлуката на највисокиот суд во Њујорк во 1840 година, кој донел одлука да се додели болната ќерка на старателство на мајката. Во својата пресуда судот истакнал: “Природниот закон и овозможил на мајката приврзаност за нејзиното дете што ниту еден друг роднина не може да ја поседува во ист степен (Mercein v. People *ex rel.* Barry, 25 Wend. 64,106 (N.Y. 1840)). Види Mason, *op. cit.*, стр. 452.

²¹ Во оваа смисла Mason and Quirk истакнуваат дека „Прогресот на правната преференција при доверувањето на децата еволуирал од апсолутно старателство за таткото, преку старателство за мајката во „исклучителни ситуации“ кон родителска еднаквост со приоритет за мајката во одредени ситуации, како кога се работи за мали деца. Судството пронајде оправдување за доверување на малите деца на мајката во концептот на најдобриот интерес на детето, кој не се споменувал во судските одлуки во колонијалниот период.“ Види Mason and Quirk, *op. cit.*, стр.219.

60 тите години на XX век.²² Во овој период, според Parkinson: „Судовите доделуваат старателство на едниот родител, обично на мајката, а право на посета на другиот.”²³ Овој модел на вршење на родителското право по разводот на брак доминирал во сите земји, без оглед дали се работело за земји на континенталното или англосаксонското право.²⁴ Овој концепт на развод се темелел на прифаќањето на моделот на развод без вина,²⁵ според кој требало да се обезбеди на неуспешниот брак “достоествен погреб”, а на брачните партнери да им се овозможи шанса за нов почеток и за остварување на нова, поуспешна врска.²⁶ Овој модел на развод се базирал на концепцијата за чист прекин (clean break), според која по разводот на бракот престанувале врските помеѓу поранешните партнери, на едниот од нив му биле доверувани децата и тој ги носел најзначајните одлуки за нив, а другиот имал само право да одржува лични контакти со децата и обврска да плаќа издршка. Таква е состојбата во Швајцарија, Германија, Италија, Франција и другите европски земји се до 70 тите години на XX век ²⁷ кога почнуваат реформи на моделот на вршењето на родителското право по разводот на брак. Овие реформи (кои, како што беше кажано, ја заобиколија Република Македонија) се случуваат прво во САД²⁸ и во Скандинавските земји, а потоа и во останатите земји од Европа. Во основата на овие реформи е концептот на „најдобриот интерес на детето“ и тие се базираат на прифаќањето на концептот на заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот (joint legal custody), а во последно време се почесто и на концептот за поделено родителство по разводот на бракот (joint physical custody).²⁹ Оваа реформа се базира

²² Види Linda D. Elrod, Milfred D. Dale, *op. cit.*, стр. 391.

²³ Види Patrick Parkinson, *Family Law and Acces to Justice*, 8 (1) *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, (2016), стр. 38.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Според овој модел, кој почнува да доминира во европските земји во средината на XX век, судијата веќе не морал да утврдува кој од брачните партнери е виновен за разводот на брак, туку требало само да констатира еден објективен факт – а тоа е дека односите во брачната заедница се трајно нарушени и заедничкиот живот е невозможен. Види Boulanger, *op. cit.*, стр.79.

²⁶ Види Patrick Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper* No. 06/31, (2006), стр.3.

²⁷ Види Boulanger, *op. cit.*, стр. 85-103.

²⁸ Во САД, претпоставката дека интересот на детето на рана возраст најдобро се остварува доколку тоа се довери на мајката се напушта во речиси сите сојузни држави во периодот помеѓу 1960 и 1990 година. Види Mason and Quirk, *op. cit.*, стр.220.

²⁹ Според DiFonzo “Поголемото социјално и правно прифаќање на поделеното родителство кон крајот на XX век започнува кога и самите родители започнуваат да прифаќаат поеднаква распределба на родителските одговорности. Во рамките на една генерација,, законодавците, судовите и правните теоретичари го прифатија поделеното

на напуштање на моделот според кој детето по разводот се доверува на едниот родител (тоа е најчесто мајката) и на прифаќање на концепцијата дека најдобриот интерес на детето по разводот на брак подразбира дека на детето треба да му се овозможи постојана и интензивна комуникација и со двајцата родители. Прифаќањето на моделот на заедничко вршење на родителското право по развод на брак беше мотивирано од се поголемиот процент вработени жени,³⁰ од ставовите на феминистките,³¹ како и од бројните истражувања кои укажуваа на значењето на улогата на татковците во правилниот развој на децата.³² Токму резултатите од овие истражувања беа основната причина за реформи во сите законодавства и за воведување на концептот на joint legal custody and joint physical custody. Во наредново излагање ќе се задржиме на истражувањата кои укажуваат на негативните последици од разводот на брак за децата (пред се поради доверувањето на децата на едниот родител, најчесто мајката и отсуството на таткото во нивниот психосоцијален развој).

Истражувања за влијанието на разводот врз децата

Во втората половина на XX век во европските земји почна да се напушта концептот според кој децата по разводот на бракот во најголем број случаи се доверуваа на мајката, при што за таткото беше предвидено само правото да одржува лични контакти со детето и обврска да плаќа издршка (токму овој модел сеуште постои во македонското семејно законодавство). Една од основните причини за оваа трансформација беа и бројните истражувања кои покажаа дека улогата на таткото има големо значење за правилниот психосоцијален развој на детето, и дека „најдобриот интерес на детето“ не може да се оствари доколку таткото

родителство како начин детето да одржи силни и длабоки врски со двајцата родители. Поделеното родителство исто имаше за цел да се надминат траумите што децата ги доживуваа при разводот на бракот и да се избегне означувањето на едниот родител кој го нема старателството како „посетител“ на неговото дете”. DiFonzo, *op. cit.*, note 28, 1009.

³⁰ Во Италија во 1960 година само 30,1% од жените на возраст помеѓу 25 и 29 години биле вработени, а во 1990 година тој процент се покачил на 65,1. Во истиот овој период, процентот на вработени жени на возраст помеѓу 25 и 29 години во Франција се зголеми од 45,6% на 80,5%, а во Данска од 38,7% на 80,5%. Види Мицковиќ, *op. cit.*, стр.190.

³¹ Во Основачкиот акт на феминистичкото движење за еднакви права NOW (The National Organization for Women) се истакнува дека “Ние сметаме дека вистинско партнерство помеѓу родовите бара и поинаков концепт на бракот, како и еднакво делење на одговорностите за домаќинството и за децата”. Види Mason, *op. cit.*, стр. 455.

³² Види Elrod and Dale, *op. cit.*, стр. 391.

е во голема мера или целосно исклучен од процесот на образованието и воспитанието на детето. Во оваа смисла Lamb истакнува дека „Децата чии татковци се многу ангажирани во нивниот развој се карактеризираат со зголемена когнитивна способност, поголема емпатија, помала ригидност во сексуалните улоги и поголема самоконтрола.“³³ Според Le Camus детето кога е уште мало треба да биде одвоено од „симбиозата“ со мајката, поради тоа што долгото задржување на состојбата на фузија помеѓу мајката и детето може негативно да се одрази на неговиот психолошки развој.³⁴ Овој автор посебно укажува дека интензивната интеракција помеѓу таткото и машкото дете, кога тоа е на шестгодишна возраст, резултира со тоа „Овие деца да се посигурни во присуство на непознати лица, да имаат подобри перформанси на вокален план и при извршување на мануелни задачи од бебињата кои немале континуирано присуство на таткото“.³⁵ Според бројни автори, детето се приврзува кон таткото на ист начин како и кон мајката уште од најрана возраст,³⁶ така што не постои природна или „вродена“ способност на мајката поуспешно да ја врши родителската улога.³⁷ Во оваа смисла Lamb вели: „Со исклучок на доењето, не постои доказ дека жените имаат биолошки предиспозиции да бидат подобри родители отколку мажите. Општествените правила, а не биолошките императиви ја даваат основата на традиционалната поделба на родителските улоги“.³⁸

Значењето на таткото за правилниот психолошки и социјален развој на детето и за негова правилна социјализација се гледа не само во текот на бракот, туку особено во случај на развод на бракот.³⁹ Ова е особено

³³ Види Michael E. Lamb et al., *The changing role of father; in The father's role : applied perspectives* (Wiley, New York, 1986), стр.17.

³⁴ Види Jean, Le Camus, *Pères et bébés*, (L'Harmattan, Paris, 1998), стр. 169.

³⁵ Види Jean Le Camus, *Le vrai rôle du père*, (Odile Jacob, Paris, 2000), стр. 96.

³⁶ Во едно дело објавено во 1996 година, докторот Ламб направил сумирање на сознанијата за влијанието на таткото за развојот на детето. Во оваа смисла тој пишува дека „Постојат значајни докази дека новороденчињата формираат чувство на приврзаност како кон мајката така и кон таткото во исто време во текот на првата година од животот“ Види Michael E. Lamb, *The development of Father-Infant Relationship; in The role of the fathers in Child development*; 3e edition, (John Wisley, New York, 1996), стр. 119.

³⁷ Во овој контекст Brazelton and Cramer истакнуваат дека “Кога таткото е реално присутен (физички и географски) бебињата покажуваат способност за приврзаност кон него речиси во исто време како и кон мајките”. Види Brazelton T.B et Cramer B., *Les premiers liens*, (Stock, Paris, 1990), стр.54.

³⁸ Види Lamb, *op. cit.*, стр.120.

³⁹ Според Wallerstein и Blakeslee “Истражувањата покажуваат дека добрите односи татко – дете може да имаат круцијално значење за психолошката благосостојба и самодовербата кај децата по разводот на брак. Алтернативното сместување е предвидено за да ја задржи круцијалната улога на татковците во образованието на децата“. Види

значајно, поради фактот дека голем број истражувања во изминативе неколку децении покажаа дека разводот на брак има негативни последици врз децата. Во таа смисла, Амато наведува дека „Децата од разведени семејства, како група, имаат понизок скор за различен број индикатори за нивната благосостојба, од децата чии родители се во брак“.⁴⁰ Според овој автор, основни причини за негативното влијание на разводот на брак врз децата се нарушување на односите помеѓу родителите и децата, недостаток од емотивна поддршка, постојани конфликти помеѓу родителите, економски тешкотии и други негативни последици, како што е менувањето на домот во кој детето живеело.⁴¹

Причините поради кои разводот влијае негативно врз децата, кои ги наведува Amato, се потврдени и од голем број други истражувачи. Со зголемување на бројот на разводи во сите западни земји, направени се голем број социолошки истражувања за да се утврди како разводот на брак влијае врз децата. Во овие истражувања како основни причини за негативно влијание на разводот врз децата се наведуваат конфликтите помеѓу родителите,⁴² промените во структурата на семејството, отсуството на таткото, економските проблеми и промените во семејните процеси, како што се конфликтите и искажувањето на емоции.⁴³ Според Bjamason и Amarasson: “Разведените родители имаат тешкотии да ги надгледуваат нивните деца, соодветно да ги дисциплинираат и да им даваат топлина и внимание. Родителското време и внимание не е толку присутно по разводот на бракот и може да води кон негативни последици за децата по разводот на бракот“.⁴⁴ Една од основните причини за

Judith S. Wallerstein, Sandra Blakeslee, *Second chances: men women and children a decade after divorce*, (Bantam, London, 1989), стр. 274.

⁴⁰ Види Paul. R. Amato, The Consequences of Divorce for Adults and Children, 62 *Journal of Marriage and the Family* (Novembe 2000), стр.1282.

⁴¹ Види Amato, *Ibid.*, стр.1282.

⁴² Fransson истакнува дека “Факторите како што се конфликтот помеѓу родителите и недостигот на економски ресурси придонесуваат за понизок степен на благосостојба на родителите кои живеат одвоено Види Emma Fransson et all., Psychological complaints among children in joint physical custody and other family types: Considering parental factors, *Scandinavian Journal of Public Health* (2016), стр.177.

⁴³ Види Robert Bauserman, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, 16 (1) *Journal of Family Psychology* (2002), стр.91.

⁴⁴ Види Thoroddur Bjamason, Arsaell M. Amarsson, Joint Physical Custody and Communication with Parents: A Cross-National Study of Children in 36 Westem Countries, 42(6) *Journal of comparative family studies* (2011), стр. 871. Во оваа смисла и Lamb et all. истакнуваат дека „Општо земено, најголемиот број на деца по разводот на бракот се соочуваат со драматично полоша економска состојба, напуштање (или страв од напуштање) од страна на едниот родител, со намален капацитет на родителите да придонесуваат конструктивно за потребите на децата (поради тоа што се преокупирани

ваквите негативни последици од разводот врз малите деца е стресот со кој е соочена мајката во текот на разводот, поради што таа не е способна да ја извршува правилно родителската функција.⁴⁵ Некои истражувања покажуваат дека децата од разведени родители имаат повеќе проблеми во социјалните врски од останатите деца. Во оваа смисла Lansford истакнува дека „Истражувањата покажуваат дека децата чии родители се разведени имаат почести проблеми во однесувањето, послаби резултати во училиштето и поголеми проблеми во социјалните врски отколку децата чии родители не се разведени”.⁴⁶

Истражувања за влијанието на joint physical custody врз child well-being

Моделот на вршењето на родителското право по разводот на бракот, кој беше прифатен се до 80 тите години на минатиот век, и според кој децата најчесто беа доверувани на мајката, а таткото имаше обврска да плаќа издршка и право да одржува повремени контакти со децата, како што видовме, доведе до крајно негативни последици за психосоцијалниот развој на децата. Поради тоа, во последниве децении голем број земји започнаа сериозни реформи на моделот на вршење на родителското право по разводот на брак, и освен прифаќањето на заедничкото вршење на родителското право (joint legal custody, кое подразбира еднакви права и обврски на родителите и по разводот на бракот) да го прифаќаат и моделот на поделено родителство (joint physical custody).

Поделеното родителство, како модел, треба да се разграничи од концептот на заедничко вршење на родителското право (joint legal custody), кој најчесто е само првиот чекор кон воведување на моделот на поделеното родителство. Во оваа смисла Buchanan и Jahromi истакнуваат дека “Доверувањето на заедничкото вршење на родителското право (доверувањето и на двајцата родители право да донесуваат одлуки за детето) мора да се разликува од доверувањето на поделеното родителство

со психолошки, економски и социјални грижи и стрес поврзан со разводот) и со намален контакт со многу потенцијални извори на поддршка (пријатели, соседи, учители. . .). Види Michael E. Lamb, Kathleen J. Sternberg, Ross A. Thompson, The Effects of Divorce and Custody Arrangements on Children’s Behavior, Development and Adjustment, 35 (4) *Family and Conciliation Courts Review*, (1997), стр. 395.

⁴⁵ Види Cynthia Osborne, Sara McLanahan, Partnership Instability and Child Well-Being, 69 *Journal of Marriage and Family* (November 2007), стр. 1079.

⁴⁶ Jeniffer E. Lansford, Parental Divorce and Children’s Adjustment, 4 *Perspectives on Psychological Science* (2009), стр. 149.

(кое подразбира и двајцата родители да имаат право да поминуваат голем дел од времето со нивните деца”.⁴⁷ Заедничкото вршење на родителското право (joint legal custody) подразбира родителите да имаат еднакви права и обврски кога се носат одлуките за иднината на детето, неговото школување, лекување и други значајни прашања. Овој модел претставува напуштање на концепцијата според која едниот родител (кај кој е доверено детето на чување и воспитување) ги носи најзначајните одлуки за иднината на детето, а другиот има само право да одржува лични контакти и да плаќа издршка и подразбира доверување на еднакви права на родителите да одлучуваат за детето, без разлика дека детето живее кај едниот родител. Моделот на заедничко вршење на родителското право и натаму се базира на доверување на детето (физички да престојува) на едниот родител, но ги изедначува правата и обврските на родителите во однос на детето. Со тоа се укинува концепцијата според која постоеше „родител од прва категорија, со поголеми права“, на кого му беше доверено старателството на детето, и „родител од втора категорија, со помали права“, кој не го добиваше старателството и се воведо правно изедначување на родителите.

Поделеното родителство (joint physical custody) е модел на вршење на родителското право по разводот на бракот кој оди чекор понатаму од заедничкото вршење на родителското право и се базира на тоа детето да поминува значаен дел од времето и во домот на мајката и во домот на таткото. Со поделеното родителство законодавците се обидуваат да ги надминат недостатоците на стариот модел на вршење на родителското право по разводот на бракот, кој постоеше во сите западни земји во последниве 100 години и според кој децата по разводот на брак најчесто се доверуваа на мајката. Во оваа смисла Вјарнасон и Армасон истакнуваат дека “Барањето за поголема инволвираност на татковците во животот на нивните деца по разводот на бракот во многу земји доведе до длабоки промени, како во правната рамка за вршење на родителското право, така и во актуелната родителска пракса”.⁴⁸ Притоа, joint physical custody не подразбира дека детето треба задолжително да поминува подеднакво време и кај таткото и кај мајката. Некои автори наведуваат дека кај joint physical custody детето треба да поминува од 25% до 33% од времето кај едниот родител,⁴⁹ додека други сметаат дека детето треба да поминува најмалку 35% од времето кај едниот родител, а типично поблиску до 50%

⁴⁷ Christy M. Buchanan, Parissa L. Jahromi, A Psychological Perspective on Shared Custody Arrangements, 43 *Wake Forest Law Review* (2008), стр. 422.

⁴⁸ Види Вјамасон and Армасон, *op. cit.*, стр. 872.

⁴⁹ Christy M. Buchanan, Parissa L. Jahromi, *op. cit.*, стр. 422.

од времето.⁵⁰ Сепак, основна карактеристика на поделеното родителство е во тоа што кај овој модел на вршење на родителското право по разводот на брак детето има „два дома“ и значаен дел од времето поминува и со двајцата родители.⁵¹ Овој модел на вршење на родителската одговорност по разводот на брак е најзастапен во САД и во Нордиските земји во Европа.⁵² Основна цел на воведувањето на поделеното родителство по разводот на бракот беше желбата да се оствари најдобриот интерес на детето.⁵³ Во оваа смисла Robert Emery наведува дека: “Во секоја смисла, поделеното родителство е идеален аранжман за децата затоа што тие и понатаму имаат двајца родители кои се во голема мера инволвирани во нивниот живот”.⁵⁴

Воведувањето на моделот на поделено родителство по разводот на брак во поголем број законодавства во Европа и во САД, покрај другото, беше резултат и на бројни истражувања кои имаа за цел да утврдат дали овој модел позитивно влијае на благосостојбата на децата по разводот на бракот. Во еден текст чија цел била „Да се направи мета-анализа на извештаите за прилагодувањето на децата кои директно ги споредуваат децата кои се доверени само на едниот родител со децата кои живеат со прифаќање на моделот на поделено родителство по разводот на бракот”⁵⁵ Bauserman наведува дека „Децата во поделено родителство се подобро прилагодени од децата кои живеат само со едниот родител“.⁵⁶ Во една

⁵⁰ Linda Nielsen, Shared Physical Custody: Does It Benefit Most Children? 28 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* (2015), стр. 80.

⁵¹ Во оваа смисла Hakovirta и Rantalaiho истакнуваат дека “Поделеното родителство не бара децата да поминуваат половина време со едниот, а другата половина со другиот родител. Напротив, различни аранжмани се можни по разводот на брак или по разделбата на родителите. Прецизниот аранжман може да варира од семејство до семејство и поделеното родителство се однесува на квалитетот на врската, а не само на времето што детето го поминува со секој родител”. Види Mia Hakovirta и Minna Rantalaiho, Family Policy and Shared Parenting in Nordic Countries, 13 (2) *European Journal of Social Security*, (2011), стр.250.

⁵² Според Nielsen поделеното родителство се искачило на 30%, во Франција на 20%, а во Шведска на 50% од сите случаи. Види Nielsen, *op. cit.*, стр. 81.

⁵³ Според Turunen најдобриот интерес на детето бил основен мотив за реформите на законодавството во Шведска и за воведување на joint physical custody. Во оваа смисла Turunen наведува дека „Во шведското законодавство промовирањето на моделот на поделено родителство се базираше на најдобриот интерес на детето и на неговата потреба да одржува блиски односи и со двајцата родители по разводот на бракот. “. Види Jani Turunen, Shared Physical Custody and Children’s Experience of Stress, 24 *Families and Societies Working Paper Series* (2015), стр.3.

⁵⁴ Види Christy M. Buchanan, Parissa L. Jahromi, *op. cit.*, стр. 425.

⁵⁵ Bauserman, *op. cit.*, стр. 92.

⁵⁶ *Ibid.*, стр.97. Според Bauserman “Овие резултати се во согласност со хипотезата дека

студија спроведена во 36 западни земји за степенот на задоволството на децата кои живеат во семејства со различна структура, утврдено е дека децата кои живеат во домот и на таткото и на мајката имаат степен на животно задоволство сличен на оној што го имаат децата кои живеат со двајцата родители, а поголем од степенот на задоволството на децата кои живеат само со еден родител или со родител и очув или маќеа.⁵⁷ Освен степенот на задоволството, и комуникацијата на децата кои живеат во модел на поделено родителство со родителите е подобра или еднаква на онаа што ја имаат децата со родителите кои не се разведени, а подобра е од комуникацијата што ја имаат децата со родителите по разводот на брак кога живеат со едниот родител.⁵⁸

Истражувањата покажуваат дека joint physical custody поволно влијае за психолошкиот развој на децата по разводот на брак. Според Fransson овие деца немаат поголеми психолошки проблеми отколку децата кои живеат со двајцата родители, за разлика од децата кои живеат само со еден родител и кои имаат поголеми психолошки проблеми.⁵⁹ Освен тоа, оние деца кои живеат и со двајцата родители по разводот на брак имаат помалку здравствени проблеми и проблеми во однесувањето од децата кои живеат само со едниот родител.⁶⁰ Во едно истражување во САД, спроведено во државата Висконсин, се покажало дека 590 деца кои живееле во joint physical custody биле помалку депресивни, имале помалку здравствени проблеми, помалку биле изложени на стрес и биле позадоволни со нивниот животен аранжман отколку 590 деца кои живееле само со едниот родител.⁶¹ Освен позитивни последици за децата поделеното родителство има и поволно влијание врз родителите по разводот на бракот. Овој модел на вршење на родителската одговорност по разводот овозможува да се надмине преоптовареноста со работа на родителот кој сам го врши родителското право, тој дава поголема флексибилност на родителите на работното место, ја зголемува соработката помеѓу родителите

поделеното родителство одговара на децата од сите социоекономски категории. *Ibid.*, стр.98.

⁵⁷ Thoroddur Bjarnason et al., Life Satisfaction Among Children in Different Family Structures: A Comparative Study of 36 Western Societies, 26 *Children & Society* (2012), стр. 52.

⁵⁸ Bjarnason and Amarsson, *op. cit.*, стр. 885.

⁵⁹ Fransson, *op. cit.*, стр. 177.

⁶⁰ Види Asa Carlsund et al., Risk behaviour in Swedish adolescents: is shared physical custody after divorce a risk or a protective factor? 23(1) *European Journal of Public Health* (2012), стр. 3.

⁶¹ *Ibid.*, стр. 106.

и ги намалува конфликтите и потенцијалните судски спорови околу старателството над децата.⁶²

И покрај одредени критики кон joint physical custody, може да се заклучи дека овој модел на вршење на родителските одговорности по разводот на брак одговара на принципот за почитување на најдобриот интерес на детето, во многу поголема мера отколку моделот според кој детето по разводот на брак било доверувано на едниот родител (најчесто мајката). Овој модел веќе не е прифатен само од страна на највисоките социоекономски слоеви и од родителите со највисоко образование, туку тој постепено се прифаќа и од страна на сите други социјални слоеви.⁶³ Освен тоа, заедничкото вршење на родителската одговорност по разводот на брак одговара и за оние родители меѓу кои постои одредено ниво на конфликт (но не сериозен конфликт), особено доколку се земе предвид дека истражувањата покажуваат дека степенот на конфликт кај родителите кои го прифаќаат моделот на поделено родителство е помал отколку кај паровите кај кои децата се доверуваат на чување само кај едниот родител.⁶⁴ Во случаите кога се определува заедничко старателство по разводот на бракот, тоа доведува до поголемо вклучување на таткото во вршењето на родителските одговорности, а и трошоците за чување и издржување на децата се поеднакво распоредени помеѓу родителите, отколку кога само едниот го има старателството врз децата, а другиот плаќа издршка.⁶⁵ Сепак, најголемо позитивно влијание за децата од joint physical custody, (поради што, како што покажуваат најголем број истражувања, тие не се разликуваат во голема мера во однос на сите значајни критериуми за правилен психосоцијален развој од децата кои живеат со двајцата нивни родители) лежи во фактот што тие имаат интензивни и блиски врски со двајцата родители по разводот на бракот.⁶⁶

⁶² Види Turunen, *op. cit.*, стр. 3.

⁶³ Во оваа смисла Brunet, Kertudo and Marsan истакнуваат дека алтернативното живеење на детето не е резервирано само за највисоките социјални слоеви. Во нивното истражување голем дел од родителите кои го применувале овој модел спаѓале во средната класа, а не бил занемарлив и бројот на оние кои биле од работничката класа. Види Florence Brunet, Pauline Kertudo, Sylvie Marsan, Etude sociologique sur la residence en alternance des enfants des parents séparés, 109 *FORS Recherche Social* (2008), стр.85.

⁶⁴ Bauserman, *op. cit.*, стр. 98.

⁶⁵ Bjamason and Amarsson, *op. cit.*, стр.885.

⁶⁶ Во оваа смисла Nielsen вели: “Една од најпозитивните последици поврзани со поделеното родителство е тоа што детето ќе одржи односи полни со љубов и со внимание и со двајцата родители “. Види Nielsen, *op. cit.*, стр.136.

Воведување на заедничкото вршење на родителското право и поделеното родителство по разводот на бракот во правниот систем на Република Македонија

Во последниве неколку децении, кога во европските законодавства почна да се прифаќа и да добива се поголемо значење концептот на најдобриот интерес на детето се извршија две значајни реформи во однос на правното регулирање на вршењето на родителското право по разводот на бракот.⁶⁷ Со првата реформа се овозможи заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот или по разделбата на брачните партнери (joint legal custody). Почнувајќи од 80 тите години на минатиот век, голем број европски законодавства предвидуваат дека родителите имаат еднакви права и обврски во однос на децата и дека заеднички го вршат родителското право по разводот на брак, независно од тоа кај кој родител е доверено детето на чување и воспитување. Оваа реформа имаше за цел да ја надмине состојбата според која едниот родител (најчесто мајката) која го добиваше старателството на детето се сметаше како „родител од прв ред“ со повеќе права, а другиот, најчесто таткото, како „родител од втор ред“. Реформата беше мотивирана од најдобриот интерес на детето, како и од истражувањата кои покажуваа дека најголемите негативни последици од разводот на бракот се состојат во намалувањето или прекинот на активното учество на таткото во процесот на социјализација и психосоцијален развој на детето по разводот на бракот. Оваа реформа беше извршена во Франција, Италија, Велика Британија, Германија, Швајцарија, Холандија, Чешка, во Скандинавските држави и во голем број други европски законодавства⁶⁸.

⁶⁷ Подетално за реформите во вршењето на родителското право по разводот на бракот во европските земји види кај Dejan Mickovik, Angel Ristov, Parental rights and responsibilities after divorce in Macedonia, International Survey of Family Law, 2013; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Вршењето на родителското право по разводот на брак во македонското семејно право“, *Годишник во чест на проф. Гале Галев*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2014; Dejan Mickovik, Angel Ristov, Family law in the Civil Code of the Republic of Macedonia, Journal of Civil & Legal sciences, Volume 5, Issue 1, 2016; Дејан Мицковиќ, Вршење на родителското право по разводот на брак во македонското и во споредбеното право, *Јуридика Прима*, Институт за правно економски истражувања и едукација, Охридска школа на правото 2017, Ефективна заштита на човековите права и слободи: реалност или идеал, Стоби Трејд, Скопје, 2017.

⁶⁸ Види повеќе кај Дејан Мицковиќ, Вршење на родителското право по разводот на брак во македонското и во споредбеното право, *Јуридика Прима*, Институт за правно економски истражувања и едукација, Охридска школа на правото 2017, Ефективна заштита на човековите права и слободи: реалност или идеал, Стоби Трејд, Скопје, 2017, стр. 81.

Втората реформа во вршењето на родителското право по разводот на бракот во европските земји се состоеше во воведувањето на моделот на поделено родителство по разводот на бракот (joint physical custody). Како што беше кажано, со овој модел се овозможуваше детето да поминува подеднакво време, или голем дел од времето и во домот на таткото и во домот на мајката. Поделеното родителство во европските законодавства се воведува кога за тоа се исполнети одредени услови, кои најчесто се поврзуваат со согласноста на родителите, како и одобрение од страна на судот, кој мора да се увери дека поделеното родителство во конкретниот случај е во најдобар интерес на детето. Поделеното родителство се воведе откако голем број социолошки истражувања недвосмислено покажаа дека разводот предизвикува негативни последици во психосоцијалниот развој на децата, пред се поради намалувањето на присуството и улогата на таткото во животот на детето и во процесот на неговото образование и воспитување. Освен тоа, истражувањата покажаа дека кога се прифаќа моделот на поделено родителство, децата по разводот на бракот, во сите аспекти на нивниот живот, не се разликуваат во голема мера од децата кои живеат со двајцата родители. Поделеното родителство е предвидено во голем број европски законодавства, како во Франција,⁶⁹ Велика Британија,⁷⁰ Италија,⁷¹ а во последниве години поделеното родителство по разводот на бракот се прифаќа и во земјите во нашиот регион, како во Хрватска⁷² и Словенија.⁷³

Во Република Македонија од 1992 година, кога беше донесен Законот за семејство не е извршена никаква реформа во однос на вршењето на

⁶⁹ Француското законодавство, во член 373-2 од Граѓанскиот закон, предвидува заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот како основен принцип. Со Законот од 2002 година се предвидува дека детето може да живее алтернативно кај едниот, а потоа кај другиот родител по разводот на бракот, односно да има две живеалишта. Двајцата родители можат да постигнат спогодба детето да живее определено време кај едниот, а потоа кај другиот родител по разводот на бракот. Оваа спогодба ќе произведе правно дејство доколку биде одобрена од страна на судот, кој треба да утврди дали оваа спогодба одговара на интересите на детето.

⁷⁰ Поделеното родителство е регулирано во Children's Act, каде што се предвидува дека „Кога одлуката за живеалиштето на детето е донесена во корист на две или повеќе лица, кои не живеат заедно, во одлуката се определува и периодот кој детето ќе го поминува во секое домаќинство“. Section 11 (4) Children's Act.

⁷¹ Со Законот n.54/2006 поделеното родителство беше прифатено како основен модел за вршење на родителското право по разводот на бракот. Види повеќе кај Federica Giardini, Joint Custody of Children in Separation and Divorce: The Current Law in Italy: An Overview of the Law and how it is Applied, International Survey of Family Law, 2014.

⁷² Obiteljski Zakon republike Hrvatske (Official Gazette of RH, 103/2015).

⁷³ Zakon o zakonski zvezi in družinskih razmerjih (Uradni list RS, št. 69/04).

родителското право по разводот на брак, и покрај тоа што во европските земји, како што беше наведено, во овој период се извршени две значајни законодавни реформи во оваа област. Македонскиот законодавец многу инертно се однесува кон ова прашање, и покрај тоа што бројот на разведени бракови во Македонија постојано расте,⁷⁴ а вршењето на родителското право по разводот на бракот доведува до големи конфликти во праксата, што крајно негативно се одразува врз психосоцијалниот развој на децата по разводот на бракот. Во Законот за семејството се предвидува дека родителското право им припаѓа подеднакво и на таткото и на мајката,⁷⁵ како и дека родителското право родителите го вршат заеднички и спогодбено.⁷⁶ И покрај овие начелни одредби, со кои се предвидува еднаквост на родителите, по разводот на бракот законот го задржува стариот модел,⁷⁷ според кој детето се доверува на чување и воспитување на едниот родител, така што во Законот за семејството (за разлика од најголемиот број европски законодавства) не се предвидува изречно дека родителите и по разводот на бракот заеднички ќе го вршат родителското право и ќе ги носат рамноправно и спогодбено сите значајни одлуки за детето. Овој застарен концепт на вршење на родителските одговорности по разводот на бракот не одговара на најдобриот интерес на детето, кое има потреба да има интензивни контакти и со двајцата родители по разводот и тие и двајцата да учествуваат активно во процесот на неговото образование.⁷⁸ Поради тоа, сметаме дека се неопходни реформи во регулирањето на вршењето на родителските одговорности по разводот на бракот и прифаќање на експлицитна одредба во законот дека родителите и по разводот на бракот или престанокот на заедничкиот живот заеднички и спогодбено го вршат родителското право и се рамноправни при носењето

⁷⁴ Во Македонија во 1995 година имало 710 разводи, а во 2015 година 2045 разводи. Види Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право* (Skopje, Stobi Trejd, 2015), стр. 50.

⁷⁵ Член 45 став 1 од Законот за семејството.

⁷⁶ Член 76 став 1 од Законот за семејството.

⁷⁷ Во член 80 од Законот за семејство се предвидува дека “Со пресудата со која се разведува бракот судот ќе одлучи за чувањето, воспитувањето и издржувањето на заедничките деца. Ако родителите не се спогодиле за ова или ако нивната спогодба не одговара на интересите на децата, судот, откако ќе прибави мислење од Центарот за социјална работа и ќе ги испита сите околности, ќе одлучи дали децата ќе останат на чување и воспитување кај еден родител или некои ќе останат кај мајката, а некои кај таткото или сите ќе бидат доверени на некое трето лице или установа. Родителот на кого не му се доверени децата има право да одржува лични односи и непосредни контакти со нив, ако судот не определи поинаку со оглед на интересите на децата.”

⁷⁸ Дејан Мицковиќ, Вршење на родителското право по разводот на брак во македонското и во споредбеното право, *Јуридика Прима, Институт за правно економски истражувања и едукација, Охридска школа на правото 2017, Ефективна заштита на човековите права и слободи: реалност или идеал, Стоби Трејд, Скопје, 2017, стр. 84.*

на сите значајни одлуки поврзани со правата и интересите на децата. Заедничкото вршење на родителските одговорности и по разводот на бракот е од интерес и на таткото, и на мајката и на децата.⁷⁹

Во реформата на семејното право, која е во тек, со подготовката на Граѓанскиот закон на република Македонија, треба да се предвиди дека родителите имаат обврска да подготват заеднички и спогодбено „родителски план“ за сите аспекти на вршење на родителските одговорности, како што се прашањата каде детето ќе живее, кој од родителите колку ќе придонесува за издржување на детето, како ќе се одржуваат личните контакти на родителот со кој детето не живее и детето и други прашања кои се значајни за вршење на родителските одговорности по разводот на бракот. Притоа, овој родителски план треба да биде задолжителен за сите видови на развод, а не само за разводот со заедничка согласност, како што е тоа предвидено во Законот за семејството. Доколку родителите не можат да се согласат за родителскиот план, треба да се предвиди медијација, во рамките на која на родителите би им била обезбедена помош за надминување на разликите и на постигнување на договор за родителскиот план.⁸⁰

Покрај воведувањето на заедничкото вршење на родителското право по разводот на бракот, сметаме дека, тргнувајќи од најдобриот интерес на детето, во македонското законодавство треба да се воведат и можноста за поделено родителство по разводот на бракот. Оваа реформа, како што веќе беше наведено, е воведена во голем број европски законодавства и таа се базира на огромен број социолошки истражувања кои покажаа дека токму овој модел на вршењето на родителското право по разводот на бракот најдобро одговара на интересите на децата и предизвикува

⁷⁹ Според Marjorie Lindner Gunnoe и Sanford L. Braver користи од заедничкото вршење на родителското право и по разводот на брак за таткото се состои во помало чувство на емотивна загуба, депресија, бес и дисконтиунитет во вршењето на родителската улога. Користа за мајката се состои во поголемата подготвеност на таткото да плаќа издршка за детето, поголема помош во грижата за детето и повеќе време за професионален развој на мајката. Користа за детето од заедничкото вршење на родителското право по разводот на брак е во остварувањето на подобри врски со двајцата родители, подобра кооперација помеѓу родителите во вршењето на родителските обврски и подобро прилагодување на детето по разводот на брак. Види повеќе кај Marjorie Lindner Gunnoe and Sanford L. Braver, *The Effects of Joint Legal Custody on Mothers, Fathers, and Children Controlling for Factors That Predispose a Sole Maternal versus Joint Legal Award*, *Law and Human Behavior, Special Issues on Children, Families, and the Law*, 25 (1)(2001), стр. 26.

⁸⁰ Види Дејан Мицковиќ, *Вршење на родителското право по разводот на брак во македонското и во споредбеното право*, *Јуридика Прима*, Институт за правно економски истражувања и едукација, Охридска школа на правото 2017, Ефективна заштита на човековите права и слободи: реалност или идеал, Стоби Трејд, Скопје, 2017, стр. 87.

најмали психосоцијални проблеми за децата по разводот на бракот. Овој модел, според кој децата поминуваат подеднакво (или значајно) време и во домот на таткото, и во домот на мајката овозможува да се надмине најголемиот проблем по разводот на бракот-а тоа е губењето на контактот на детето со едниот родител (најчесто таткото), кој недоволно беше присутен во процесот на социјализација на детето. Од тие причини, сметаме дека и во Македонија е потребно да се воведат овој модел. Тој би требало да се базира на согласност на родителите, кои би го прифатиле пред се во интерес на нивните деца. Освен тоа, и судот би требало да ја потврди согласноста на родителите за поделено родителство, имајќи ги предвид специфичностите на секој конкретен случај и интересите на децата.

Со воведувањето на заедничкото вршење на родителското право по разводот на бракот и со можноста да се примени и моделот на поделено родителство македонското законодавство ќе направи значаен чекор напред во реформите во еден од најсензитивните делови на семејното законодавство-вршењето на родителското право по разводот на бракот. Со ова, тоа ќе се приближи до современите европски законодавства и ќе овозможи да се оствари најдобриот интерес на децата во случај на развод на брак – а тоа е тие да поминуваат доволно време и да одржат интензивни, чести и длабоки врски и со двајцата родители по разводот на брак, што најдобро одговара на нивните суштински интереси и потреби.

Резиме

Во сите европски земји, како и во Република Македонија, во последниве децении доаѓа до драматичен пораст на бројот на разведените бракови, што доведува до сериозни последици за психосоцијалниот развој на децата чии родители се разведуваат. Поради тоа, едно од најсложените прашања кои се поставуваат пред законодавците при регулирањето на последиците од разводот на бракот е вршењето на родителското право по разводот на бракот. Во европските законодавства долго време доминирала концепцијата според која по разводот на бракот децата се доверувале на едниот родител (најчесто мајката), а другиот имал право да одржува лични контакти со децата и обврска да плаќа издршка. Овој модел на вршењето на родителското право по разводот на бракот се покажал како штетен за благосостојбата и за правилниот психосоцијален развој на децата и тој се напушта во најголемиот број европски законодавства, кои пред повеќе

децени го прифаќаат моделот на заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот, а во последно време и концептот на поделено родителство, според кој децата по разводот поминуваа еднакво време и со едниот и со другиот родител, што значи дека живеат не во еден, туку во два дома. Во Република Македонија сеуште доминира застарената концепција за вршење на родителските права по разводот на бракот, воведена со Законот за семејството уште во 1992 година, според која децата по разводот на бракот се доверуваат на едниот родител, а другиот има право да одржува лични контакти со нив. Во текстот авторот го анализира моделот на заедничкото вршење на родителските права по разводот на бракот прифатен во повеќето европски законодавства и дава предлог овој модел да се прифати и во законодавството на Република Македонија. Освен тоа, тој прави и разграничување на концептот на заедничко вршење на родителското право по разводот на бракот и концептот на поделено родителство, кои често се поистоветуваат, и покрај тоа што се работи за сосема различни концепти. Авторот укажува на предностите на поделеното родителство по разводот на бракот кои се потврдени со сите релевантни социолошки истражувања и предлага и овој модел на вршење на родителското право по разводот на бракот да се воведи во семејното законодавство на Република Македонија, со што нашето законодавство ќе се усогласи со основните тенденции во законодавствата на европските земји. Според авторот, оваа реформа е неопходна поради тоа што со неа ќе се обезбеди поголема заштита на правата и на интересите на децата во случај на развод на брак.

Д-р Ана Павловска-Данева*
Д-р Ивана Шумановска-Спасовска**
Д-р Елена Давитковска***

АГЕНЦИИТЕ – РЕАЛНА ПОТРЕБА ИЛИ МОДА

UDK: 35.075.6:005.332.5(497.7)
Original research paper

Абстракт: Во Република Македонија од 2000 година до денес 2018 година се основани околу 50 самостојни органи. Кога зборуваме за самостојните органи во оваа група ги вбројуваме трите вида на самостојни органи, а тоа се самостојните органи на државна управа, независните органи и регулаторните тела. Овие органи претставуваат хетерогена појава, на кои со посебни закони кои се носат со обично мнозинство им се врши пренос на овластувања и одговорности од соодветна област. Овие органи се структурално издвоени и автономни од органите носители на законодавната, судската и извршната власт, па оттука како предмет на истражување во овој труд е да се утврди нивната положба во системот на поделба на власта, кое е разграничувањето помеѓу овие органи и утврдување на причините за нивен постојан пораст кој влијае на хиперпродукција на јавните органи. Имено, дали самостојните органи се реална потреба или мода во Република Македонија? Дали постојат конкретни утврдени правила и критериуми врз основа на кои се одлучува кога и на кој начин ќе се основа еден орган, каква е финансиската реперкусија со основањето на истите и дали над овие органи може да се спроведе контрола над ефективноста во нивното работење? При тоа, како основна цел на истражувањето е да се укаже на потребата од донесување на посебен закон со кој ќе се уредат основните стандарди и принципи за работењето на независните органи како и утврдување на критериуми кои треба да се исполнат за да може да се основа независен орган. Едноставно постои

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

** Вонреден професор на Економскиот институт во Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“

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

потреба од унифицирани критериуми, посебно во однос на статусот на вработените, одговорноста, платите и сл. Ова од друга страна укажува дека е потребна нивна рационализација на која би претходеле детална функционална и институционална анализа. Односно потребно е да се утврди економската и финансиската целесходност на основање на регулаторните тела и да не се создава преклопување на надлежностите помеѓу повеќе органи.

Клучни зборови: регулаторни тела, независни органи, државна управа, јавна управа, агенции.

1. Положбата на самостојните органи во системот на поделба на власта во Република Македонија

Значењето и улогата на органите на јавна управа се менува во коралација со новите општествено економски и политички случувања во едно општество. Па така од модел на класична државна управа каде управата се појавува како власт, со развојот на демократските и пазарните вредности се трансформира во модел заснован на концептот на нов јавен менаџмент. Основната карактеристика во овој период е што управата во своето работење се повеќе треба да ги применува пазарните вредности, а улогата на граѓанинот од поданик се трансформира во корисник или клиент на услугите кои ги обезбедуваат органите на управата. Она што е во тренд последниве децении е се почестата функционална децентрализација на органите на управата, каде дел од дејностите се пренесуваат на т.н. независни органи. Овој период е карактеристичен како модел на агенцификација, што подразбира дека надлежностите кои можат поефикасно, поажурно, поквалитетно и надвор од политичките влијанија да се извршуваат од страна на друг орган, а во кој се вработени лица кои се специјализирани за одредена област се пренесуваат на овие органи. Ваквите тела во теоријата и практиката се среќаваат под различни називи, и тоа, како независни органи или регулаторни тела, а се формираат како агенции или комисии во зависност од органот на одлучување.

Во Република Македонија со Уставот на РМ од 1991 година е прифатено начелото на тројната поделба на власта, помеѓу законодавната, судската и извршната власт. Согласно овој принцип законодавната функција ја извршува Собранието на Република Македонија, судската – основните и апелационите судови, Управниот и Вишиот управен суд, Врховниот суд на РМ и Уставниот суд на РМ, додека извршната власт е бифефална чии носители се Владата на РМ и Претседателот на РМ. Органите на државната управа се сметаат за дел од извршната власт.

Она што претставува наш потесен интерес се самостојните органи, кои може да ги поделеиме како самостојни органи на државна управа, независни органи и регулаторни тела. За појасна слика за кои органи зборуваме истите се наведени во Табела 1.

Р.бр.	Институција	НЕЗАВИСНИ ОРГАНИ	САМОСТОЕН ОРГАН НА ДРЖАВНА УПРАВА
1	Агенција за супервизија на капитално финансирано пензиско осигурување, 2002	Комисијата за заштита на правото за слободен пристап до информациите од јавен карактер е независен државен орган (2006)	Агенција за остварување на правата на заедниците – правно лице, 2008
2	Агенција за супервизија на осигурување, 2002	Инспекцискиот совет е самостоен државен орган со својство на правно лице, 2010	Агенцијата за управување со одземен имот, 2008
3	Комисија за хартии од вредност, 2005	Агенцијата за администрација е самостоен државен орган со својство на правно лице (2010)	Агенцијата за примена на јазикот што го зборуваат најмалку 20% од граѓаните на Република Македонија
4	Агенција за цивилно воздухопловство, 2006	Државната комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка (2011)	Дирекцијата за безбедност на класифицирани информации
5	Агенција за електронски комуникации, 2008	Државната комисија за одлучување во управна постапка и постапка од работен однос во втор степен е државен орган кој е самостоен во својата работа и има својство на правно лице (2011)	Дирекцијата за заштита и спасување

6	Регулаторната комисија за домување, 2009	Комисијата за заштита од дискриминација е самостоен и независен Орган (2010)	Агенција за финансиска поддршка во земјоделството и руралниот развој, 2007
7	Агенција за пошти, 2010	Државната комисија за жалби по јавни Набавки (2007)	Агенцијата за промоција и поддршка на туризмот, 2008
8	Регулаторна комисија за енергетика, 2011	Дирекцијата за заштита на личните Податоци (2005)	Центарот за управување со криз
9	Агенција за регулирање на железни сектор (2012)	Комисијата за заштита на конкуренцијата е самостоен државен орган со својство на правно лице (2010)	Агенцијата за стоковни резерви, 2008
10	Агенција за аудио и аудио визуелни медиумски услуги (2013)	Државната изборна комисија, 2006	Дирекцијата за задолжителни резерви на нафта и нафтени деривати
11	Советот за унапредување и надзор на ревизијата е основан од страна на Владата на Република Македонија како самостојно и независно регулаторно тело, 2010 ¹	Државната комисија за спречување на корупцијата е самостоен државен орган со својство на правно лице, 2002	Агенцијата за странски инвестиции и промоција на извозот на Република Македонија, 2004
12		Државниот завод за ревизија е самостоен и независен орган (2010)	Дирекцијата за технолошки индустриски развојни зони
13		Ревизорското тело за ревизија на инструментот за претпристапна помош (ИПА) е формирано како самостојно и независно правно лице, 2010	Агенцијата за поттикнување на развојот на земјоделството, 1998

¹ ЗАКОН ЗА РЕВИЗИЈА Службен весник на РМ, бр. 158 од 9.12.2010 година

14			Агенција за храна и ветеринарство
15			Национална агенција за европски образовни програми и мобилност
16			Агенцијата за млади и спорт
17			Агенцијата за иселеништво
18			Комисијата за односи со верските заедници и религиозните групи, 2000
19			Агенцијата за катастар на недвижности
20			Агенција за квалитет и акредитација на здравствени установи
21			Агенција за лекови и медицински средства
22			Агенција за планирање на простор
23			Агенција за поддршка на претприемништво на РМ
24			Агенција за филм
25			Дирекција за радиациона сигурност
26			Агенцијата за разубување е посебен орган на државна управа, 1995

Табела 1 - Извор за финансиските средства Буџет на Република Македонија за 2018 и Регистер за вработени во јавниот сектор за 2016 година, посебни закони

Она што се забележува е дека порасотот на формирање на самостојните органи рапидно расте по 2002 година. Она што е карактеристично и заедничко за сите три вида на самостојни органи е што сите се формираат со посебен пропис кој се донесува со обично мнозинство во Собранието. На сите овие органи им се признава статус на правно лице, а називот им е или агенција или комисија. Она на што сакаме

да укажеме е дека постои разлика помеѓу самостоен и независен орган. Па така, за самостојните органи на државна управа не можеме да кажеме дека тие се независни, конкретно од извршната власт. Ова од причина што директорите кои што стојат на чело на овие органи се избираат од Владата на РМ и тие за својата работа одговараат пред неа. Имено, тие се дел од органите на државната управа согласно Законот за организација и работа на органите на државната управа. За разлика од нив независните органи и регулаторните тела се избираат од Собранието на РМ и за својата работа одговараат пред законодавното тело. Оттука, се заклучува дека органите на државната управа по својата положба се дел од извршна власт, што не може да се заклучи и за независните органи. Независните органи согласно ставот на авторите се сметаат за дел од поширокиот поим на јавната администрација. За ова говори и фактот што во новиот Закон за општата управна постапка од 2015 година под поимот на јавен орган се опфатени министерствата, органите на државната управа, организации утврдени со закон, другите државни органи, правните и физичките лица на кои со закон им е доверено да вршат јавни овластувања, како и органите на општината, на градот Скопје и општините во градот Скопје.² Имено, независните органи/агенциите се формирани за извршување на дел од надлежностите кои природно и припаѓаат на државната управа, но поради потребата од нејзина либерализација и рационализација, надлежности кои поефикасно, попрофесионално и постручно може да се извршуваат од друг орган со закон се доверуваат на независните тела. При тоа, се мисли и дека овие органи може да обезбедат и поголема заштита на потрошувачите како и контрола затоа што на нив неможе да влијае извршната власт, односно политиката. Со оглед на тоа тие се организационо, функционо, финансиски и кадровски независни органи. Оттука, и дејностите што ги извршуваат овие органи се пред се регулирачки, контролни, донесување на прописи и сл. Па така, самостојните органи на државна управа најчесто се основаат за стручни и развојни работи, независните органи пред се имаат контролни овластувања или над финансиското работење или над актите или над заштита на основните човекови права и слободи, додека регулаторните за регулирање на пазарот и заштита на потрошувачите, донесување на прописи и утврдување на стандарди, издавање дозволи за работа, општ надзор над почитување на прописи на поедини подрачја, изрекување санкции за прекршок и информирање на потрошувачите,

² Чл.4 од ЗАКОН ЗА ОПШТАТА УПРАВНА ПОСТАПКА, Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година

тие се овластени за нормирање, спроведување и решавање во прв степен во областа на трговијата, финансиите, комуникации, работни односи, здравство, заштита на потрошувачите и сл.

Заради појасна слика за разграничувањата помеѓу овие органи во Табела 2 е даден приказ на есенцијални разлики помеѓу овие органи.

За да можеме да ја воочиме разликата помеѓу независните органи и регулаторните тела во РМ во Табела 3 и 4 е даден приказ на три независни органи и три регулаторни тела, во кои се наведува правниот основ за нивно основање, начинот на управување и начинот на контрола.

Разграничување помеѓу независни органи во РМ	Самостојни органи на државна управа	Независни органи	Регулаторни тела
Правен основ	Закон за организација и работа на органи на државна управа и посебен закон	Посебен материјален пропис	Посебен материјален пропис
Финансирање	Буџет на РМ	Буџет на РМ	Буџет на РМ и сопствени извори на приходи
Одговорност	Пред Владата	Пред Собранието	Пред Собранието
Надлежности	Управни и стручни работи	Контролни активности	Регулација на пазарот
Статус на вработените	Административни службеници	Има и административни службеници, но правата и обврските, платите и сл. со посебен закон	Има и административни службеници, но правата и обврските, платите и сл. со посебен закон

Табела 2 Разграничување помеѓу самостојни органи на државна управа, независни органи и регулаторни тела.

Независен орган	Државна комисија за спречување на корупција	Дирекција за заштита на лични податоци	Комисија за заштита од дискриминација
Правен основ	Закон за спречување на корупцијата ³	Закон за заштита на личните податоци ⁴	Закон за спречување и заштита од дискриминација ⁵
Основана на	Одлука за именување членови на Државната комисија за спречување на корупцијата донесена на 12.11.2002 од Собранието	Основана е 2005 година, 22 јуни 2005 година, кога е именуван првиот директор со Одлука на Собранието на Република Македонија („Службен весник на Република Македонија“ бр.50/05)	Одлука за именување на членови на Комисија за заштита од дискриминација од 26.12.2010
Правен статус	Правно лице	Правно лице	Правно лице
Вид на управување	Седум члена кои ги именува и разрешува Собранието на Република Македонија	директор, кој го избира и разрешува Собранието, предлог на Комисијата за прашања на изборите и именувањата на Собранието на Република Македониј	Седум члена кои ги именува и разрешува Собранието на Република Македонија
Број на вработени	27	21	Нема достапен податок
Мандат	Четири години со право на уште едно именување	Пет години со право на уште еден избор	Пет години со право на уште едно именување

³ Службен весник на Република Македонија бр. 28/2002, 46/2004, 126/2006, 10/2008, 161/2008, 145/2010, 97/2015 и 148/2015.

⁴ („Службен весник на Република Македонија“ бр. 7/2005, 103/2008, 124/2008, 124/2010, 135/2011, 43/2014, 153/2015 и 99/2016).

⁵ Службен весник на Република Македонија“ бр. 50/2010, 44/2014, 150/2015, 31/2016 и 21/2018

<p style="text-align: center;">Критериуми за избор на членови</p>	<p>- да е државјанин на Република Македонија и да има постојано место на живеење во Република Македонија и</p> <p>- да има високо образование од областа на правните и финансиски работи и антикорупцијата, да ужива углед во вршењето на функцијата и најмалку осум години работно искуство</p>	<p>1) е државјанин на Република Македонија; 2) во моментот на именувањето со правосилна судска пресуда не му е изречена казна или прекршочна санкција забрана за вршење на професија, дејност или должност; 3) има стекнати најмалку 240 кредити според ЕКТС или завршен VII/1 степен правен факултет; 4) има минимум пет години работно искуство во областа на правните работи; 5) поседува еден од следниве меѓународно признати сертификати или уверенија за активно познавање на англискиот јазик не постар од пет години:</p>	<p>1) да е државјанин на Република Македонија; 2) во моментот на именувањето со правосилна судска пресуда не му е изречена казна или прекршочна санкција забрана за вршење на професија, дејност или должност; 3) има стекнати 240 кредити според ЕКТС или VII/1 степен на образование од областа на човековите права или општествените науки; 4) има минимум пет години работно искуство и 5) поседува еден од следниве меѓународно признати сертификати или уверенија за активно познавање на англискиот јазик не постар од пет години</p>
--	--	--	--

<p align="center">Услови за разрешување</p>	<p>- сам го побара тоа; - е осуден за кривично дело за кое му е изречена ефективна казна затвор во траење повеќе од шест месеца и - трајно ја загуби способноста за вршење на функцијата</p>	<p>на негово барање, - ако трајно ја загуби способноста за вршење на функцијата, - ако ги исполни условите за старосна пензија согласно со закон, - ако е осуден со правосилна судска пресуда за кривично дело на безусловна казна затвор во траење од најмалку шест месеца, - кога ќе престане да биде државјанин на РМ и кога ќе му биде изречена казна или прекршочна санкција забрана за вршење на професија, дејност или должност - поради нестручно и несвесно работење.</p>	<p>1) сам го побара тоа; 2) поради смрт; 3) со правосилна одлука му е изречена забрана за вршење професија дејност или должност; 4) со правосилна судска одлука е осуден на казна затвор од над шест месеци; 5) трајно ја загуби психофизичката способност за вршење на функцијата и 6) нестручно, пристрасно и несвесно ја врши функцијата</p>
<p>Финансиски средства одобрени од Буџет</p>	<p>2016 – 31.794,000 денари 2017 – 34.664,000 денари</p>	<p>18 316 000 денари - 2017 година</p>	<p>2016 – 5.032,000 денари 2017 – 5,052,000 денари</p>
<p>Контрола</p>	<p>Извештај до Собранието</p>	<p>Извештај до Собранието</p>	<p>Извештај до Собранието</p>

Регулаторно тело	Регулаторна комисија за домување	Агенција за електронски комуникации	Агенција за цивилно воздухопловство
Правен основ	ЗАКОН ЗА ДОМУВАЊЕ ⁶	ЗАКОН ЗА ЕЛЕКТРОНСКИТЕ КОМУНИКАЦИИ ⁷	ЗАКОН ЗА ВОЗДУХОПЛОВСТВО ⁸
Органи	15.06.2010 со Одлука на Собрание	Одлука на Собранието за именување на членови на Комисијата на Агенцијата за електронски комуникации од 07.10.2008 ⁹ Последниот Директор е именуван на 27.01.2016 година.	Одлука за именување на членови на Комисија за заштита од дискриминација од 26.12.2010
Правен статус	Правно лице	Правно лице	Правно лице
Вид на управување	Претседател и четири члена ги избира Собранието на предлог на Владата	Комисија која е сочинета од пет члена кои ги именува и разрешува Собранието на Република Македонија на предлог на својата Комисија за прашања на изборите и именувањата и Директор кој го именува Комисијата по пат на јавен оглас	Управен одбор од три члена од кои еден е претседател кои ги именува Собранието на Република Македонија на предлог на Комисијата за прашања на изборите и именувањата Директор кој по пат на јавен оглас го избира Управниот одбор

⁶ Службен весник на Република Македонија бр.99/2009

⁷ Службен весник на Република Македонија бр. 39/2014, 188/2014, 44/2015, 193/2015, 11/2018 и 21/2018

⁸ Службен весник на Република Македонија бр. 14/2006, 24/2007, 103/2008, 67/2010, 24/2012, 80/2012, 155/2012, 42/2014, 97/2015, 152/2015, 27/2016 и 31/2016.

⁹ Според Законот за електронските комуникации од 2014 членовите кои беа претходно именувани продолжуваа да ја вршат должноста до истек на мандатот.

Број на вработени	8	128	69
Мандат	5 години	5 години и за членови на Комисијата и за Директорот	4 години и за членови на Управен одбор и за Директор
Критериуми за избор на членови	<ul style="list-style-type: none"> - државјанин на РМ - високо образование - работно искуство најмалку пет години во областа на домувањето. - Еден член експерт за правни прашања - експерт за прашања од областа на архитектурата и - еден член експерт за економски прашања од областа на домувањето. 	<p>Комисија:</p> <ul style="list-style-type: none"> - државјанин на РМ - да не е изречена казна или прекршочна санкција забрана за вршење дејност, професија или должност - активно користење на македонски јазик - 240 кредити според ЕКТС или завршен VII/1 степен на образование од областа на информатиката, 	<p>Управен одбор:</p> <ul style="list-style-type: none"> - завршено високо образование од областа на техничките, правните или економските науки, со работно искуство над пет години од областа на воздухопловството и со активно познавање на англискиот јазик

**Критериуми
за избор на
членови**

телекомуникациите,
правото или економијата
- најмалку пет години
соодветно работно
искуство и посебни
знаења од областа
на електронските
комуникации
- сертификат за
познавање на
компјутерски програми
за канцелариско
работење

Директор:

- е државјанин на
Република Македонија;
- во моментот на
именувањето со
правосилна судска
пресуда не му е изречена
казна или прекршочна
санкција забрана за
вршење на професија,
дејност или должност;
- активно го користи
македонскиот јазик;
- една година пред денот
на објавувањето на
јавниот конкурс да не е
вработен кај оператор;
- има стекнати
најмалку 240 кредити
според ЕКТС или
завршен VII/1 степен
образование од областа
на електротехничките
науки, информатиката,
правото или
економијата;
- има најмалку пет
години соодветно
работно искуство
во областа на
електронските
комуникации;
- поседува еден од
следниве меѓународно
признати сертификати
или уверенија за
активно познавање на
англискиот јазик не
постар од пет години:

- лица од редот на
вработените во
Агенцијата или
вработени во други
правни лица кои
вршат дејност од
областа на цивилното
воздухопловство
основани од државата
и вработени во други
правни лица
- да не бидат осудени
со забрана за вршење
професија, дејност
или должност

Директор:

- е државјанин
на Република
Македонија;
- во моментот
на изборот со
правосилна судска
пресуда не му е
изречена казна или
прекршочна санкција
забрана за вршење на
професија, дејност
или должност;
- има стекнати
најмалку 240 кредити
според ЕКТС или
завршен VII/1
степен од областа на
техничките, правните
или економските
науки;
- има минимум пет
години работно
искуство од областа
на цивилното
ваздухопловство и
најмалку три години
работно искуство на
раководно место;
- поседува еден
од следниве
меѓународно
признати
сертификати или
уверенија за активно
познавање на
англискиот јазик не
постар од пет години:

<p style="text-align: center;">Услови за разрешување</p>	<p>- поднесе оставка - трајна или привремена неспособност за непречено вршење на функцијата подолго од шест месеца непрекинато или смрт; - е осуден за извршено кривично дело со правосилна судска пресуда со која е изречена казна затвор од најмалку шест месеца и - се стекне со услови за остварување на право на пензија. - се утврди дека несовесно и нестручно ја врши функцијата, врши злоупотреба на службената положба или работи спротивно на закон и друг пропис.</p>	<p style="text-align: center;">Комисија:</p> <p>- на негово барање,</p> <p>- настапила некоја од пречките за членство во Комисијата предвидени во членот 17 од овој закон,</p> <p>- ако е правосилно осуден за кривично дело за кое е предвидена казна затвор во траење подолго од шест месеци или му е изречена мерка на безбедност забрана за вршење на професија, дејност или должност во траење подолго од шест месеци,</p> <p>- ако не е во можност да ја извршува должноста повеќе од шест месеци во континуитет,</p> <p>- ако неоправдано отсутувал од три состаноци на Комисијата едно по друго или вкупно од пет состаноци за време од една година,</p> <p>- ако се утврди дека членот на Комисијата во постапката за негово именување дал неистинити податоци или пропуштил да изнесе некои информации кои се важни за неговото именување</p> <p style="text-align: center;">Директор:</p> <p>- на негово барање,</p> <p>- ако не е во можност да ја извршува должноста повеќе од шест месеци во континуитет,</p>	<p style="text-align: center;">Управен одбор:</p> <p>на негово барање,</p> <p>- во случај на спреченост на вршење на функцијата поради болест подолго од шест месеци или смрт,</p> <p>- прифаќање на функција или работа што е неспојлива со неговата функција член на Управниот одбор,</p> <p>- ако е осуден со правосилна судска пресуда за кривично дело на казна затвор во траење подолго од шест месеци или мерка забрана за вршење на професија, дејност или должност, со денот на изрекувањето на казната или мерката,</p> <p>- сторил повреда на прописите од областа на воздухопловството или злоупотреба на функцијата и</p> <p>- неоправдано отсутувал на три седници едноподруго или пет седници во тековната година.</p> <p style="text-align: center;">Директор:</p> <p>- на негово барање,</p> <p>- во случај на спреченост за вршење на функција поради болест подолго од шест месеци или смрт,</p>

<p>Услови за разрешување</p>		<p>- прифаќање на функција или работа што е неспојлива со неговата функција на директор на Агенцијата согласно со членот 23 од овој закон,</p> <p>- ако е правосилно осуден за кривично дело за кое му е изречена казна затвор во траење подолго од шест месеци или му е изречена мерка на безбедност забрана на вршење на професија, дејност или должност, во траење подолго од шест месеци, или</p> <p>- ако се утврди дека во постапката за негово именување дал невистинити податоци или пропуштил да изнесе некои информации кои се важни за неговото именување</p>	<p>- прифаќање на функција или работа што се неспојливи со неговата функција на директор,</p> <p>- ако е осуден со правосилна судска пресуда за кривично дело на казна затвор во траење подолго од шест месеци или мерка забрана за вршење на професија, дејност или должност, со денот на изрекувањето на казната или мерката и</p> <p>- повреда на прописите од областа на воздухопловството или злоупотреба на функцијата.</p>
<p>Финансиски средства одобрени од Буџет</p>	<p>2016 г - 7 213 000,00 денари од Буџет вработени 7 2017 – 9.670 000 денари – 9 вработени 2018 – 10 437 000 денари мбр. На вработени 8</p>	<p>Не се финансира од буџетот (член 29 од Законот)</p> <p>За 2017 година вкупно планирани расходи се 420,000,000 денари. Извештај уште не е објавен.</p> <p>За 2018</p>	<p>Не се финансира од буџетот (чл. 12 од Законот)</p> <p>Не се достапни</p>
<p>Реализирани активности</p>	<p>Сто и седумдесет барања за посредување во спорови, една лиценца за управител, одземени се единаесет лиценци</p>	<p>Годишен извештај</p>	<p>Не се достапни</p>

Контрола	Извештај до Собранието	Извештај до Собранието и се објавува на веб страна	Годишниот финансиски извештај, ревизорскиот извештај и годишниот извештај за работа се доставуваат до Владата на Република Македонија на одобрување
-----------------	------------------------	--	---

2. Агенциите како реална потреба или мода

Република Македонија како дел од транзиционите земји кои претендираат за влез во Европската унија последниве две децении се справува со спроведување на бројни реформи во повеќе области, но наш интерес се само реформите во јавна администрација. Една од целите на реформите во јавната администрација е да се добие мал, ефикасен и ефективен управен систем. При тоа, особено значјно е зголемување на довербата на граѓаните и институциите во функционирањето на органите на управата, затоа што денес таа е на многу ниско ниво. Од органите на управата зависи и поттикнување на економскиот, социјалниот, па и културниот развој на една земја. За тоа тие треба да се стремат за доследно почитување на европските принципи и стандарди. Не е дозволено проблемот само да се стави во правна рамка и да постои *de lege lata*, напротив потребно е да се превземаат мерки и механизми за нивно делотворно имплементирање *de lege ferenda*. За да се оствараат овие цели потребно е да се извршат промени во организационата структура на јавната администрација, да се поедностават управните постапки, да се зајакне одговорноста на извршителите, да се применуваат принципите на транспарентност и отчетност и сл. Како дел од организационите реформи во Република Македонија од 2002 година до денес се формирани 13 самостојни државни органи и 11 регулаторни тела и 20 самостојни органи на државната управа.

Меѓутоа, овој тренд не ја следи само РМ, туку тој потекнува од англосаксонските земји, а денес е прифатен од сите управни системи. „Агенцификацијата“ е несомнено нов концепт на организација на јавната

управа.¹⁰ Само во периодот од 1990 до 2005 година се основани повеќе од 200 регулаторни агенции во светот.¹¹ Имено, за агенциите се смета дека претставуваат амерички изум од време на големата економска криза и воспоставување на политика на државен интервенционизам, а во Европа се прошируваат во текот на 90-те години. Идејата која претходи на нивното настанување е дека независните агенции можат на најдобар начин да обезбедат и гарантираат примена на стручно знаење по поедини области при спроведувањето на државната политика.¹²

За да се основаат овие агенции клучно прашање е да се одвојат *policy* работи, кои остануваат во надлежност на министерствата, од спроведување на политиките, кои треба да поминат во надлежност на извршните агенции. На тој начин агенциите не претставуваат нови организациони творби, туку настануваат со одвојување од организационата структура на министерствата. Формално тие имаат само управувачка (избор на функционер на конкурс) и финансиска самостојност. Вакви извршни агенции до крајот на владеењето на конзервативците имало вкупно 140.¹³ Во однос на поимното определување на агенциите би истакнале дека тоа зависи пред сè од нивниот вид, затоа што тие не се хомогена појава туку се разликуваат во однос на одредени критериуми како што се статусот,

¹⁰ Musa, Anamarija, Koprić, Ivan, op. cit. str. 47-51., Musa, Anamarija, Agencifikacija kao nova i dodatna centralizacija – Hoće li se Hrvatska ikada moći decentralizirati, Savjetovanje Instituta za javnu upravu, Lokalna i regionalna samouprava između gospodarske krize i članstva u EU, 16. 11. 2011., Zagreb, HGK, dostupno na <http://www.slideshare.net/ijuzagreb/anamarija-musa-agencifikacija-kaonova-i-dodatna-centralizacija> (posjećeno 30. 10. 2012.), Koprić, Ivan, Musa, Anamarija, Đulabić, Vedran, op. cit. str. 661, prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktuelnosti u postupcima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392, file:///C:/Users/User/Downloads/zb201302_371.pdf

¹¹ Bilić, Antun, Josipović, Tatjana, Petrović, Siniša, Independent regulators in the network industries, u knjizi Regulirengsagenturen im Spannungsfeld von Recht und Ökonomie (Hrsg./ eds. Bodiroga Vukobrat, Nada, Barić, Sanja), Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2012., str. 247. Za postupak agencifikacije u Republici Hrvatskoj vidjeti više kod Musa, Anamarija, Koprić, Ivan, op. cit. str. 47-51., gdje ističu da ja taj postupak bio najintenzivniji u vremenskom periodu od 2001. – 2009. godine, dok je 2010. godine došlo do suprotnog trenda, odnosno smanjivanja broja agencija, što nazivaju deagencifikacijom, prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: aktuelnosti u postupcima, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392, file:///C:/Users/User/Downloads/zb201302_371.pdf

¹² Branko Smerdel, Nezavisni regulatori I vladavina prava hrvatska praksa u svijetlu američkog iskustva, prevzeto od https://www.pravo.unizg.hr/_.../, na 26.08.2014g

¹³ Beuselinck, 2006; Greenwood et al., 2005; Peele, 2004; v. i Musa, 2014), prevzeto od Komparativna javna uprava – nastavni materijali Institut za javnu upravu Zagreb, 2015, https://www.pravo.unizg.hr/_news/14947/KJU%20-%20nastavni%20materijali%20za%20web.pdf

финансиската и организационата самостојност, начинот на одговорност, видот на дејноста што ја извршуваат и според тоа може да се поделат во неколку категории. Всушност, тие може да се класифицираат како: независни, извршни и експертски.¹⁴ Додека називот може да биде: агенции, регулаторни тела, јавни агенции или парламентарни органи. Становишта дека овие тела се дел од управата, поради што вршат управна дејност, се сè позастапени во теоретските согледувања.¹⁵

Согласно европската регулатива ((ЕК) бр. 58/2003), статусот на извршните агенции е утврдено дека извршните агенции се посебни правни лица, на кои одапред им се утврдуваат границите и условите за доверување на надлежности, овластувањата кои им се даваат, начинот на контрола над работата на извршните агенции, како и нивното финансирање и отвореност во работата.¹⁶

Она што треба да го констатираме е дека не секоја агенција се смета за регулаторно тело. Така, постојат одредени услови кои треба да бидат исполнети за да на една агенција и се признае статус на регулаторно тело. Според Станичиќ тоа би биле следниве карактеристики: да станува збор за правно лице со јавни овластувања кое се наоѓа надвор од составот на државната управа, да има овластување за донесување подзаконски акти и водење на посебни управни постапки и дека против конкретната одлука на регулаторната агенција жалба не е дозволена.¹⁷ Петровиќ, пак, ги дефинира како самостојни и независни тела со јавни овластувања, основани со цел уредување и надзор над извршување (либерализирани) дејности од општ општествен интерес.¹⁸ Ѓерѓа и Рупе под поимот на

¹⁴ I. Koprčić, Pazvoj i problem agenciskog modela s posebnim osvrtom na nezavisne regulatore, Agencije u Hrvatskoj: regulacija i privatizacija javnih službi na državnoj, lokalnoj i regionalnoj razini, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013, str.13

¹⁵ З. Урошевић, “Положај и улога јавних агенција у нашем правном систему”, Правни живот 10/2005, 283-295.

¹⁶ Council Regulation (EC) No. 58/2003 of 19 December 2002, laying down the statute for executive agencies to be entrusted with certain tasks in the management of Community programmes

¹⁷ Staničić, Frane, Pravna narav regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj, Pravo u gospodarstvu, br. 5., 2012., str. 1359-1360, Barić, Sanja, Ѓерѓа, Dario, Zakonsko uređenje regulatornih agencija u Republici Hrvatskoj, Informator male stranice, br. 5908., 2010., str. 3., prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktualnosti u postupcima Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

¹⁸ Petrović, Siniša, Pojam i uloga nezavisnih regulatora, Pravo u gospodarstvu, br. 3., 2008., str. 465, prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktualnosti u postupcima Zbornik radova

регулаторни агенции ги сметаат организациите со различен назив, структурно издвоени од составот на државната управа, чија задача и постојано извршување на јавните работи на национално ниво.¹⁹

Агенциите се специјализирани и насочени кон една цел, тие се надвор од политичките влијанија, пофлексибилни од другите органи, со едноставни процедури во поглед на финансии, кадар и организација. Политичките причини се за да се обезбеди континуитет и веродостојност на некоја политика и после престанокот на мандатот. Демократските причини се дека агенциите обезбедуваат поквалитетни услуги поради својата ефикасност, економичност, стручност и на тој начин влијаат на јакнење на довербата на граѓаните во власта.²⁰

Па така, за називот на овие органи постојат повеќе термини агенции, комисии и сл. Не постои утврдена јасна граница помеѓу независните/самостојни државни органи, регулаторните тела и самостојните органи на државна управа. На пример, во Република Македонија ниту законодавецот во правните прописи со кои се етаблираат овие органи не користи воедначен пристап во поглед на нивниот назив, во дел од прописите е наведено дека станува збор за регулаторен орган, во дел дека станува збор за самостоен орган, во дел дека е независен орган, а во повеќето од законите не се ни наведува за каков орган станува збор. Не постојат ни утврдени критериуми или услови за кои се утврдува потреба дека е неопходно нивно формирање. Дали можеби тие не претставуваат само паралелена администрација, на веќе постоечките органи на управа. И не само законодавецот, туку и теоретичарите многу ретко се залагаат за детална анализа за потребата на толкав број на независни органи што интензивно влијае на хиперпродукција на јавните органи.

Компаративно постојат различни искуства и во поглед на правното уредување на овие органи. На пример, во дел од земјите постои посебен закон во однос на уредувањето и функционирањето на регулаторните тела

Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

¹⁹ Đerđa, Dario, Rupe, Doris, Pravno uređenje regulatornih agencija u hrvatskom pravu, Hrvatska pravna revija, br. 11., 2010., str. 62, prevzeto od Dr. sc. Edita Čulinović Herc, dr. sc. Antonija Zubović: Upravnosudski nadzor nad nezavisnim regulatornim agencijama: Aktuelnosti u postupcima Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 50, 2/2013., str. 371.- 392 (http://www.pravst.hr/dokumenti/zbornik/2013108/zb201302_371.pdf na 03.09.2014)

²⁰ Anamarija Musa, Dobro upravljanje u hrvatskim regulacijskim agencijama: prema pravnom okviru, str.110-111, prevzeto od Agencije u Hrvatskoj, Institut za javnu upravu, Zagreb, 2013;

(на пр. Република Србија²¹, Република Словенија²², но постојат и голем број земји каде овие прашања се регулираат со посебни закони, како што е примерот со Република Македонија. Во посебните закони со кои се основаат овие органи се уредува нивниот статус, основната надлежност, начинот на изборот на членовите, начинот на финансирање. Република Србија од своја страна е карактеристична по тоа што има посебен Закон за јавни агенции,²³ согласно кој тие се делат во три прави категории и тоа: агенции како јавни служби, агенции како посебни организации и агенции како јавни агенции.²⁴ За јавните агенции станува збор тогаш кога се работи за поголем број на правни субјекти, чија правна природа и статус се регулирани со Законот за јавни агенции. Имено, согласно овој закон јавна агенција е „организација која се основа за развојни, стручни или регулаторни работи од општ интерес, доколку развојните, стручните и регулаторните работи не бараат постојан и непосреден политички надзор и доколку јавната агенција може подобро и поефективно да ги извршува од органот на државна управа, особено ако во целост или во повеќето случаи може да се финансира од цената која ја плаќаат корисниците за услугата. На овие агенции може со посебен закон да им се дадат јавни овластувања и да им се доверат следниве надлежности: да донесуваат прописи за извршување на закони и други општи акти, првостепено одлучување во управни предмети и издавање на јавни исправи и водење на евиденција. Секоја агенција е самостојна во нејзиното одлучување. Но, и покрај посебното законско решение за агенциите во српската правна теорија не постои консензус за тоа каква е правната природа на поедините агенции.²⁵

²¹ Закон о јавним агенцијама, Службени гласник РС бр. 18/2005 и 81/2005

²² Zakon о јавним агенцијама, 2002, www.sigmaxweb.org/.../Montenegro%20LT4201%20Seminar%20

²³ Закон о јавним агенцијама, Службени гласник РС бр. 18/2005 и 81/2005.

²⁴ А. Мартиновић, оригинални научни рад, « Правна природа агенција у правном систему Републике Србије», 391-400. <http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0550-2179/2012/0550-21791202391M.pdf>

Када је реч о агенцијама као посебним организацијама, 2009. године постојало је шест таквих агенција. Од тог броја, две агенције образоване су Законом о министарствима из 2004. године (Агенција за развој инфраструктуре локалне самоуправе и Агенција за страна улагања и промоцију извоза), док су четири агенције образоване посебним законима: Агенција за рециклажу (образована Законом о поступању са отпадним материјалама), Безбедносно-информативна агенција (образована Законом о безбедносно-информативној агенцији), Агенција за енергетску ефикасност (образована Законом о енергетици) и Републичка агенција за мирно решавање радних спорова (образована Законом о мирном решавању радних спорова).

²⁵ Др Александар Мартиновић, Правна природа агенција у правном систему (стр. 391–400), Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2/2012

Законот за јавни агенции во Словенија претставува *lex generalis* за сите статусни прашања на јавните агенции, но и причините, односно условите кои треба да се исполнат за да може да се формира нова агенција, како што се обезбедување на поголем степен на ефикасност – особено ако се самофинансираат, издвојување од политичко влијание во одредена област и кога одредена надлежност не би можело подобро да се извршува од орган во состав на министерство. Додека, во ресорните закони за поединечна управна дејност се уредуваат материјално-правните прашања на нивното делување. За да можат да бидат независни овие органи во своето работење има се признава самостојност во изборот на кадрите, за кои се бара одредена стручност во соодветна област, организациона и финансиска самостојност, а контролата се спроведува од страна на законодавното тело, а над нивните акти начјесто не е дозволена жалба, туку тужба за покренување на управен спор.²⁶

Во Република Македонија во Уставот не е директно предвидено формирање на агенциите, но тоа го извлекуваме од одредбите во кои се употребува терминот јавно овластување. Па така, во Уставот на РМ во член 15 конкретно во амандман XXI бидејќи со него се замнува членот 15, каде е предвидено дека: „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“. Исто така, и во член 50 од Уставот се гарантира судска заштита на законитоста на поединечните акти на државната управа и на другите институции што вршат јавни овластувања. Додека за прекршоци определени со закон, санкција може да изрече орган на државната управа или организација и друг орган што врши јавни овластувања. Против конечна одлука за прекршок се гарантира судска заштита под услови и постапка уредени со закон. Согласно член 77 Народниот правобранител ги штити уставните и законските права на граѓаните кога им се повредени од органите на државната управа и од други органи и организации што имаат јавни овластувања.²⁷

Согласно член 5 од Законот за организација и работа на органите

²⁶ Prof. dr Slobodan DUJIĆ23, vanredni profesor na Fakultetu za državne i evropske studije u Kranju, Slovenija JAVNE SLUŽBE I NEZAVISNA REGULATORNA TIJELA, Moderna uprava - ČASOPIS ZA UPRAVNO-PRAVNU TEORIJU I PRAKSU, novembar, 2010. godine 27У С Т А В НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА СО АМАНДМАНИТЕ НА УСТАВОТ I – XXXII, <http://www.slvesnik.com.mk/content/Ustav%20na%20RM%20-%20makedonski%20-%20FINALEN%202011.pdf>

на државната управа (1) Органите на државната управа, можат да се основаат како министерства, други органи на државната управа и управни организации. (2) Министерствата се основаат за вршење на функциите на државната управа групирани по области за еден или повеќе сродни управни ресори. (3) Другите органи на државната управа според видот на организацијата и степенот на самостојноста можат да се основаат како самостојни органи на државната управа (дирекции, агенции и комисии) или како органи во состав на министерствата (управа, биро, служба, архив, инспекторат и капетанија). (4) Органите во состав на министерствата можат да се основаат за вршење на определени управни, стручни и други работи од надлежност на министерството. Согласно член 6 самостојниот орган на државната управа за својата работа одговара на Владата на Република Македонија и на соодветното министерство. Додека, во член 7 е предвидено дека органите на државната управа, освен министерствата, можат да се основаат, укинуваат и нивната надлежност да се утврдува со закон.²⁸ Во член 12 се наведени и самостојните органи и тоа, Комисијата за односи со верските заедници и религиозни групи; Агенција за млади и спорт; Агенцијата за иселеништво; Агенцијата за информации и Агенцијата за храна и ветеринарство на Република Македонија.

Сепак и покрај аргументите кои одат во прилог на формирањето на овие независни органи, сепак и за теоретичарите, и за практичарите и за пошироката јавност останува отворено прашањето дали постоењето на овие органи е потреба или „мода“ во новиот систем на организација на јавната управа? Ова прашање се должи на фактот што и покрај трендот на порастот на бројот на независните тела, сеуште посотојат нејаснотии и непрецизности околку називот на овие органи, нивната положба во системот на поделба на власта, отвореноста и транспарентноста на висината и трошењето на финансиските средства со кои располагаат, како и начинот на нивната одговорност, финансиската и економската оправданост на етаблирањето на овие органи.

Заклучок

Факт е дека организацијата и функционирањето на независните органи/агенциите е особено значајна и актуелна тема, која особено ги тангираа институциите и корисниците на услугите од општ интерес и

²⁸ ЗАКОН ЗА ОРГАНИЗАЦИЈА И РАБОТА НА ОРГАНИТЕ НА ДРЖАВНАТА УПРАВА “Сл. весник на Р Македонија” бр.58/2000 од 21.07.2000 година

имааа значаен придонес во економскиот развој на едно општество. Ова е тренд кој ги следи не само развиените земји, туку се повеќе се интензивира нивниот развој во земјите од транзиција. Регулаторните тела не претставуваат хомогени тела, напротив тие се разликуваат помеѓу себе по својот назив, дејноста што ја извршуваат и сл. Во однос статусот на регулаторните тела, особено во Република Македонија остануваат бројни отворени прашања и дилеми, кои пред се се однесуваат на положбата на овие органи во системот на поделба на власта, политичката одговорност на овие органи, начинот и целисходноста на користењето на паричните средства со кои располагаат, а особено транспарентноста на нивното работење, односно дали граѓаните, пошироката јавност се запознаени со ефектите од работењето и постоењето на овие органи или пак истите постојат како паралелна администрација?

Во однос на начинот на основање на институциите на јавниот сектор, **нема воедначен пристап**. Имено дел од институциите на јавниот сектор произлегуваат директно од Уставот на Република Македонија, а истите понатаму се доуредени со посебни закони (Собрание на Република Македонија, Влада на Република Македонија, Претседател на Република Македонија, Народен правобранител на Република Македонија, Народна банка на Република Македонија, Јавно обвинителство на Република Македонија и др.), министерствата, органите во состав на министерствата, како и самостојните органи на државната управа се воспоставени со Законот за организација и работа на органите на државната управа, а јавните установи и јавните претпријатија согласно Законот за установите, односно Законот за јавните претпријатија. Голем е бројот на институции кои се основани со посебни закони.

Во однос на прашањто во која област се основат агенциите, ставот на авторите е дека тие можат да се основаат за развојни, стручни, контролни и регулаторни дејности. Она што останува дискутабилно е во кој момент или кога треба да се одлучи дека навистина постои потреба за формирање на еден независен орган, кога знаеме дека и органите на државната управа. Дали етаблирање на ваков орган не претставува само „мода“ доколку претходно не е направена анализа за нивната финансиска и економска целисходност?

Овие прашања заслужуваат одговор, кој може да се даде преку детална анализа на причините поради кои истите се основани и кој ја вршел нивната дејност пред истите да бидат формирани, анализа на годишните извештаи на работењето на овие тела за да се види бенефитот од нивното работење во праксата, како и да се испита јавното мислење за

задоволството од работата на овие органи.

Заради воедначување на правната практика и можноста да се разграничат регулаторните тела од другите државни, парадржавни органи, органите на државната управа, јавните служби (јавните установи и претпријатија) и Акционерски друштва во државната сопственост, потребно е во Република Македонија да се донесе еден закон за основање и работа на Регулаторните органи. Со ова ново идно законско решение би се унифицирале одредени заеднички принципи и стандарди во поглед на организационата и функционалната поставеност на овие органи, финансиската независност, начинот на постапување и контрола, а кои се заеднички за сите регулаторни органи. Имено, би се воедначил и нивниот правен статус, кој сега е регулиран во десетина и повеќе закони со кои се основаат овие тела. На тој начин ќе се сопре импровизацијата при формирањето на агенциите, *ad hoc* одлучувањето за потребата за основање на независен орган кое начесто зависи од политичката волја, и секако би придонело да се зајакне финансиската контрола над независните органи и да се направи воедначен пристап при определување на платите на вработените во независните органи. Имено, во Србија, Словенија и Хрватска веќе постојат законски решенија со кои се утврдуваат платите во јавниот сектор.

*Dr. Ana Pavlovska Daneva**
*Dr. Ivana Shumanovska Spasovska***
*Dr. Elena Davitkovska****

AGENCIES – NECESSITY OR FASHION?

Abstract : *If one observes the Republic of Macedonia in the period from 2000 to 2018, he/she will notice that more than 50 autonomous state authorities have been founded in the respective years. These authorities can be divided in three groups: independent administrative authorities, independent authorities (which are not deemed as administrative) and regulatory authorities or bodies. In that sense, we are referring to a rather heterogeneous category. These authorities are usually founded by the Parliament, with a simple-majority Act where it stipulated that they take over the governmental (or state) powers and responsibilities in certain areas. As such, these authorities are completely self-governing and structurally set aside from the legislative, judicial and the executive branch of power. Thus, the primary target of this article is to determine these authorities' position in the system of separation of powers, which would then enable us to draw conclusions why they are founded the way they are or, in other words, what is the reason for their hyperproduction? Are these authorities a necessity (bearing in mind the benefits from their existence) or is their formation in the Republic of Macedonia merely fashion? The essential dilemma in this respect is what is the basis for the creation of these authorities? Are there any specific rules and criteria which the state bears in mind when deciding to build such a body, or is it an ad hoc decision? Can it be determined what financial repercussions they impose and if it is possible to control the effectiveness of their work? Having all of this in mind, our thesis is that there is a need for a new legal act in the Republic of Macedonia, one where the standards and principles for creating independent authorities will be systematically provided, creating a formal basis that has to be respected in each individual case. Aside from that, the new legal act would provide the*

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

** Вонреден професор на Економскиот институт во Скопје, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“

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

general rules (lex specialis) for these institutions, especially the ones which are related to the status of their employees, the liability and responsibility, the salaries etc. Respectively, this new legal act would have two consequences. Firstly, it would rationalize the foundation of independent authorities (each one of them would be created upon it is determined that there is a need for that on the basis of legal provisions) and secondly, they will be regulated in an unified manner; so that their competences do not overlap. The research on which this article is based upon is conducted by using the historical, the comparative and the analytical method.

Key words: *regulatory authorities, independent authorities, state administration, public administration, agencies*

MEDICAL TOURISM – LEGAL AND ETHICAL ASPECTS¹

UDK:338.48-6:615.8
Original research paper

Abstract: *According to the definition given by the World Health Organization, health is “a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. This very broad definition makes very few of us feeling completely healthy today. On the other hand, scientific progress alongside continuous media placement of unbelievable life stories, created an illusion that any condition can be cured. This resulted in a large number of individuals for whom there is no limit in finding possible solutions for their medical problems. Reasons for going abroad can be different due to various circumstances, so several types of medical tourism can be discussed. First of all, the reason can be the fact that some medical proceedings are prohibited in one country, so individuals are forced to seek assistance from those countries which do not recognize such a prohibition. In addition, it is also possible that some medical proceedings are prohibited in the country from which an individual is coming from and also in the country where the individual seeks help, providing that the consequences of the violation of the prohibition are milder in the second country. Contrary to the above stated, certain medical treatments can be allowed in both countries, but with differences. The differences may exist in the quality of service, availability or in the shorter waiting list. Nevertheless, the object of authors’ interest is the first situation, or more precisely the situation in which individuals go to a country with the aim of avoiding the prohibition known by domestic legislation. Usually those are the cases related to assisted reproduction, termination of pregnancy, euthanasia and assisted suicide and as such they are given special attention in article.*

Keywords: *medical tourism, traveling abroad, assisted reproduction, termination of pregnancy, euthanasia, assisted suicide*

1. Introduction

* Associate Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad, jvidic@pf.uns.ac.rs

** Assistant, University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad, sandra.samardzic@pf.uns.ac.rs

*** Teaching Assistant, University of Novi Sad, Faculty of Law Novi Sad, m.kovacevic@pf.uns.ac.rs

¹ This paper refers to project no. 179079 “Biomedicine, Environmental Protection and Law”, financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

Medical tourism refers to patients who are nationals and residents of one state, but travel to another state in order to undergo certain medical procedures.² Although the use of the term “tourism” is a common phrase when describing a trip aimed at obtaining certain medical services, it has little to do with true tourism, since tourism refers to traveling for pleasure, entertainment or vacation, while it can hardly be said that the travel of patients is a pleasant occasion.³

The reasons why people *seek medical treatment abroad* can be different. Firstly, it could be about the need for techniques that are not allowed in the home country. Secondly, it is not a rare situation, that the same procedure abroad is much cheaper. Finally, it is possible that patients need some techniques from abroad which their home land does not prohibit, but simply lacks technical conditions for their performance.

The possibility of going abroad, in order to circumvent the restrictive solutions of domestic legislation, may lead to the adoption of even more restrictive legislation.⁴ In other words, knowing that patients can seek for help abroad, countries are able to nurture and even insist on solutions that greatly limit the number of medical procedures in question. However, the question is what kind of a message the state sends by this kind of action and whether the countries are truly loyal to the interests they want to protect by forbidding certain actions only on their own territory.⁵ This is especially the case when the reasons for going abroad are to undergo some of the techniques of medical assisted reproduction, or to perform an abortion or euthanasia and assisted suicide.

2. *Reproductive tourism*

Traveling abroad, motivated by any of the reasons above, poses different dilemmas. It seems, however, that most of those who travel abroad are trying to circumvent prohibitions of domestic law.⁶ In this regard, in the area of assisted reproduction, in theory we find the term “cross-border reproductive health care”, which denotes the departure of patients abroad who are faced with the

² I. G. Cohen, „Circumvention tourism“, *Cornell Law Review*, No.97, 2012, 1311.

³ W. Van Hoof, G. Pennings, „Cross Border–Reproductive Care around the World: Recent Controversies“, *Medical Tourism and Transnational Health Care* (eds. D. Botterill, G. Pennings and T. Mainil), Palgrave Macmillan, 2013, 98-100).

⁴ R.F. Storrow, „The pluralism problem in cross-border reproductive care“, *Human Reproduction*, Vol.25, No.12, 2010, 2941.

⁵ I. Glenn Cohen, *Patients with Passports: Medical Tourism, Law, and Ethics*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2014, 394-395.

⁶ In this regard, in theory it is also used the term „circumvention tourism“. See I. G. Cohen (2012), 1312.

problem of infertility in order for a particular reproduction technique to be performed.⁷

Namely, certain countries do not allow some of the medically assisted reproduction techniques such as the use of donated reproductive cells or, in particular, the use of genetic material by anonymous donors. For example, in Italy, no changes have been made yet, although their Constitutional Court has declared unconstitutional provisions prohibiting heterologous reproduction.⁸ Consequently, a large number of couples seek help at clinics in Spain, while a large number of German citizens go to the Czech Republic for fertilization with donated egg cells⁹, since the German law only allows the use of donated sperm, but not of donated eggs.¹⁰

After Sweden, which abandoned the donor anonymity rule in 1984, there is an increasing number of countries, such as the UK, Norway and Germany, that did the same.¹¹ As a result, there has been a decline in the number of potential donors in those countries. This change led to a large number of patients who travel abroad in order to use the donated genetic material of anonymous donors. In the Republic of Serbia, the Law on Biomedically Assisted Fertilization¹² regulates this area. This Act, like the previous one, allows the possibility of using donated genetic material, guaranteeing the donors anonymity. However, the implementation of these procedures has not yet been initiated, as there are still no bylaws that would regulate these procedures. As a consequence, a large number of patients from Serbia are going abroad, in most cases to the Czech Republic or to Slovenia.

Furthermore, with the use of preimplantation diagnostics techniques, it

⁷ *Ibid.*, 98.

⁸ I. Riezzo, M. Neri, S. Bello, C. Pomara, E. Turillazzi, "Italian law on medically assisted reproduction: do women's autonomy and health matter?", *BMC Womens Health* Vol.16, No.44, 2016, available at: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4958410/pdf/12905_2016_Article_324.pdf, 10.8.2018.

⁹ F. Shenfield, J. de Mouzon, G. Pennings, A.P. Ferraretti, A. Nyboe Andersen, G. de Wert, V. Goossens, "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction*, Vol. 25, No. 6, 2010, 1361–1368.

¹⁰ See Art.1 of The German Embryo Protection Act (Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz - ESchG), <https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BjNR027460990.html>, 7.7.2018.)

¹¹ In 2017, Germany passed a law, which came into force on 1.7.2018. This Law regulates children's right to know their origins in case of heterologous fertilization. Namely, this law stipulates that donors must not be anonymous and that children after the age of 16 have the right to know the donor's identity.

¹² The Law on Biomedically Assisted Fertilization, *Official Gazette*, No. 40/2017, 113/2017 – another law.

became possible to determine the gender of the child before implantation of the embryo. However, in most cases, countries prohibit embryo diagnosis with the sole aim of determining the sex of an unborn baby without the existence of serious medical indications that call for it. However, there are countries that allow this procedure and attract a significant number of those who see themselves fit as parents only of children of a particular sex.¹³

However, what has lately drawn the most attention of both theory and practice is the problem of cross-border surrogacy.¹⁴ Today, most countries prohibit any form of surrogacy, particularly the commercial one, so there are a large number of those who travel to the countries where this procedure is allowed or at least not explicitly prohibited.¹⁵

It is a procedure that, unlike other types of assisted reproduction, can be detected easily, since the procedure implies the birth of a child abroad, a child whose intended parents want to bring to their home country which prohibits surrogacy. In other cases of cross-border assisted reproduction techniques, it is difficult to reveal it. For example, it is hard to determine whether the donated material was used during fertilization or whether pre-implantation diagnostics was performed prior to the implantation of the embryo, since the whole procedure takes place and ends abroad, while the child is born in the country the patients come from.

It is not uncommon that in the case of cross-border surrogacy, the countries that the intended parents come from do not recognize the relationship between the child and the intended parents, applying their rule according to which the mother of a child is the woman who gave birth to it. On the other hand, according to the legislation of the state where the child was born, or from

¹³ One private clinic in Macedonia offers to patients a possibility to carry out the PGD procedure in order to find out the sex of the future child. See <https://www.whereivf.com/ivf-clinics/newborn-clinic-ivf-egg-donation-center/>, 10.6.2018.

¹⁴ Surrogacy is a procedure in which a woman agrees to carry the pregnancy to due term, with the intention of giving the child to a couple (hereinafter: intended parents) who ordered her pregnancy. See: Г. Ковачек Станић, „Биомедицински потпомогнуто зачеће и рођење детета: Сурогат материнство у упоредном европском праву и Србији“, *Становништво*, 1/2013, 2. (Г.Коваček Станиć, „Biomedically Assisted Reproduction and Childbirth: Surrogacy in Comparative European Law and in Serbia“, *Stanovništvo* No. 1, 2013, 2.) In the process of cross-border surrogacy, the intended parents, who come from a country where the surrogacy is banned (or where the costs of this procedure are high), hire a surrogate mother in the country that allows this procedure.

¹⁵ It is interesting to note that currently the surrogacy in Serbia is prohibited by the Law on Biomedically Assisted Fertilization, but that the Draft of the Civil Code of Serbia introduces the possibility of surrogacy. See art.272-2281 of *The Draft of the Civil Code of Serbia*, Government of the Republic of Serbia, Commission for the Preparation of the Civil Code, Belgrade, May 29, 2015; <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 18.7.2018.

where the surrogate mother originates, the intended parents are the only ones who are considered as parents, and the surrogate mother cannot obtain the status of a parent. In this paradoxical situation, children are not recognized neither by the country where they are born nor by the state from which the intended parents originate¹⁶, which leads to a situation in which children are often left without citizenship for several months or even years. Speaking of children *born via surrogacy*, whose right to acquire citizenship was denied, the author *Storow* said that France repudiated over 400 such requests by its citizens each year. A French lawyer described such conduct as reintroduction of the difference among children and the introduction of categories of legitimate and illegitimate children, which was abandoned by the French legal system long time ago.¹⁷

Apart from the damage done to children in this way, the other problem of cross-border surrogacy is also the possibility of corruption, that is, the treatment of people as a commodity and the problem of exploitation of women who are often forced to be a surrogate mother in order to provide for their own families.

The main question is what exactly has motivated the legislator to introduce a ban on surrogacy. Namely, if the state seeks to prevent the abuse or exploitation of the surrogate, the question arises whether the state is obliged to try to prevent such exploitation anywhere, that is to ban its citizens from participating in the surrogacy procedure anywhere.

States are free to decide independently about surrogacy, but they usually limit the validity of their rules only in their own territory. In practice, there are rare cases of states that have introduced legal solutions that prohibit domestic citizens to undergo certain MAR procedures in both their own and any other country. However examples proving the opposite exist. In 2010, Turkey introduced the criminal act of fertilization through donated genetic material, regardless of where the fertilization process was performed. A woman who undergoes such a procedure is confronted with a possibility of one- to three-year prison sentence.¹⁸ In addition to Turkey, two Australian countries have also introduced commercial surrogacy as a criminal offense, so citizens who violate this ban, risk being sentenced to up to two years in prison and a fine of over \$ 250,000.

On the other hand, the question is whether it is necessary (and if it is possible and how) to stop the cross-border surrogacy completely or if it is necessary to prohibit

¹⁶ U. R. Smerdon, "Birth registration and citizenship rights of surrogate babies born in India", *Contemporary South Asia*, Vol. 20, No. 3, 2012, 341.

¹⁷ R. F. Storow, "The Phantom Children of the Republic": International Surrogacy and the New Illegitimacy, *American University Journal of Gender Social Policy and Law* Vol. 20, No. 3, 2012, 564-566.

¹⁸ Gozde Zorlu, "Overseas artificial insemination outlawed in Turkey", *BioNews* No. 550, 2010, https://www.bionews.org.uk/page_92235

it only in certain cases. It seems that if the state limits its law only within its borders, it sends a clear message that a certain procedure is undesirable, but that the ban can easily be circumvented by going abroad with an adequate amount of money. In addition to this, there are many couples (primarily from France and Germany) who got a child through a surrogacy process in the countries where this procedure is allowed (Ukraine and until recently India), and then brought the child to the country they come from. Although there is information about the vast number of such couples' requests of which were denied, eventually these cases ended up in courts, and based on the principle of "best interests of the child" the final epilogue of those cases were always in favor of the intended parents. In 2017, the French Supreme Court issued a judgment seeking to resolve future cross-border surrogacy cases and predicted three steps that future parents must take before being granted the status of parents.¹⁹ Although this procedure requires time and money, it still provides the opportunity for success. In other words, not only that France did not extend the validity of its legislation, but quite contrary, it provided the mechanism by which the surrogacy procedure carried out abroad could be validated. This actually relativizes the ban on surrogacy that the French law knows. This one and all other similar judgments are motivated by the interests of children born in this way, that is, by the need to protect their rights.

Until recently, in the area of surrogacy, India was the main destination for the intended parents, since the costs of this procedure were far smaller than, for example, in some US states that also allow for surrogacy. At the same time, this practice has provoked serious controversy and disgrace, given the conditions in which the surrogacy process takes place. Several documentary films showed the hospitals in which this procedure was performed and in which the surrogates were often living during the entire nine months of their pregnancy. In most cases the intended parents were couples from Europe and the USA. The surrogate mothers did not hide the fact they endured their role very hard and constantly repeated that they were motivated only by money which would help them provide home or schooling for their children.²⁰ Due to a large number of cases in which the procedure of recognizing parental relationship between intended parents and children was significantly complicated and lasted for several months, the Supreme Court of India decided in 2015 to ban the practice of surrogacy for couples coming from abroad. After that decision, as one of the remaining destinations for many couples seeking for surrogate mothers, Ukraine appears as a sole destination in Europe, where the position of women seems to be nevertheless better.

¹⁹ See more about this decision: <https://www.iflg.net/french-foreign-surrogacy-parentage/>, 17.5.2018.

²⁰ The average amount that a surrogate mother received was about \$ 6,000, which they claimed is amount hardly reachable for the people in their country. (*Wombs for Rent in India* (RT Documentary), <https://www.youtube.com/watch?v=PSXZSdMmRdg>, 18.8.2018.)

3. *Travel for Abortion*

The issue of abortion raises a question that has always had an important place in sociological and ethical, as well as in legal debates, and about which there are no reconciled opinions today. Regarding this power of family planning aimed at preventing births, two movements emerged in the world: “pro-choice”, which permits legalization of abortion and “pro-life”, which views abortion negatively.²¹ Therefore, laws and regulations governing abortion, differ among countries. Viewed within the European legal framework, they range from widely opened possibility to terminate pregnancy on a pregnant woman’s demand, through its legalization in precisely determined instances to absolute forbiddance of abortion except in cases when a pregnant woman’s life is threatened.

Although a legal regime of abortion in every established government is conditioned by various circumstances, such as tradition, religion, and its specific social-political situation, it is liberal in most modern legislations.²² Therefore, in the great majority of European countries, abortion on demand can be performed during the first 12 weeks of pregnancy, which is allowed in France, Belgium, Italy (during the first 90 days of pregnancy), Norway, Denmark, Finland, Germany, Austria (during the first trimester of pregnancy), Switzerland, Bulgaria, Hungary, Czech Republic, Russia, Armenia and Ukraine. At the same time, only in several countries, such as Belgium, Italy, Finland, Switzerland and Hungary, it is conditioned by more or less restrictive reasons even in the above-mentioned initial weeks of pregnancy. A small number of countries, such as Serbia, Slovenia, Macedonia, Croatia, Montenegro and Portugal, have a shorter time limit enabling abortion on demand without stating a reason for such a decision and it is 10 weeks of pregnancy. In certain legislations, such as Spanish, a woman can request an abortion up to the 14 week, while the most liberal solutions are accepted in Sweden, where abortion on demand without indications is possible during the first 18 weeks, as well as Netherlands and Great Britain, where abortion on the request of the woman is allowed up to the 24 week, and in the last-mentioned legislation, only if certain indications are present.

The liberality of the legal regime of abortion within the European legal framework is additionally supported by the fact that the majority of contemporary legislations do not determine the upper limit of pregnancy duration when it is allowed to legally terminate it. The countries where the upper limit is not stipulated include

²¹ See Г. Ковачек-Станић, *Породично право*, Нови Сад, 2014, 45. (G. Kovaček-Stanić, *Family law*, Novi Sad, 2014, 45).

²² About criteriums for liberality in regulating abortion, see more: Г. Ковачек-Станић, „Критеријуми за либералност у регулисању прекида трудноће“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-3/1995, 163-173 (G. Kovaček-Stanić, „Criteriums for liberality in regulating abortion“, *Collected Papers of the Faculty of Law in Novi Sad*, No. 1-3, 1995, 163-173).

France, Belgium, Italy, Norway, Denmark, Austria, Switzerland, Bulgaria, Hungary, Russia, Sweden, the Netherlands, Great Britain, Serbia, Croatia, Slovenia, Macedonia and Portugal.

Time limits regarding the possibility of abortion exist only in several European countries, such as Germany, Spain, Armenia and Ukraine, where it is allowed up to 22 weeks, the Czech Republic and Finland, where abortion is possible through 24 weeks of pregnancy, as well as Montenegro, where it is possible up to 32 weeks of gestational age.²³

Regardless of whether there are time limits for termination of pregnancy, the legal status of abortion after the specified period of time during which it can be performed on demand, in all above-mentioned European legislations,

²³ Regarding legislations which allow abortion on demand up to 12, 14, 18 or 24 weeks of pregnancy, see Art. L2212-1 and Art. L2213-1 Code de la santé publique, Version consolidée au 31 août 2018 (Public Health Law of France), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665>, 15.07.2018., Art. 350 Code Penal Belge (Criminal Code of the Kingdom of Belgium), http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&cal-ler=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi#LNK0092, 27.07.2018., Art. 4 and Art. 6-7 Legge 22 maggio 1978, n. 194, Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza (Law No. 194/1978 – provisions on social maternity protection and willful abortion in Italy), http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_845_allegato.pdf, 27.07.2018., § 2 and § 10 Lov om svangerskapsavbrudd [abortloven], LOV-1975-06-13-50 (Abortion Law Norway), <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/1975-06-13-50>, 25.07.2018., § 92 - § 94 Sundhedsloven, LBK nr. 1202 af 14/11/2014 (Health Law of Denmark), <https://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=199871#ided85de2e-19c7-4f36-b3c6-f63b0e6677bb>, 01.08.2018., 1§, 5§ and 5 a§ Lag om avbrytande av havandeskap, 24/3/1970/239 (Abortion Law Finland), <https://www.finlex.fi/sv/laki/ajantasa/1970/19700239>, 01.08.2018., §218 a Strafgesetzbuch (StGB), Nov. 13, 1998 (Criminal Code of Germany), <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/>, 01.08.2018., § 97 Strafgesetzbuch [StGB], Federal Law of 23 January 1974 on Punishable Acts (Criminal Code of Austria), <https://www.jusline.at/gesetz/stgb>, 01.08.2018.; Art. 119(1-2) Schweizerisches strafgesetzbuch [STGB], Dec. 21, 1937 (Criminal Code of Switzerland), <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html>, 01.08.2018., Art. 7 and Art. 12 Наредба № 2 от 1990 г. за условията и реда за изкуствено прекъсване на бременност, Държавен вестник брой: 89 (Regulation № 2 on the conditions and procedures for abortion Bulgaria), http://econ.bg/Нормативни-актове/Наредба-2-от-1990-г-за-условията-и-реда-за-изкуствено-прекъсване-на-бременност_1.1_i.126998_at.5.html, 02.08.2018., 5. § - 6. § 1992. évi LXXIX. Törvénya magzati élet védelméről, (Law No. LXXIX on protection of unborn children Hungary), <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=99200079.TV>, 02.08.2018., § 4-5 Zákon České národní rady o umělém přerušení těhotenství č. 66/1986 Sb. (Abortion Law of the Czech Republic), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1986-66> and § 1-2 Vyhláška ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky, kterou se provádí zákon České národní rady č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství č. 75/1986 Sb. (Regulation of the Ministry of Health on implementation of the Abortion Law of the Czech Republic), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1986-75>, 03.08.2018., Art. 56 Федеральный закон от 21 ноября 2011

implies obligatory existence of indications, which are depending on the stage

г. N 323-ФЗ “Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации” (Law on Health Care of the population of the Russian Federation), <https://rg.ru/2011/11/23/zdorovie-dok.html> and Art. 1-2 Постановление Правительства РФ от 6 февраля 2012 г. N 98”О социальном показании для искусственного прерывания беременности” (Regulation on social indications for abortion), <http://base.garant.ru/70137312/>, 03.08.2018., Art. 10 Закон Республики Армения о репродуктивном здоровье и репродуктивных правах человека от 26 декабря 2002 года ЗР-474 (Law on human reproductive health and reproductive rights Armenia),

http://www.jurconsult.ru/law/armenia/o_reproduktivnom_zdorove.php, 02.08.2018., Art. 50 Основи законодавства України про охорону здоров'я No.2802-XII від 19.11.92. (Fundamentals of the healthcare legislation of Ukraine), <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>, 01.08.2018., Art. 281(6) Цивільний кодекс України No. 435-IV, Jan.16, 2003 (Civil Code of Ukraine), <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15/page6>, 01.08.2018., as well as Постанова від 15 лютого 2006 р. N 144 про реалізацію статті 281 Цивільного кодексу України, Кабінет Міністрів України (Regulation on defining indications for abortion), <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/144-2006-n>, 02.08.2018., Art. 14-15 Ley 2/2010 Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (Law on sexual and reproductive health and a willful abortion in Spain), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>, 04.08.2018., 1§, 3§ and 6§ Abortlag, SFS nr: 1974:595 (Law on abortion of Sweden),

https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/abortlag-1974595_sfs-1974-595, 04.08.2018., Art. 2-3 and Art. 5 Wet afbreking zwangerschap van 1 mei 1981 (Abortion Law of the Netherlands), <http://wetten.overheid.nl/BWBR0003396/2018-08-01>, Art. 82a and Art. 296 Wetboek van Strafrecht van 15 Jan 1886 (Criminal Code of the Netherlands), <http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2016-01-01>, and § 4.1 - 4.2 Aanwijzing vervolgingsbeslissing levensbeëindiging niet op verzoek en late zwangerschapsafbreking van 15 mar 2007 (Instructions on exemption from criminal responsibilities in cases of euthanasia and late abortions in the Netherlands), <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/Stcrt-2007-46-p10-SC79644.html>, 04.08.2018., as well as Sec. 87, § 1 (1) Abortion act 1967 (Abortion Law of the Great Britain),

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/section/1>, 04.08.2018. Regarding legislations which allow abortion on demand up to 10 weeks of pregnancy, see: Art. 6-7 Закона о поступку прекида трудноће у здравственој установи Србије, „Сл гласник РС“, бр. 16/95 и 101/2005 (Law on the procedures for abortion in the healthcare institutions of Serbia); Art. 17-19 Zakona o zdravstvenih ukrepih pri uresničevanju pravice do svobodnega odločanja o rojstvu otrok Slovenije, „Uradni list SRS“, št. 11/77, 42/86 in „Uradni list RS“, št. 70/00 – ZZNPOB (The Law on Health Measures in the Exercise of the right to Freely Decide on the Birth of Children of Slovenia); Art. 3(1), Art. 4 and Art. 7 Закона за прекинување на бременоста Македоније, „Службен весник на РМ“, бр. 87/2013 (Law on termination of pregnancy of Macedonia); Art. 15 and Art. 22 Zakona o zdravstvenim mjerama za ostvarivanje prava na slobodno odlučivanje o rađanju djece Hrvatske, Urednički pročišćeni tekst, „Narodne novine“, No. 18/78 and 88/09 – Zakon o medicinskoj oplodnji (Law on healthy measures for rights to free freedom for children of Croatia- Medical Implantation Act); Art. 4 and Art. 6-8 Закона о условима и поступку за прекид трудноће Црне Горе, „Сл. лист ЦГ“, бр. 53/2009 (Law on the conditions and procedures for abortion of Montenegro); as well as Art. 142 (1) CÓDIGO PENAL, Decreto-Lei No. 48/1995 (Criminal Code of Portugal), http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis, 27.08.2018.

of pregnancy often defined in different ways, but are quite strict everywhere when concerning late pregnancy, and often mean a special procedure which requires obtaining a license for abortion from a legal body.²⁴

However, there are some countries which have extremely restrictive abortion laws. Hence, Poland allows abortion only in instances when a pregnant woman's life and health are endangered; when there is a justified suspicion that the pregnancy is a result of a crime act, up to 12 weeks of pregnancy; and in cases of fetal malformations, up to the period when it is capable of independent life outside of the mother's body.²⁵ Abortion in Malta is illegal and constitutes a criminal offence in all circumstances.²⁶ Abortion in Ireland is allowed only if it is necessary to save the life of the mother.²⁷

However, this country might expect a change which would introduce legislation allowing pregnancy termination on demand up to 12 weeks, that is up to 24 weeks of pregnancy in cases when it endangers the woman's life or health. The forthcoming law changes are a consequence of the referendum held in May 2018, which resulted in the cancellation of the Eighth Amendment by which the Constitution of Ireland guarantees "the right to life to the unborn", that is the same right to life to the fetus as to the mother.²⁸

Evident differences in legislations and the fact that in Europe there are countries, although they are in minority, which have strict regulations concerning

²⁴ About specific characteristics of the termination of late pregnancy and its indications in comparative European law, see: Г. Ковачек-Станић, „Прекид касне трудноће у праву Србије и упоредном европском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 2/2015, стр. 489-495 (G. Kovaček-Stanić, „Termination of late pregnancy in the Serbian law and comparative European law“, *Collected Papers of the Faculty of Law in Novi Sad*, No. 2, 2015, 489-495).

²⁵ See Art. 4a.1 and Art. 4a.2 Ustawa z Dnia 7 Stycznia 1993 o Planowaniu Rodziny, Ochronie Plodu Ludzkiego i Warunkach Dopuszczalności i Przerwywania Ciazu (Law on family planning, protection of human fetus and conditions for abortion in Poland), <https://www.arslege.pl/ustawa-o-planowaniu-rodziny-ochronie-plodu-ludzkiego-i-warunkach-dopuszczalnosci-przerwywania-ciazy/k484/>, 01.08.2018. Since the conservative party *Law and justice*, has got authority, the Catholic church and conservatives started advocating more vehemently for a complete ban on abortion. The Parliament of Poland accepted to continue holding discussions on the proposed abortion ban in case of serious fetal malformations or diseases and at the same time refused the opposition's proposal on liberalization of the current legislation, which led to massive protests in Poland.

²⁶ See Art. 241-243A Criminal Code of 1854 (Criminal Code of Malta), http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=67028&p_count=96239&p_classification=01.04&p_classcount=2272, 28.08.2018.

²⁷ See §7 - §9 Protection of Life during Pregnancy Act Ireland 2013, No. 35 of 2013, <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2013/act/35/enacted/en/print>, 27.08.2018.

²⁸ According to the above-mentioned Amendment 8 (art. 40.3.3.), which was introduced to the Constitution of Ireland in 1983, abortion in this country has been completely banned until

pregnancy termination, led to the phenomenon of pregnant women travelling abroad for a legal abortion, with the aim to override the prohibitions of the domestic legislation, that is, to avoid regulations which govern the termination of pregnancy in a home country. As much as it is possible, considering legal and practical reasons, women from the countries which have restrictive abortion laws, most often travel to neighboring countries, among which generally viewed, the most popular destinations are the Great Britain, the Netherlands, Austria and Belgium, and then Sweden, Germany and Spain.²⁹ The highest rate of abortion tourism is noticed exactly in Ireland, Poland and Malta. Although there are no completely precise statistics on abortion tourism, it should be noted that according to the British Healthcare department's estimate, since January 1980 until December 2017, there have been at least 173 308 women from Ireland who had their abortion performed at British clinics.³⁰ The turning point for frequent travels of Irish women abroad for having an abortion was a case of a rape of a fourteen-year-old girl who was allowed by the Supreme Court of Ireland in 1992 to go to the Great Britain for abortion, after concluding that suicidal intentions of the pregnant girl presented a great threat to her life, and thus, could not be considered as a breach of the Eighth Amendment (Art. 40.3.3) of the Irish Constitution, in view of the fact that it guarantees not only "the right to life to the unborn", but also "due respect of the same right to the mother".

2013 <http://www.irishstatutebook.ie/eli/cons/en#article40>, 27.08.2018. Passing the Law on Life protection during pregnancy in 2013 partially ensued as an answer to the verdict of the European court for human rights from 2010, in which it is stated that by a complete ban of abortion Ireland breaches art. 8 of the European convention on human rights – the right to respect for private and family life (*A,B&C v. Ireland*, [2010] E.C.H.R. 2032, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>). The Law repeats the general ban of abortion and aims to protect human life during pregnancy, while it stipulates that the termination of pregnancy is only possible in those instances when the life of the pregnant woman is really and seriously threatened due to an illness (including those sudden ones) or a potential suicide. See Clare Feikert-Ahalt, *Abortion legislation in Europe*, The Law Library of Congress, Global Legal Research Center, 2015, 19-20.

²⁹ At one point Spain was especially popular destination for women from France, bearing in mind that according to former French legislation abortion on demand was possible up to 10 weeks of pregnancy, which made many pregnant women from France, who missed this time limit, go to Spain for abortion, where it is legal even after 10 weeks of pregnancy. It is stated in literature that many Spanish clinics, having recognized the needs of their French patients, responded by producing leaflets in the French language. See: Ewa Hirvonen, *Polish Abortion Tourism*, Laurea University of Applied Sciences, 2017, 13.

³⁰ See Sexuality, information reproductive health & rights, Abortion in Ireland: Statistics, <https://www.ifpa.ie/Hot-Topics/Abortion/Statistics>, access: 15/8/2018. At the same time, it is stated that this is not the final number of abortions by the Irish women performed abroad, considering that many of them did not provide their address data from Ireland, and also considering the fact that they also went to some other countries, most often to the Netherlands for having an abortion.

After this case, Ireland passed the Thirteenth Amendment to the Constitution (so-called “tourist amendment”), which stipulates that Art. 40.3.3 of the Constitution does not restrict the freedom of travel between the state and other state, that is, which guarantees the freedom of travel to other countries for the purpose of having an abortion and availability of information regarding unplanned pregnancy termination. Afterwards, a habitual practice of Irish pregnant women to travel abroad for having an abortion became common, even in circumstances when a pregnancy did not put a woman’s life at risk.³¹ Similar situation prevails in Poland, considering that according to the estimate of this country’s *Federation for Women and Family Planning*, 10-15% of abortions out of the total number per year are performed abroad, most often in Germany and Great Britain, then neighboring countries such as Belorussia, Ukraine and Slovakia, and sometimes in Belgium and Austria.³² Complete abortion ban in Malta and a potential criminal liability in case of performing one, does not prevent women from this country to travel abroad for having an abortion. Namely, according to the unofficial estimates, approximately 300-400 women from Malta travel every year to other countries, such as Italy, the Netherlands and Germany for termination of unplanned pregnancy,³³ while according to the data from the British Healthcare Department, about 60% of women from this country, on an annual basis, have their abortion performed in Great Britain.³⁴

The above-mentioned practice brings certain legal dilemmas, such as the question whether the state whose legislation forbids abortion or contains more rigorous regulations regarding the legal regime of pregnancy termination (in terms of the time limit and indications) has a possibility to provide extraterritorial validity of its regulations in view of its citizens’ activities, performed in a state where abortion is legal, after their return to home country. In the case of a positive answer, the question of the necessity arises, i.e. the justification of extraterritorial incrimination of such activities.

Viewed from the aspect of the international law, a state has a possibility to provide extraterritorial validity of its regulations which govern the conditions and the procedure of pregnancy termination, as well as an appropriate punishment in case of disobeying the regulations, although it does not have jurisdiction over enforcement of these regulations in the other country.³⁵

³¹ See I. G. Cohen, *op.cit.*, 319-320.

³² See E. Hirvonen, *op. cit.*, 14.

³³ See the web site: http://www.independent.com.mt/articles/2018-02-04/local-news/300-to-400-Maltese-women-go-abroad-for-an-abortion-each-year-AD-chairperson-6736184440_, 30.08.2018.

³⁴ See Abortion in Malta, web page: <https://www.wikigender.org/wiki/abortion-in-malta/> (Department of Health, UK. “Abortion statistics for England and Wales:2011”), 31.08.2018.

³⁵ We think that along with the idea of extraterritorial validity of the domestic legal regulations, proving that criminal act has been performed would be extremely hard to achieve, although

The basis for incrimination of abortion performed abroad is a principle of citizenship, i.e. the fact that a pregnant woman is a citizen of the country whose legal regulations forbid abortion or possibly allow it under more restrictive conditions. However, although the states have the above-mentioned option, they are not, according to the international laws, required to widen the territorial scope of their criminal bans regarding the activities of their citizens performed outside their country's borders, and, as a general rule, they do not do that.

The answer to the question whether a certain country should stipulate extraterritorial validity of its regulations concerning abortion performed by their citizens abroad, mostly depends on what domestic legislation primarily aims to protect by enacting abortion ban or by imposing stricter restrictions regarding it. In that sense, the doctrine states that most frequent justification for abortion incrimination is the protection of fetus, while motives may differ, such as, for example, the protection of a woman.³⁶ The advocates of extraterritorial validity of domestic regulations, stress that in case when it concerns the protection of fetus, i.e. the unborn child, as in Ireland, which until recently guaranteed “the right to life to the unborn”, then we can talk about the existence of a powerful normative reason for incrimination of performing an abortion by citizens of the home country in other countries where it is legal. The argument for this view is additionally supported, among other things, by a principle which arises from a theoretic experiment that if a certain country incriminates, for example, infliction of severe physical injuries, by its domestic regulations, whereby the reason for it is the protection of a victim, while both a perpetrator and a victim are citizens of that country, then it should also stipulate the criminal ban of extraterritorial activities regarding medical tourists' actions, even when they are allowed according to the country of destination.³⁷ Applied to the procedure of abortion performed abroad, if a certain country views a fetus as a person and its “citizen” – for the legal purposes, then an abortion should also be viewed as a “murder” of an unborn child, which according to this opinion, also constitutes

from a historical point of view, there have been cases of preventing, revealing and punishing these actions, like for example in the West Germany before the unification. According to the Criminal Code from 1976, abortion in the West Germany was considered a criminal act, except in restrictively determined cases, whereat the punishment was prescribed even if it was performed abroad. From this reason, the German customers performed thorough search of all women who wanted to re-enter their homeland with the possibility to request a gynecological examination to be performed if there was any doubt. For example, such an examination was requested when it was noticed that in a woman's car there were a sleeping gown and a corresponding brochure of the Dutch abortion clinic. See: I. G. Cohen, *op. cit.*, 323.

³⁶ See I. G. Cohen, *op. cit.*, 333.

³⁷ See I. G. Cohen, *op. cit.*, 348.

a strong argument for extraterritorial criminalization of the above-mentioned procedure, which exists even when a state does not view a fetus as its “citizen”. On behalf of the need for adopting this solution, there is a fact stating that attitudes of contemporary legislations differ regarding whether it is necessary to ban abortion and if it is, at what developmental fetal phase, while abortion ban can be controversial even in the very country which is inclined toward this solution. In that sense, it is emphasized that the country which already has rigorous legislation concerning abortion, and which believes that performing an abortion within its borders is illegal, cannot either justify this procedure in case it is performed in other country, but is obliged, regarding values it aims to protect by enacting abortion ban, to protect them in the consistent manner regardless of where it is performed, thus also in situations abortion is performed in some other country where it is legal. At the same time, the necessity of extraterritorial validity of domestic regulations is specially suggested in case when attitudes of legislation between a home country and a country of destination differ concerning the essential question – allowing, or not allowing abortion, while, on the other hand, this need is less expressed if there exist differences regarding other issues of the legal regime of termination of pregnancy (time limit, indications, procedure).³⁸

If a state is trying to enact restrictive abortion policy, it should promote it in the highest possible degree (by means of appropriate education in terms of the availability of health services, contraceptive methods, possibility of pregnancy termination etc.), and at the same time not restrict their citizens’ freedom to travel abroad for the purpose of using these services. A good example for it is the legislation in Ireland, which by the above-mentioned “tourist amendment” to the Constitution, guarantees the freedom of travel to the other countries for having abortions and the availability of information concerning its procedure abroad. The Report on Sexual and Reproductive Health and The Rights prepared by the Board for Women’s Rights and Gender Equality in 2013 also speaks in favor of all of the above-mentioned and with regard to unplanned or unwanted pregnancy emphasizes the need for safe abortion services. By stressing that the right to pregnancy termination should never be promoted as a family planning method, member states are, among other things, invited to refrain from stopping pregnant women who wants to have an abortion to go to the other member state where it is allowed and it is recommended that high-quality abortion services should be legal and available to everyone within the system of public health-care.³⁹

³⁸ For more information about the above-mentioned, see I. G. Cohen, *op. cit.*, 348-355.

³⁹ At the same time, the doctrine points to the fact that, despite international efforts, a discrepancy can be noticed between the member states of the European Union (considering that within EU, according to the Resolution of the European parliament on sexual and reproductive health and rights, sexual and reproductive health is under jurisdiction of the member states) and inequality in these rights enjoyed by women in Europe, and also that

4. *Suicide Tourism*

Last few decades, the number of citizens traveling abroad in order to end their life is constantly increasing. The described phenomenon is called “death tourism” or “suicide tourism”, for people usually search assistance in taking their lives.⁴⁰ When one deals with the question of death tourism one must inevitably deal with question of euthanasia⁴¹ and assisted suicide.

The distinction between the previous two is made by who takes patient's life. In case of assisted suicide, a patient takes the final act by himself or herself and in case of euthanasia, physician is causing the patient's death. Moreover, authors make distinction between “active” and “passive” euthanasia, having in mind physician's action. If the physician is actively taking steps to end a life, that is “active” euthanasia or “killing on request” (most often, it is done by administering a lethal drug), and if the physician is merely withdrawing or withholding treatment, that is called “passive” euthanasia.⁴² On the other hand, distinctions can be made with regard to the involvement of the patients. The patient's decision to end life can be with the consent in which case it is referred to “voluntary” euthanasia, without consent in which case it is referred to “involuntary” euthanasia, and “non-voluntary” euthanasia where a patient lacks competence to make the decision regarding the question of ending his or her own life, meaning that he or she is not capable of understanding the choice between life and death.⁴³ Since the subject of our interest is death tourism, two possible options will be discussed further, (physician) assisted suicide (hereinafter - (P)AS) and voluntary active euthanasia (hereinafter - VAE).

There are few European countries⁴⁴ which allow “ending the life procedure” and they have chosen rather liberal approach in arranging it. In

abortion is legal in several countries, although more and more difficult to be achieved due to regulative and practical obstacles (for example, abuse of conscientious objection, mandatory waiting period and counseling), while certain state members even consider restricting the possibility of pregnancy termination. Obtained from: О. Јовић-Прлаиновић, *Биолошки основи родитељства – право и стварност*, Косовска Митровица, 2017, 58. (O. Jovic - Prlainovic, *Biological grounds of parenthood - law and reality*, Kosovska Mitrovica, 2017, 58).

⁴⁰ See A. Safyan, “A Call for International Regulation of the Thriving Industry of Death Tourism”, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, Vol. 33, No. 287, 2011, 288.

⁴¹ Euthanasia, a word of Greek origin (*eu* - good and *thanatos* - death), meaning mercy killing.

⁴² Passive euthanasia is allowed in most countries, giving the fact that a patient has a right to refuse medical treatment. See A. Safyan, *op. cit.*, 291.

⁴³ See Sh. Pattinson, *Medical Law & Ethics*, London, Sweet & Maxwell, 2011, 527-529.

⁴⁴ Due to the page limit of the paper, in this part, our focus will be on European legislation only.

the following lines provision of those countries will be presented, with the differences among them and possibilities for death tourism to grow in each of those countries. On one side, there are the Netherlands, Belgium and Luxembourg which permit both PAS⁴⁵ and VAE, and on the other side, there is Switzerland, which permits only AS. As far as Serbia is concerned, PAS and VAE are prohibited by the law,⁴⁶ which raises the question whether the state has authority to prevent citizens from traveling abroad and eluding the provisions and whether the state could or should prosecute citizens who help in achieving this goal. The questions will be discussed in the conclusion.

When it comes to the Netherlands, law enacted in 2002 provides immunity from punishment under strictly defined circumstances⁴⁷ and it mainly presents a codification of long-standing practice and jurisprudence. If the physician wants to preform VAE or PAS, he has to satisfy the prescribed requirements of careful practice. Those consist of making sure that the patient has agreed to the procedure (that his consent is voluntary), that his suffering is unbearable with no prospect of improvement and also that the procedure itself is carried out in accordance with due medical care. Even though this was earlier sufficient to execute VAE or PAS, new law requires some additional conditions to be met. One physician's decision is not sufficient anymore. Physician has to refer to some other independent colleague to confirm his decision. A physician who has no connection to the case has to examine the patient and state in writing that everything has been done following due care criteria.⁴⁸ Whether all the conditions are met is Regional Euthanasia Review Committee's (RTE) jurisdiction. It consist of a physician, an ethicist and a legal expert, all appointed

⁴⁵ The Belgian legislator had not seen the need to include PAS explicitly as part of the scope of the law. However, Federal Commission for Euthanasia Control and Evaluation has considered PAS, from its first report, to be allowed if it is carried out in accordance with conditions prescribed for VAE. See E. Diesbach, M. Loze, C. Brochier, E. Montero, "Euthanasia in Belgium: 10 years on", *Dossier of the European Institute of Bioethics*, 2012, 6.

⁴⁶ See Art. 117 and 119 of Criminal Code of Republic of Serbia, *Official Gazette of RS*, No. 85/2005, 88/2005, 107/2005.

⁴⁷ See Art. 2(1) of Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedure) Act, 2002, <https://www.euthanasia.ws/leyes/leyholandesas2002.pdf>, 12.08.2018. Hereinafter: The Dutch Act.

⁴⁸ A network of physicians ('Support and Consultation on Euthanasia in the Netherlands', the SCEN project) has been set up to facilitate collaboration and is aimed at professionalizing consultation. In 2017 there are around 650 SCEN-certified physicians performing consultations. See A guide to the Dutch Termination of Life on Request and Assisted Suicide - (Review Procedures) Act, Netherlands Ministry of Foreign Affairs International Information and Communication Department in cooperation with the Ministry of Health, Welfare and Sport and the Ministry of Justice, <http://www.bioeticanet.info/euthanasia/LleiEuHol.pdf>, 17.08.2018. Hereinafter: A guide.

by the Minister of Justice and the Minister of Health, Welfare and Sport.⁴⁹ The main reason behind the new regulation was to increase transparency so it is possible to monitor the existing practice better in order to reduce possible illegal activities and also to provide better chances of a protection to a physician who carries out the procedure.

New act is unquestionably a step forward but some criteria remain unsettled, e.g. interpretation of the patient's unbearable and lasting suffering. What does it refer to and how can be established with certainty, having in mind it is a subjective criteria. The Chabot case made it possible to subsume the situations where patients do not suffer from somatic illness nor they are in a terminal phase of illness into the scope of a new law. The decision reached long before the new law was adopted, was based on the argument that suffering and not the cause of suffering, is determinative, so unbearable and lasting psychological suffering will suffice.⁵⁰ Furthermore, in order to be able to establish patient's state with certainty, the physician has to know patient very well. The above-mentioned is possible only with the close physician-patient relationship, which means that vast majority of physicians will refuse to carry out PAS or VAE on someone who is not in their care.⁵¹ PAS and VAE can be requested by every person older than 16 years, even the children aged 12 if they have parents' or legal guardian's consent.⁵² All of them have to make an advance directive ("living will")⁵³ or to be able to express their wishes orally in order to apply the law.

Just a few weeks after the Netherlands, Belgium adopted a law decriminalizing euthanasia under well-defined conditions, similar to the ones in the Dutch regulation.⁵⁴ However, in 2014 new law was adopted, amending the previous law

⁴⁹ These were established in November 1998. Today there are 5 regional committees with members appointed for a period of six years. The novelty introduced by the law is that they are not obliged anymore to report every case to the Public Prosecutor. If they find that all the criteria are met, they will only inform the Public Prosecutor and no further action will be taken. Yet, they are obliged to publish a complete report on their activities and cases every year. Available at: <https://english.euthanasiecommissie.nl/>, 13.08.2018.

⁵⁰ See J. Griffiths, "Assisted Suicide in the Netherlands: The Chabot Case", *The Modern Law Review Limited*, 1995, p. 237, 240. Nowadays, situations like this require two independent physicians, with one of them being a psychiatrist. See A guide.

⁵¹ See A guide.

⁵² Minors aged between 16 and 18 have to have their parents or guardians consulted before. So, their explicit consent is not necessary condition. See Art. 2(2) (3) (4) of the Dutch Act.

⁵³ An advance directive is a written statement of a person's wishes regarding medical treatment or, in this case, regarding the circumstances under which this person requests euthanasia. See A. Jong, G. Dijk, "Euthanasia in the Netherlands: balancing autonomy and compassion", *World Medical Journal*, Vol. 63, No. 3, 2017, 12.

⁵⁴ See Art. 3 of Act of 28 May 2002 on Euthanasia, 2002, <http://www.ethical-perspectives.be/viewpic.php?TABLE=EP&ID=59>, 12.08.2018. Hereinafter: The Belgium Act.

with a view to extending it to the minors.⁵⁵ Belgium thus has become the first European country to remove all formal age restrictions for VAE. Under the new law, a child who is terminally ill, who suffers from intolerable and inescapable physical pain, whose capacity for understanding and judgment has been verified by a psychologist, and lastly, who has parents' or legal guardian's consent, may request VAE.⁵⁶ As can be seen, the conditions for the minors requesting VAE are stricter than those imposed to the adults and the emancipated minors. The minors have to suffer from somatic illness, which has to be in its terminal phase and their judgment has to be verified in written by psychiatrist or psychologist in order to apply the law. Even though the new law formally removes age limit for requesting VAE, by emphasizing the child's personal competence the new law, however, excludes from its scope, children with intellectual disability, young children and neonates.

In 2009, Luxembourg has joined them with similar provisions.⁵⁷ Differences are few, e.g. PAS and VAE are granted only to adults and it is explicitly said that even psychological suffering will be enough to request procedure, which contributes to the legal certainty unlike the situation in the Netherlands. In each of the aforementioned countries, an authorized body has been established to guaranty proper application of the law and to publish every undertaken procedure on an annual basis.

In Switzerland, situation is rather different. Only AS is allowed, while VAE is not. Killing on request is punishable according to criminal law.⁵⁸ However, having in mind assisting another to commit suicide, Swiss system is most liberal legal system, not only in Europe but in the whole world. This liberalism comes from the fact that anyone (and not just physicians) can assist another person to commit suicide. In order to avoid liability in accordance with CC, only request is to act without any selfish motives (e.g. wish to inherit, to get pecuniary profit).⁵⁹ Furthermore, the law does not require any medical condition nor it is mentioning quality or quantity of one person's suffering sufficient for AS.⁶⁰ As a result, around 25% of people who die by AS are just old or are

⁵⁵ See Act of 28 February 2014 Amending the Act of 28 May 2002 on Euthanasia with a view to extending it to minors, 2014, <https://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20140228-loi-euthanasie-mineurs.pdf>, 12.08.2018.

⁵⁶ See Art. 3 of the Belgium Act.

⁵⁷ See Art. 2 of Act on Euthanasia and Assisted Suicide, 2009, <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2009/03/16/n2/jo>, 12.08.2018. Hereinafter: The Luxembourg Act.

⁵⁸ See Art. 114 of Swiss Criminal Code, 1937, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>, 17.08.2018. Hereinafter: Swiss CC.

⁵⁹ See Art. 115 of Swiss CC.

⁶⁰ However, current Swiss practices and guidelines require a terminal or otherwise incurable disease. See S. Hurst, A. Mauron, "Assisted suicide in Switzerland: Clarifying liberties and

simply "tired of life."⁶¹ Consequently, patients only have to have decisional capacity to be eligible to request AS.⁶² On those grounds, helping a child or a mentally ill person is punishable. Legal representatives and physicians can commit a crime even by non-intervening in case of suicide because they have a duty toward the persons with special needs.⁶³ It is also important to note that the decision in favor of AS does not create an obligation for anyone to help the person concerned, but simply grants permission to do so. As opposed to the situation in the Netherlands, in Switzerland, physicians do not perform AS in such a high percentage. The lack of direct legal rules about obligatory physician involvement allows a volunteer, such as social worker and nurse to perform these procedures. In such conditions, two non-profit organizations have central roles, Exit and Dignitas. Their activities are considered to be legal because they act without any altruistic motives. However, this can be strongly contestable while anyone who applies, have to pay (total amount can exceed EUR 10,000) for AS.⁶⁴ There is a significant difference between these two organizations. The first one offers its services only to Swiss residents, while the other offers them to everyone, even nonresidents. This leaves an open space for death tourism to grow. The so-called "right-to-die organizations" are able to provide their own accommodation and cover all the administrative and burial costs, however they are not authorized to store lethal drug nor can they prescribe it by themselves.⁶⁵ Only physicians have that right. That is the reason why physicians still play significant role in practice, along with the fact that they are competent to assess if the patients have decisional capacity.

Assessing the given provisions it is shown that Switzerland is a paradise destination for death tourism patients, because of the lack of the strict and clear rules. The government tried to introduce specific legislation to regulate this matter.⁶⁶ However, after careful consideration it was concluded that specific

claims", *Bioethics*, Vol. 31, No. 3, 2017, 205.

⁶¹ See S. Fischer, CA. Huber, L. Imhof, R. Mahrer Imhof, M. Furter, SJ. Ziegler, G. Bosshard, "Suicide assisted by two Swiss right-to-die organizations", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 34, No. 11, 2008, 810–814. Referred to by: R. Andorno, "Nonphysician-assisted suicide in Switzerland", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, Vol. 22, No. 3, 2013, 246.

⁶² See Ch. Schwarzenegger, S. Summers, *Criminal Law and Assisted Suicide in Switzerland*, Zurich, Faculty of Law, University of Zurich, 2005, 5.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ There are similar opinions, saying that their activities are motivated only by selfish motives, because they get paid for their help. See R. Andorno, *op. cit.*, 252.

⁶⁵ This prohibition on "right-to-die organizations" is a consequence of a Court decision. See Decision 2C_839/2008, Federal Court, 1 Apr 2009. Referred to by: R. Andorno, *op. cit.*, 250.

⁶⁶ Alongside with the threat of death tourism, Switzerland has been accused of violation of Article 8 of the European Convention on Human Rights because it did not provide sufficient guidance clearly defining the extent of "ending-life" right. See *Gross v. Switzerland - 67810/10*,

legal regulation would not improve the current situation and in addition it would carry even more disadvantages.⁶⁷ In the Benelux law, patients residing abroad also may make end-of-life decision because no clause regarding residence or nationality is required as condition prescribed by the law. Despite this, countries have, to some extent, protected themselves from uncontrolled death tourism growth with the law requirement of close physician-patient relationship, which requires longstanding personal contact between the physician and the patient. Having this in mind, it seems quite impossible for someone abroad to make a phone call and make an appointment to end life in the Benelux countries. Yet, in 2012 the Dutch Voluntary Euthanasia Society (NVVE) established new mobile clinics to assess requests of patients whose usual physicians had declined their requests.⁶⁸

In light of death tourism, everything listed above indicates that countries which allow these procedures leave more or less space for growth of number of citizens seeking painless and fast death. The main health problems for seeking shelter are neurological disorders (47%), cancer (37%) and rheumatic and cardiovascular diseases (16%). It is not unusual for some patients to have more than one disease (28%). Most of the patients come from Germany (43.9%), then England (20.6%) and France (10.8%).⁶⁹ The data also indicates a potential increase in the number of family members and friends who help loved ones achieve their desires in cases when they themselves are not capable to do so.

5. Conclusion

We believe that each state is free to take a stand on an issues regarding assisted reproduction (and consequently regarding surrogacy), abortion and assisted suicide. However, it seems that it is hard to find a solution that will satisfy the interests of all interested parties.

In a case of surrogacy, this procedure is most often introduced by economically weaker countries where most of the population lives in poverty, and modest payments of couples coming from abroad is seen as the last resort that sometimes can even help solve lifetime problems. On the other hand, in this way developed countries are able

ECHR Judgment 14 May 2013 [Section II].

⁶⁷ See R. Andorno, *op. cit.*, 246, 252.

⁶⁸ See N. Francis, Assisted dying practice in Benelux: White paper 1, 2016, <http://www.levenseindekliniek.nl/en/>, 15.08.2018.

⁶⁹ S. Gauthier, J. Mausbach, T. Reisch and C. Bartsch, "Suicide Tourism: A Pilot Study on The Swiss Phenomenon", *Journal of Medical Ethics*, Vol. 41, No. 8, 2015, 613.

to pursue their own policy of promoting ideals of human rights protection, eventually allowing its citizens to fulfill their desire for children beyond its borders.

Nevertheless, the rights of children born through this procedure, as well as the rights of surrogate mothers, must not be overlooked. The permissive legislation referred to surrogacy should not be guided exclusively by a profit neglecting human rights at the same time. Having that in mind, it seems that a solution according to which a surrogacy procedure in one state would be allowed exclusively to domestic nationals or nationals of those countries whose legislation allows for surrogacy, is correct and can prevent problems related to the violation of the child's right to identity. In this way, each state would be free to decide on this procedure without creating controversial cases with a foreign element. However, it remains to be seen what the consequences of a ban imposed by India will be, that is, whether this ban will actually be implemented or the process of surrogacy will take place far from the eyes of the public that is all too eager to criticize.

Regarding the abortion, in our opinion, extraterritorial incrimination of pregnant women who travel abroad for having an abortion certainly means the most direct attempt of inhibiting this kind of medical tourism,⁷⁰ although the question of its justification is debatable. Even if we generally agree with some of the above-stated arguments which favor this solution, it seems that judgment of the need of its existence should also consider other relevant factors, especially potential usefulness of such legal solution and consequences it would bring. Furthermore, the very incrimination of such activities of pregnant women by a home country, would hardly be sufficient to divert them from this kind of medical tourism. Finally, and it seems most importantly, even if this were manageable, abortions would undeniably still be happening, raising thus the possibility of unsafe and illegal abortion performance in a home country, which would further jeopardize life and health of pregnant women.

Finally, as in the previous two sections, the crucial question is also whether the countries which prohibit VAE and PAS (which is the case in majority of European countries) should prevent or permit their citizens to travel abroad and should they prosecute their loved ones if they e.g. obtain a plane ticket for them or accompany them. By all means, every country, under international law, has a right to extend its jurisdiction ("extraterritorial" jurisdiction).⁷¹ However, no country has used that lately, as it seems little bit too excessive.⁷² Rather than seek to enforce a blanket

⁷⁰ The doctrine states that this kind of medical tourism can further be prevented by incrimination of providing information regarding availability of such services abroad to the population of the country which has restrictive laws on abortion. For more information, see: I. G. Cohen, *op. cit.*, 365-367.

⁷¹ See I. Glenn Cohen, *op. cit.*, 324-331.

⁷² In the recent cases the accepted criminal provisions have been overlooked in order to avoid punishing medics or family members, referring to "public interest", especially in the UK. However, provisions remain unmodified. See *Pretty v. the UK*- 2346/02, ECHR, Judgment

prohibition on travel, a compromise allows the home country to establish a balance between progressive human rights protection and respect to its national interest by not having to recognize VAE or PAS.⁷³ The countries should only abide by their neighbors' laws, which should have to place strictly defined conditions for procedure itself and residence as a condition to apply for VAE or PAS. To sum it all up, we stand at opinion „that it is morally and ethically correct to allow people to take their lives in a controlled painless manner when they are competent to clearly state their wish rather than let them suffer a lingering, painful death from an illness which is going to kill them anyway.“⁷⁴

29 April 2002. *The Purdy case*, see R (on the application of Purdy) v Director of Public Prosecutions [2009] UKHL 45.

⁷³ See R. Huxtable, “The Suicide Tourist Trap: Compromise Across Boundaries”, *Bioethical Inquiry*, No. 6, 2009, 334.

⁷⁴ See J. Sawtell-Fearn, “Death with Dignity”, *Exigence*, Vol. 1, No. 1, 2017, <http://commons.vccs.edu/exigence/vol1/iss1/3>, 15.08.2018.

IMPLEMENTACIJA DIREKTIVE O NAKNADI ŠTETE ZBOG
POVREDE PRAVA TRŽIŠNOG NATJECAJA U REPUBLICI HRVATSKOJ

UDK:339.13.012.42:347.426.6(497.5)

339.137.27:347.426.6(497.5)

Original research paper

Apstrakt: *U postupku pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja, kao javnopravnim tijelom se ne naknađuje šteta koju su pretrpjele treće osobe uslijed povrede tržišnog natjecanja stoga oštećene osobe trebaju u sudskom postupku tražiti naknadu pretrpjele štete. No, kako su takvi postupci u praksi rijetki, sa ciljem omogućavanja oštećenim osobama da ostvare svoje odštetne zahtjeve u Europskoj uniji je zadnjih desetak godina uložen izniman trud kako bi se utvrdila sporna pitanja u odštetnim pravima država članica koja otežavaju ili onemogućavaju ostvarivanje naknade štete te kako bi se našla rješenja za otvorena pitanja. Taj trud je rezultirao Direktivom za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja koja ima cilj ukinuti glavne prepreke koje priječe efikasnu naknadu pretrpjele štete i koji jamče minimum zaštite za građane i poduzetnike u Europskoj uniji. Predmetna Direktiva je propisala da države članice do 27. prosinca 2016. donose zakone i druge propise potrebne za usklađivanje, a u Republici Hrvatskoj je donesen Zakon o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja koji je objavljen u Narodni novinama br. 69. od 14. srpnja 2017. Predmetni Zakon u 20. članaka uređuje pitanja koja nisu uređena u općim pravilima o naknadi štete i o parničnom postupku ili ta pitanja direktiva uređuje na drugačiji način, kao što je pitanje otkrivanja dokaza, zaštite povjerljivih informacija, novčanih kazni, zastare, pitanje solidarne odgovornosti, učinaka odluka javnopravnih tijeka, prenošenje previsokih cijena te izračuna visine naknade štete.*

Ključne riječi: *naknada štete, tržišno natjecanje, privatna provedba, implementacija, direktiva EU*

* Sutkinja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske

1. UVODNE NAPOMENE

Tržišno natjecanje se štiti putem jake javnopravne zaštite, a u Republici Hrvatskoj je to putem Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, koja se brine za provedbu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja te ima ovlasti provoditi postupke i kažnjavati prekršitelje. No, u tom javnopravnom postupku se ne naknađuje šteta koju su pretrpjele treće osobe uslijed povrede tržišnog natjecanja, pa sve oštećene osobe trebaju u sudskom postupku tražiti naknadu pretrpjele štete. Upravo sa ciljem olakšavanja oštećenima da ostvare svoje odštetne zahtjeve u Europskoj uniji je zadnjih desetak godina uložena iznimna trud kako bi se utvrdila sporna pitanja u odštetnim pravima država članica koja otežavaju ili onemogućavaju ostvarivanje naknade štete te kako bi se našla rješenja za otvorena pitanja.¹

Značajan korak u cilju jačanja postupaka za naknadu štete je bilo donošenje Uredbe br. 1/2003 o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u člancima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice,² u kojoj su uređena pitanja odnosa europskih i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kao i njihov odnos prema sudovima. Tako je dano pravo sudovima da traže mišljenje Komisije o pitanjima koja se tiču primjene prava tržišnog natjecanja, zatim da traže informacije koje posjeduje Komisija a određeno je i da su sudovi vezani odlukom Komisije kada sude u predmetima u kojima se primjenjuju pravila tržišnog natjecanja Zajednice, a o kojima je Komisija već donijela odluku.

Nakon toga je temeljem istraživanja kojim je bio cilj da se identificiraju i analiziraju prepreke za uspješno provođenje postupaka za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja³ donesena Zelena knjiga o tužbama za naknadu

¹ U pravu Sjedinjenih Američkih Država privatna provedba odštetnih zahtjeva zbog povrede prava tržišnog natjecanja je znatno razvijenija - o usporedbi instituta za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja u EU i SAD vidi: Jones, Clifford A., *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*, (1999. Oxford University Press.)

² U njoj je istaknuto da tržišno natjecanje osim europskih tijela štite i nacionalna tijela, a nacionalna tijela kada primjenjuju odredbe nacionalnog ili europskog prava mogu djelovati kao javna vlast ili suditi u građanskim predmetima između privatnih stranaka. Nadalje je propisano da sudovi država članica mogu tražiti od Komisije informacije koje ona posjeduje ili njezino mišljenje o pitanjima koja se tiču primjene prava tržišnog natjecanja Zajednice, a uz to su sudovi obvezni proslijediti Komisiji svaku pisanu presudu nacionalnih sudova kada su primijenili članak 81. i 82. Ugovora. Uz to Uredba predviđa pravilo su sudovi vezani odlukom Komisije kada sude u predmetima u kojima se primjenjuju članci 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, a o kojima je Komisija već donijela odluku.

³ Ashurst komparativna analiza i u Ashurst analiza ekonomskih modela, 2004., <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> pristupljeno 1.

štete zbog povrede europskog prava tržišnog natjecanja.⁴ Ona je identificirala glavne zapreke za postizanje te je otvorila razgovor oko tih problema, s tim da je jedno od tih pitanja bilo i pitanje primjene mjerodavnog prava a koje je riješeno 2007. donošenjem Uredbe Rim II.⁵

Zelena knjiga je potaknula brojne rasprave i komentare, a naručena je i Studija o utjecaju kojoj je cilj bio predviđanje utjecaja predloženih rješenja⁶ iz Zelene knjige. Temeljem tog opsežnog materijala sa ekonomskim analizama Komisija je utvrdila koji je utjecaj imao njezin dotadašnji rad a Studija je poslužila i kao podloga za daljnji razvoj ovog instituta te izdavanje Bijele knjige o tužbama za naknadu štete zbog povrede europskog prava tržišnog natjecanja.⁷

Kako se kao jedno od bitnih prepreka za ostvarivanje prava na naknadu štete pojavilo i pitanje samog obračuna visine štete, izrađen je i Praktični vodič za izračun visine štete⁸ a kojeg je sastavila Europska komisija nakon analize postojećih dosadašnjih slučajeva koju analizu je sastavio međunarodni tim pravnik u suradnji sa ekonomskim stručnjacima.⁹

Bijela knjiga je bila temelj za Direktivu 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje

lipnja 2018..

⁴ <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.htm>> pristupljeno 1. lipnja 2018.

⁵ Uredba (EZ) br. 864/2007. Europskog parlamenta i Vijeća o mjerodavnom pravu za izvanugovorne obveze od 11. srpnja 2007, a koja se Uredba primjenjuje na izvanugovornu odgovornost za štetu ako se štetna radnja koja je uzrokovala štetu dogodila nakon njezinog stupanja na snagu odnosno nakon 11. siječnja 2009. godine, osim na području Danske.

⁶ Napravljena su ekonomska predviđanja budućeg razvoja te je utvrđeno da bi se pod razumnim pretpostavkama otkrivanja kartela (oko 20%), u slučaju kada se naknađuje dvostruka šteta bez kamata (ili jednostruka sa kamatama) godišnje naknada štete mogla doseći 17,3 biliona eura, a u slučaju kada bi se dosuđivala trostruka šteta bez kamata (ili dvostruka šteta sa kamatama), onda bi godišnje naknada mogla doseći 25,7 biliona eura. To bi bio iznos od 0,23% godišnjeg BDP.

⁷ Donesena 2. travnja 2008. godine.

⁸ Predmetni vodič je dostupan na Internet stranicama te služi za pomoć kod donošenja odluke kojom metodom će se vršiti obračuna visine pretrpjele štete, no on ne obvezuje: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html> pristupljeno 1. lipnja 2018.

⁹ Predmetnu studiju je izradila Oxera Consulting Ltd u suradnji sa timom pravnik iz više država koje je vodio Dr Assimakis Komninos te uz ekonomske stručnjake Dr Walter Beckert, Professor Eric van Damme, Professor Mathias Dewatripont, Professor Julian Franks, Dr Adriaan ten Kate i Professor Patrick Legros, a nalazi se na: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>> pristupljeno 1. lipnja 2018.

odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije,¹⁰ koja uređuje pravila potrebna kako bi se osiguralo da svatko tko je pretrpio štetu prouzročenu povredom prava tržišnog natjecanja od strane poduzetnika ili udruženja poduzetnika može učinkovito ostvariti pravo na podnošenje zahtjeva za potpunom naknadom nastale štete od tog poduzetnika ili udruženja.¹¹ Predmetnu Direktivu su države članice trebale prenijeti u svoje zakonodavstvo do 27. prosinca 2016.,¹² a Republika Hrvatska je u tu svrhu usvojila Zakon o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja.¹³

2. SVRHA DONOŠENJA ZAKONA

Prilikom prijenosa Direktive EU 2014/104 je trebalo imati u vidu da ona predviđa određena pravila koja su nužna da bi svatko tko je pretrpio štetu prouzročenu povredom tržišnog natjecanja od strane poduzetnika ili organizacije poduzetnika mogao efikasno ostvariti punu naknadu pretrpljene štete. Pored toga se predviđaju pravila koja uklanjaju prepreke za uspješno funkcioniranje unutarnjeg tržišta te pravila za koordinaciju između nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i sudova.

Ovi ciljevi su sukladni sudskoj praksi Europskog suda¹⁴ u kojoj je istaknuto da Ugovor o osnivanju EZ stvara svoj vlastiti pravni poredak koji je integriran u pravne sustave država članica, pa su ih i sudovi država članica dužni primjenjivati. Uz to je istaknuto da se svatko može obratiti nacionalnom sudu u slučaju povrede pravila o tržišnom natjecanju, a u nedostatku pravila zajednice, na pravnom sistemu država članica je da osiguraju nadležnost sudova i pravnu proceduru. Pri tome se ta pravna procedura mora temeljiti na načelu ekvivalencije odnosno da ta prava budu jednaka za sve osobe koje traže naknadu pretrpjele štete te na načelu učinkovitosti odnosno pravilu koje zahtjeva da pravna procedura ne bude takva da onemoguću ili pretjerano oteža efikasno provođenje prava zajednice.¹⁵

¹⁰ Službeni List EU L 349/1 od 5. prosinca 2014.

¹¹ Detaljan prikaz sadržaja Direktive EU 2014/104, vidi Kapural, Mirta: "Nova EU Direktiva o pravu na naknadu štete za povrede propisa o tržišnom natjecanju," (2015) 5.Pravo i porezi, 72.

¹² Države članice su ili usvajale posebne zakone ili su donosile izmjene postojećih pravila, o tome detaljno vidi na: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html>, pristupljeno 5. lipnja 2018.

¹³ Narodne novine 69/17, a stupio je na snagu 22. srpnja 2017., dalje u tekstu Zakon

¹⁴ C-453/99 (2001) predmet Courage i Crehan

¹⁵ Andreanglei, Arianna: "'Courage Ltd v Crehan' and the enforcement of Article 81 EC before national courts." (2005) v 25 br. 12. European Competition Law Review, 758

Prethodno navedena stajališta su potvrđena i u spojenom predmetu Manfredi i drugi, s time da je sud dodatno u pogledu uzročne veze između sporazuma ili prakse te pretrpljene štete je naveo da svaki pojedinac može zahtijevati naknadu pretrpljene štete kada postoji uzročna veza između štete i zabranjenih sporazuma ili prakse.¹⁶ Time se priznalo pravo i indirektnim kupcima da potražuju naknadu štete kada postoji uzročnost između štete koju su oni pretrpjeli i zabranjenog sporazuma ili prakse.¹⁷ Sukladno tim stavovima Europskog suda je istaknuto da svaka fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu zbog povrede tržišnog natjecanja ima pravo na punu naknadu štete, odnosno na naknadu koja će oštećenika staviti u položaj u kojem bi bio da nije bilo povrede tržišnog natjecanja a to uključuje stvarnu štetu, izgublenu dobit i kamate. No puna odšteta ne smije dovesti do prekomjerne odštete bilo da je riječ o punitivnim, višestrukim ili drugim tipovima štete.

Pitanje naknade štete je u Republici Hrvatskoj uređeno općim propisima i to Zakonom o obveznim odnosima,¹⁸ pravila o tržišnom natjecanju su uređena u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja,¹⁹ dok su pravila o sudskom postupku u okviru kojeg se između ostalog raspravlja o pitanjima naknade štete uređena u Zakonu o parničnom postupku,²⁰ stoga je prilikom prenošenja Direktive EU 2014/14 u nacionalni sustav trebalo voditi računa o pravilima iz tih zakona kako bi se ostvarili ciljevi same Direktive.

Osnovno pravilo o pravu na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja je predviđeno u čl. 69.a ZZTN kojom je uređeno da su poduzetnici koji su povrijedili odredbe ZZTN-a ili čl. 101. ili 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije,²¹ odgovori za naknadu štete nastalu tom povredom te je utvrđena nadležnost trgovačkih sudova za odlučivanje u tim sporovima. Ostali propisi nisu sadržavali posebna pravila o ovoj vrsti naknade štete, a zbog činjenice da Direktiva EU 2014/14 sadrži kako materijalne tako i postupovne odredbe, odlučeno je da će se njezino preuzimanje izvršiti putem

¹⁶presuda Europskog suda pravde posl. br. C-295-298/04 iz 2006. godine, Vincenzo Manfredi and Others v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others

¹⁷Više o tome vidi i: Carpagnano, Michele: "Private Enforcement of Competition Law Arrives in Italy: Analysis of the Jugement of the European Court of Justice in Joined Cases C-295-289/04 Manfredi," (2006) Volume 3., Issue 1, The competition Law reviwie, 42.

¹⁸Narodne novine 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015 i 29/2018, dalje ZOO

¹⁹Narodne novine 79/09 i 80/13, i taj zakon uređuje javnu provedbu prava tržišnog natjecanja, dalje: ZZTN.

²⁰Narodne novine 53/1991, 91/1992, 112/1999, 129/2000, 88/2001, 117/2003, 88/2005, 2/2007, 96/2008, 84/2008, 123/2008, 57/2011, 148/2011 - Zakon o parničnom postupku (pročišćeni tekst), 25/2013 i 89/2014, dalje ZPP

²¹U OJ 2008/C 115/01 je objavljena neslužbena Konsolidirana verzija Ugovora o Europskoj uniji i Ugovora o funkcioniranju Europske unije, dalje UFEU.

posebnog zakona, ali da se pri tome što manje intervenira u postojeća opća pravila koja su sukladna Direktivi EU 2014/14,²² a za koje propise je izričito i predviđeno da se podredno primjenjuju u parnicama za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja.

3. OPĆE ODREDBE

Predmet i područje primjene Zakona ističe da utvrđuje pravila postupka koja omogućuju svakome tko je pretrpio štetu prouzročenu povredom prava tržišnog natjecanja od strane poduzetnika ili udruženja poduzetnika učinkovito ostvarivanje prava na potpunu naknadu štete od tog poduzetnika ili udruženja poduzetnika. Pored toga, Zakonom se utvrđuju pravila koordinacije provedbe pravila tržišnog natjecanja od strane tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja i provedbe tih pravila u postupcima naknade štete pred nadležnim trgovačkim sudom. Nadalje daje definicije pojmova koji su terminološki usklađeni s definicijama iz Direktive EU 2014/14 te sa pravnim pojmovima iz važećih propisa iz prava tržišnog natjecanja.²³

Zakon uređuje i pitanje vrsta šteta na čiju naknadu oštećenik ima pravo ističući pravo oštećenika na potpunu naknadu štete, i to kako imovinske štete, tako i na popravljane neimovinske štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja²⁴ te na zakonske zatezne kamate. Direktiva EU 2014/14 je nije obvezala države članice da se mora naknađivati i neimovinska šteta, ali kako ZOO predviđa taj vid štete za sve druge slučajeve naknade štete, tako je i za slučaj povrede prava tržišnog natjecanja predviđena obveza naknade neimovinske štete, a sud će dusuđivati pravičnu novčanu naknadu za taj vid štete, ako procijeni da to težina povrede i okolnosti slučaja opravdavaju, nezavisno od naknade imovinske štete, a i kad nje nema.²⁵

U pogledu oblika odgovornosti za štetu koju štetnik prouzroči povredom prava tržišnog natjecanja je određeno da on odgovara za štetu bez obzira na krivnju, dakle određena je koncepcija objektivne odgovornosti. Direktiva EU 2014/14 ne određuje koju bi vrstu odgovornosti trebalo propisati, već se državama članicama omogućava da same odrede pravila odgovornosti, ali pod uvjetom da se osigura učinkovito ostvarivanje prava na naknadu štete i načelo

²² Tako se samo ističe da postoji obveza plaćanja zakonskih zatezних kamata, a pravila o dospijeću i visini su sadržana u ZOO-u.

²³ Članak 3 Zakona sadrži 26 pojmova.

²⁴ Čl. 1046. ZOO-a predviđa i taj vid štete i to kako za fizičke tako i za pravne osobe.

²⁵ Čl. 1100. ZOO-a

jednakovrijednosti. Kako se kod javnopravne provedbe propisa o tržišnom natjecanju traži samo objektivna odgovornosti, onda je koncept objektivne odgovornosti preuzeti i za naknadu štete čime se može osigurati tražena učinkovitost i koordinacija ovih dvaju oblika povrede. Dodatno je predviđeno da se predmnijeva da je zbog povrede prava tržišnog natjecanja počinjene u obliku kartela nastala šteta, osim ako štetnik ne dokaže suprotno. Naime, za štetu nastalu povredom prava tržišnog natjecanja u obliku kartela smatra se da je prouzročena tim kartelom, osim ako se dokaže da taj kartel nije bio uzrok štete. Ta presumpcija proizlazi neposredno iz teksta Direktive EU 2014/14.²⁶

4. OTKRIVANJE DOKAZA

Dokazivanje svih elemenata odnosa odgovornosti za štetu je najteži dio ovih postupaka, jer oštećenici kao tužitelji većinom nemaju jednostavan pristup dokazima. Naime, u pravilu se u sudskim parničnim postupcima primjenjuje načelo dispozicije stranaka²⁷ pa tijekom postupka ovisi od inicijative same stranke. Pored toga, iako bi se u sudskom postupku morala utvrditi istina, pod utjecajem načela dispozicije i načela ekonomičnosti do utvrđivanja pune istine se ne dolazi u sudskom postupku.²⁸ Stoga je pitanje otkrivanja dokaza uređeno vrlo detaljno.

Tako je određeno da sud može, na prijedlog stranke koja se poziva na ispravu ili druge dokaze koji su određeni ili određivi i tvrdi da se oni nalaze kod druge stranke ili treće osobe ili su im dostupni, te osobe druge pozvati da u određenom roku podnesu isprave, odnosno predoče dokaze.²⁹ Prije nego što se donese odluka sud će pozvati drugu stranu odnosno treću osobu da se o tome izjasne.³⁰ Kad stranka, odnosno treća osoba tvrdi da se dokaz ne nalazi kod nje, odnosno da joj nije dostupan, sud može radi utvrđivanja te činjenice izvoditi dokaze. No ako stranka ne postupi po odluci suda kojom joj se nalaže otkrivanje dokaza, sud će činjenice koje su se tim dokazom trebale utvrditi

²⁶ Čl. 17.2. Zakona “*Presumira se da kršenja počinjena u obliku kartela uzrokuju štetu. Prekršitelj ima pravo obaranja te presumpcije.*”

²⁷ O tome vidi više: Dika, Mihajlo: *Građansko parnično pravo, parnične radnje, V. knjiga*, (2008., Narodne novine d.d., Zagreb).

²⁸ Vidi i: Dika, Mihajlo “O načelu neposrednosti u parničnom postupku de lege lata uz neke projekcije de lege ferenda” (2010.) Vol. 58 No. 4, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, str. 899

²⁹ Čl. 6. Zakona

³⁰ Uz razloge navedene općim propisom stranka ili treća osoba ima pravo uskratiti otkrivanje dokaza samo u mjeri u kojoj bi to u smislu posebnih propisa značilo otkrivanje odvjetničke tajne ili njezine komunikacije s odvjetnikom.

smatrati utvrđenima. Dakle, nakon što sud naloži drugoj strani u postupku da otkrije odrađeni dokaz, onda će se u slučaju prikrivanja dokaza smatrati utvrđenom činjenica koja se trebala utvrditi izvođenjem toga dokaza.

Poslovanje na tržištu je povezano i sa velikim brojem povjerljivih informacija, stoga je određeno da je sud ovlašten naložiti otkrivanje dokaza koji sadrže povjerljive podatke kada smatra da su oni relevantni za postupak naknade štete. No, radi zaštite povjerljivih informacija je istaknuto da se može tražiti isključenje javnosti iz cijelog ili dijela postupka, zatim da se može odrediti da se dokumenti koji sadrže te informacije ne mogu umnožavati, već se može izvršiti uvid u sudu u te dokumente potom da se može odrediti da se dokumenti koji sadrže te informacije zatvore u poseban omot koji se može otvarati samo na sudu, u kojem slučaju će se ponovno zatvoriti u poseban omot i na omotu naznačiti da je dokument razgledan, datum razgledanja i tko je vršio razgledanje te da je moguće prije davanja na uvid dokumenata koji sadrže povjerljive informacije upozoriti stranke i druge osobe koje imaju pravo uvida u dokument koji sadrži povjerljive informacije o obvezi čuvanja tih informacija.³¹

Posebna pravila su određena za dokaze iz spisa predmeta tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja pri čemu je bitno da stranka određeno postavi svoj zahtjev za otkrivanjem tih dokaza te da se dokaz ne može pribaviti na drugi način ili bi se mogao pribaviti samo s nerazmjernim teškoćama te da se osigurava zaštita učinkovitosti javne provedbe prava tržišnog natjecanja.

Također su predviđena i pravila koja uređuju odnos između instituta oslobođenja ili umanjena kazne³² i naknade štete jer je taj program bitan za javnu provedbu prava tržišnog natjecanja.³³ Naime, ako se prijave učine dostupnima podnositelju tužbe onda će dokazivanje biti olakšano, ali bi

³¹ S obzirom na opća pravila o javnosti sudskog postupka te o dostavama elektroničkim putem, naglašeno je da se podnesci i odluke koji sadržavaju podatke zbog kojih je isključena javnost ne dostavljaju putem e-Oglasne ploče suda nego putem pošte, te da će sud u slučaju neuspjele dostave pozvati stranku putem e-Oglasne ploče da u roku od osam dana od dana objave tog poziva neposredno u sudu preuzme podnesak ili odluku. Ako u ostavljenom roku stranka ne preuzme podnesak ili odluku, smatrat će se da je dostava obavljena istekom osmoga dana od dana objave poziva za preuzimanje podneska ili odluke na e-Oglasnoj ploči suda.

³² „Leniency“ program je institut oslobađanja ili ublažavanja kazne sudionicima zabranjenih sporazuma poduzetnika Europske zajednice koji je sadržan u Obavijesti Komisije o oslobođenju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima OJ 2004 C 298/17

³³ Komisija smatra da je aktivnost programa važna kako za javnu tako i za privatnu provedbu jer oni pridonose otkrivanju kartela i stoga je taj program ključan za razvoj privatnih tužbi radi naknade štete. Pitanje odnosa tog programa i tužbi za naknadu štete je relevantno samo u odnosu na one povrede koje su pokrivene tim programom odnosno u pogledu tajnih kartelnih sporazuma unutar zajednice.

otkrivanje moglo dovesti do smanjivanja programa koji pomaže otkrivanju kartela, pa time i ugroziti njegovu učinkovitost. Stoga je izričito predviđeno da sud ne može naložiti razotkrivanje dokaza koji su sadržani u leniency izjavama³⁴ odnosno u dobrovoljnim nagodbama.³⁵ No tužitelj može postaviti zahtjev da sud izvrši uvid u dokumente i utvrdi da li oni po svom sadržaju odgovaraju definicijama vezanima uz dokumente koji se ne smiju otkrivati. U tom slučaju će sud saslušati i autore predmetnih dokumenata ali sud ne smije dopustiti uvid u te dokumente drugim osobama.

Da bi se pravila o razotkrivanju dokaza mogla stvarno i provoditi određeno je da sudovi mogu novčano kazniti stranke, njihove punomoćnike i treće osobe te njihove odgovorne osobe ako ne ispunjavaju ili odbijaju ispuniti obveze koje su nametnute odlukom suda kojim se štite povjerljive informacije ili povrijeđene ograničenja uporabe dokaza.³⁶

5. UČINAK ODLUKA TIJELA NADLEŽNIH ZA ZAŠTITU TRŽIŠNOG NATJECANJA, ZASTARA, SOLIDARNA ODGOVORNOST

U Uredbi br. 1/2003 o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u člancima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, je predviđena obvezna vezanost odluke nacionalnog suda sa odlukom Komisije, odnosno predviđeno je pravilo da kada sudovi sude u predmetima u kojima se primjenjuju članci 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, a o kojima je Komisija već donijela odluku, sudovi ne mogu donijeti odluku suprotno odluci Komisije. Nastavno na to pravilo je u Zakonu predviđeno da se povreda prava tržišnog natjecanja koja je utvrđena pravomoćnom odlukom Agencije ili odlukom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske donesenom u upravnom sporu protiv rješenja Agencije smatra nepobitno dokazanom za potrebe postupka naknade štete. Nadalje je određeno da povreda članka 101. i/ili 102. UFEU-a utvrđena pravomoćnom odlukom tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja druge države članice Europske unije ili suda druge države

³⁴ engl. Leniency, je sustav potpunog ili djelomičnog oslobođenja od kazne za ono sudionika kartela koji je izvršio prijavu tog kartela. „... Taj se pojam može prevesti u obliku tautološke definicije, drugim riječima opisno kao program oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne, vidii: Bajačić, Martina – Spanić, Martina: “(Ne)dosljednost pri prevođenju pojmova iz prava tržišnog natjecanja Europske unije,” (2010) Vol.60 No.3-4, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 765.

³⁵ engl. settlement submissions znači dobrovoljno dostavljen podnesak od poduzetnika prema javnopravnom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja u kojem poduzetnik opisuje svoje sudjelovanje u povredi tržišnog natjecanja i svoju odgovornost a koji podnesak omogućuje provođenje jednostavnijeg postupka.

³⁶ Čl. 10. Zakona.

članice Europske unije smatra se dokazanom u postupku naknade štete, osim ako se ne dokaže suprotno.

5.1. ZASTARA

Protek vremena je jedna od činjenica koje utječu na postanak, promjenu ili prestanak pravnih odnosa, stoga pravo predviđa protek vremena kao uzrok nastanka, promjene ili prestanka određenog pravnog odnosa.³⁷ U pogledu pitanja zastare se polazi od činjenice da institut zastare igra važnu ulogu u pogledu pitanja pravne sigurnosti, ali može predstavljati i značajnu prepreku ostvarenju prava na naknadu štete, stoga su u direktivi predviđena posebna pravila o tijeku zastare.³⁸ Temeljem tih pravila države članice moraju urediti pitanje zastare na način da ta pravila uređuju pitanje od kada teče tijek zastare zatim trajanje tog roka kao i okolnosti zbog kojih zastrani rok ne teče odnosno zbog kojih se taj rok prekida.³⁹

Stoga je određeno da tražbina naknade štete zastarijeva u roku od pet godina od dana prestanka povrede prava tržišnog natjecanja i od dana kada je oštećenik saznao ili je mogao saznati za povredu prava tržišnog natjecanja, štetu i štetnika. No, ako tijelo nadležno za zaštitu tržišnog natjecanja pokrene postupak utvrđivanja povrede prava tržišnog natjecanja na koje se odnosi postupak naknade štete, zastara se prekida. Zastara počinje ponovno teći od dana pravomoćnosti odluke o povredi ili od dana na koji je postupak pravomoćno okončan. Također zastara ne teče tijekom postupka sporazumnog rješavanja sporova u odnosu na one strane koje su bile ili jesu zajedno uključene u sporazumno rješavanje sporova. U svakom slučaju tražbina naknade štete zastarijeva u roku od 15 godina od prestanka povrede prava tržišnog natjecanja.⁴⁰

5.2. ZAJEDNIČKA I SOLIDARNA ODGOVORNOST

Kod naknade štete zbog povrede tržišnog natjecanja se kao i u svakom drugom odnosu odgovornosti za štetu pojavljuju najmanje dva subjekta i to osoba koja je počinila tu štetu odnosno štetnik te osoba koja traži naknadu

³⁷ O tome vidi više: Raspor, Andrija: *Zastara* (Informator, Zagreb, 1982.), str. 1. – 6.

³⁸ Članak 10. Direktive EU 2014/14

³⁹ O tome vidi više: Ćesić, Zlatko – Gorenc, Vilim – Kačer, Hrvoje – Momčinović, Hrvoje – Pavić, Drago – Perkupić, Ante – Pešutić, Andrea – Slakoper, Zvonimir – Vidović, Ante – Vukmir, Branko: *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, (2005. RRIF, Zagreb) str. 321. – 325.

⁴⁰ Čl. 12. Zakona

pretrpljene štete odnosno oštećenik,⁴¹ a oboje mogu biti sve fizičke i pravne osobe.⁴² Kao štetnik se uvijek javlja onaj poduzetnik koji je počinio povredu tržišnog natjecanja, a ako ima više osoba koje su odgovorne za povredu tržišnog natjecanja,⁴³ onda postoji njihova solidarna odgovornost.⁴⁴ Poticatelj i pomagatelj te onaj koji je pomagao da se odgovorne osobe ne otkriju odgovaraju solidarno s njima. Također solidarno odgovaraju za prouzročenu štetu i osobe koje su je uzrokovale radeći nezavisno jedna od druge, ako se ne mogu utvrditi njihovi udjeli u nastaloj šteti. Kada je nedvojbeno da je štetu prouzročila neka od dviju ili više određenih osoba koje su na neki način međusobno povezane, a ne može se utvrditi koja je od njih štetu prouzročila, te osobe odgovaraju solidarno.⁴⁵

U pogledu štetnika koji su povredu tržišnog natjecanja počinili zajedno je određeno da će države članice odrediti pravila temeljem kojih su oni oštećenima odgovorni za prouzročenu štetu zajedno ali i pojedinačno, s time da oštećenik ima pravo tražiti punu naknadu štete od bilo kojeg od njih sve dok mu šteta nije u potpunosti nadoknađena. No, iznimno korisnik oslobođenja od plaćanja upravno-kaznene mjere⁴⁶ solidarno je odgovoran isključivo premanjegovim izravnim i neizravnim kupcima i dobavljačima, a drugima oštećenima samo kada se potpuna naknada štete ne može ostvariti od drugih štetnika. Druga iznimka se odnosi na male i srednje poduzetnike,⁴⁷ te se određuje kako je štetnik mali ili srednji poduzetnik solidarno odgovoran samo svojim izravnim i neizravnim kupcima i/ili dobavljačima ako je njegov tržišni udio na mjerodavnom tržištu iznosi manje od 5 % tijekom trajanja povrede prava tržišnog natjecanja i ako bi primjena uobičajenih pravila solidarne odgovornosti nepovratno ugrozila njegovu gospodarsku održivost i prouzročila gubitak ukupne vrijednosti njegove imovine.⁴⁸

⁴¹ O tome vidi više i: Vizner, Boris: *Građansko pravo*, (1962, vlastita naklada, Zagreb). str. 529.

⁴² Vidi: Barbić, Jakša: *Zakon o trgovačkim društvima*, (2010. Organizator d.o.o., Zagreb)

⁴³ Što je čest slučaj kod kartela.

⁴⁴ Vidi i: Crnić, Jadranko: "Odgovornost više osoba za istu štetu i podjeljena odgovornost" (1987) 9-10., *Naša zakonitost*, 1040.

⁴⁵ Vidi više: Barbić, Jakša - Crnić, Ivica - Dika, Mihajlo - Klarić, Petar - Radolović, Aldo: *Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima*, (Narodne novine, Zagreb, 2005.)

⁴⁶ Vidi više: Kapular, Mirta: "Primjena instituta oslobođenja ili smanjenja kazne u pravu tržišnog natjecanja" doktorska disertacija, Zagreb: Pravni fakultet, 2012., str. 31.

⁴⁷ Pravila o tome tko su mali a tko srednji poduzetnici su uređena u Preporuci Komisije C(2003)1422

⁴⁸ Ova se iznimka ne primjenjuje ako je mali ili srednji poduzetnik aktivno sudjelovao u povredi prava tržišnog natjecanja kao inicijator ili je poticao druge poduzetnike da sudjeluju u povredi, osobito primjenom prisile ili prijetnje ili ako je ranije utvrđeno odlukom o povredi prava tržišnog natjecanja da je taj mali ili srednji poduzetnik povrijedio pravo tržišnog

6. PRENOŠENJE PREKOMJERNIH CIJENA

Prigovor prijenosa štete je vezan uz mogućnost indirektnih kupaca da se javljaju kao tužitelji. Naime, indirektni su kupci oni koji ne kupuju proizvode neposredno od članova kartela već od njihovih direktnih kupaca. Između ostalog u tu kategoriju indirektnih kupaca ulaze i potrošači kao krajnji kupci.⁴⁹ Kod indirektnih kupaca⁵⁰ šteta nastaje tako što direktni kupci kao posrednici u prodaji proizvoda dio ili sav svoj gubitak zbog povećane cijene određenog proizvoda prenesu dalje na svoje kupce. Kako dio pravnih poredaka nije tim indirektnim oštećenima priznavao pravo na naknadu štete,⁵¹ izričito je predviđeno da oni imaju pravo na naknadu štete te je određeno da se smatra da je oštećenik koji je neizravni kupac dokazao da je prekomjerna cijena prenesena na njega ako dokaže da je štetnik počinio povredu prava tržišnog natjecanja zatim da je povreda prava tržišnog natjecanja dovela do prekomjerne cijene za izravnog kupca štetnika i da je oštećenik kupio robu i/ili usluge koji su bili predmetom povrede prava tržišnog natjecanja ili je kupio robu i/ili usluge koji su iz njih izvedene ili ih sadrže. No, štetnik i u tom slučaju može dokazivati da prekomjerna cijena nije prenesena, odnosno da je prenesena u manjem iznosu.

Povezano sa time i štetnik može kao obranu navesti činjenicu da je oštećenik u cijelosti ili djelomično prenio prekomjernu cijenu dalje niz lanac opskrbe te na taj način umanjio iznos obične štete koju je pretrpio. U tom slučaju je na štetniku teret dokazivanja da je prekomjerna cijena prenesena i u kojem opsegu je prenesena.

No, u slučaju kada se kao tužitelj u tužbama javljaju kao tužitelj i direktni i indirektni kupci moguće je da tužitelj mora naknaditi puno veću štetu odnosno da dođe do višestruke odgovornosti ili da tužitelj uopće ne odgovara. Kako bi se taj problem izbjegao izričito je predviđeno da postupci naknade štete oštećenika s različitih razina lanca opskrbe ne smiju dovesti do višestruke odgovornosti ili nepostojanja odgovornosti štetnika. Dakle sudovi moraju uzeti u obzir sve okolnosti slučaja kako ne bi došlo do plaćanja višestruke naknade

natjecanja.

⁴⁹Tako neki autori smatraju da je pitanje indirektnih kupaca centralni problem tužbi za naknadu štete – o tome vidi: Wenzel Bulst, Fridrich, "Private Antitrust enforcement at a Roundabout,"(2006) 7., European Business Organization Law Review 7, 732.

⁵⁰Vidi i Bukovac Puvača Maja - Butorac, Vlatka: "Izvanugovorna odgovornost za štetu prouzročenu povredom pravila tržišnog natjecanja" (2008) 12., Hrvatska pravna revija, 42.

⁵¹Vrhovni sud SAD-a ne priznaje pravo indirektnim kupcima da traže naknadu štete (Illions Crick Co v. Illinois , 434 U.A. 881, 98. S.Ct.243. US 1977.), no pojedine države mogu donositi zakone kojima se dopušta indirektnim kupcima pokretanje postupka za naknadu štete (Californic v. ARC America Corp 490 U.S. 93. S.Ct.93. 1989).

štete odnosno da se bi tuženik bio uspješan u jednom postupku sa prigovorom prijenosa štete a u drugome da oštećeni-indirektni kupac ne uspije dokazati da je do prijenosa štete došlo. U tom cilju je predviđeno da će Komisija izraditi vodič za sudove temeljem kojih će se moći procijeniti udio prijenosa više određene cijene a koji dio je prenesen sa direktnog na indirektnog kupca.⁵²

7. IZRAČUN VISINE IZNOSA ŠTETE I SPORAZUMNO RJEŠAVANJE SPOROVA

Kako je pitanje izračuna visine pretrpjele štetne iznimno složeno i znatno otežava sudski postupak, Komisija je uložila znatan rad te je izrađen neobvezujući Praktični vodič o kvantifikaciji štete u tužbama za naknadu štete temeljenima na povredi članka 101. ili 102. UFEU za izračun visine pretrpjele štete.⁵³ Taj vodič ne obvezuje ali je kvalitetan materijal koji pomaže kako sudovima tako i stručnjacima ekonomistima prilikom izrade izračuna visine pretrpljene štete i to kako u slučaju povrede tržišnog natjecanja tako i u drugim slučajevima kvantifikacije pretrpljene štete.

S obzirom da je u određenim slučajevima nemoguće utvrditi točnu visinu štete ili su za to potrebe iznimno velike teškoće dana je u Zakonu mogućnost sudu da po slobodnoj ocjeni procijeni iznos štete u slučaju kada utvrdi da stranci pripada pravo na naknadu štete. Ovo pravilo će sigurno pomoći svim onim oštećenima koji su pretrpjeli manji iznos štete a za što bi trebalo provoditi složena ekonomska vještačenja te u onim slučajevima kada se niti vještačenjem ne može sa sigurnošću utvrditi točan iznos štete već približan. Pri utvrđivanju visine štete sud treba uzeti u obzir činjenicu da procjena visine iznosa štete znači u biti procjenu toga kako bi se razvilo mjerodavno tržište da povrede nije bilo. Ta procjena podrazumijeva usporedbu sa situacijom koja je po definiciji hipotetska i ne može se izračun izvršiti potpuno točno. Dodatno sa ciljem olakšavanja sudu procjene visine štete je određeno da sud može kod određivanja iznosa naknade štete zatražiti stručnu pomoć tijela nadležnog za zaštitu tržišnog natjecanja. Dakle sud u ovim postupcima može tražiti i stručnu pomoć ekonomskih stručnjaka i to kako Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja tako i Komisije.

⁵² Članak 16. Direktive EU 2014/14

⁵³ Dostupno na: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_en.html>, pristupljeno 28. kolovoza 2018.

7.1. SPORAZUMNO RJEŠAVANJE SPOROVA

Sa ciljem omogućavanja mirnog rješenja spora je uvedeno pravilo da se može tražiti zastoj sudskog postupka i to na vrijeme od dvije godine, a stranke mogu tražiti i ranije nastavak postupka a po proteku roka od dvije godine će sud po službenoj dužnosti nastaviti postupak. Taj zastoj se može odnositi na sve stranke u postupku, ali i samo na one stranke koje su zajedno uključene u sporazumno rješavanje spora.

Kako je moguće da samo dio stranaka postigne nagodbu, određeno je da ako oštećenik postigne nagodbu s jednim ili više štetnika, ukupni iznos štete čiju naknadu ima pravo potraživati umanjit će se za iznos udjela u šteti koju su ti štetnici prouzročili. Naime, preostali dio tražbine oštećenika koji je postigao nagodbu ostvaruje se samo od drugih štetnika koji ne sudjeluju u nagodbi. Štetnici koji ne sudjeluju u nagodbi nemaju pravo od štetnika koji sudjeluju u nagodbi tražiti plaćanje udjela u šteti za preostali dio tražbine. Iznimno, kada štetnici koji ne sudjeluju u nagodbi ne mogu podmiriti ostatak tražbine oštećenika koji sudjeluje u nagodbi, taj oštećenik može ostvariti ostatak tražbine od štetnika koji sudjeluju u nagodbi, ali izričitom odredbom nagodbe stranke mogu isključiti primjenu ove iznimke.

8. ZAVRŠNE NAPOMENE

Najveći problem kojeg je sama Direktiva EU 2014/14 imala je bilo pitanje pravnog osnova za donošenje takve direktive jer unutar Europske unije postoje različita stajališta⁵⁴ o mogućnosti da se na Uniju prebaci nadležnost u pogledu građanskih sudskih postupaka. Naime države članice smatraju da je pitanje građanskih postupaka isključivo u njihovoj nadležnosti⁵⁵ pa ne postoji pravni temelj da se donese direktiva koja bi uređivala pitanja iz građanskog sudskog postupka, no nakon duge rasprave je ipak usvojena,⁵⁶ čime je ipak Komisija na mala vrata unificirala neka pitanja naknade štete putem pitanja naknade štete zbog povrede tržišnog natjecanja.

⁵⁴O stavovima protiv harmonizacije vidi: Alfaro, Jesus: "Against Positive Harmonization: The European Commission Proposal to Strengthen the Private Enforcement of Competition Law" (2009). InDret, Vol. 3, 2009. Dostupno na SSRN<<https://ssrn.com/abstract=1439643>>pristupljeno 16. kolovoza 2018.

⁵⁵Leskinen, Charlotte "The Competence of the European Union to Adopt Measures Harmonizing the Procedural Rules Governing EC Antitrust Damages Actions. Dostupno na SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1138797>> pristupljeno 16. kolovoza 2018.

⁵⁶Riley, Alan: "The modernisation of EU anti-cartel enforcement: will the Commission grasp

Ovaj Zakon ima za cilj olakšavanje postupaka za ostvarivanje naknade štete u slučaju povrede tržišnog natjecanja, a oštećenima olakšava pristup dokazima, produljuje rokove zastare, uvodi viši stupanj odgovornosti štetnika u odnosu i to objektivnu odgovornosti, no pitanje je da li će stvarno potaknuti pokretanje većeg broja postupaka za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja. Do sada u Republici Hrvatskoj nije bilo većeg broja postupaka za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja a to se nije dogodilo niti u prvih godinu dana primjene ovog Zakona. Cilj primjene novih pravila je u tome da se putem sudskih postupaka za naknadu štete nastale fizičkim i pravnim osobama povredom prava tržišnog natjecanja, uz postojeće visoke sankcije koje može izreći javnopravno tijelo, poveća poštivanje prava tržišnog natjecanja.

Novi Zakon uvodi i neke novine u odnosu na druge postupke naknade štete i to prije svega u pogledu pravila o otkrivanju dokaza, oslobođenjima od odgovornosti u ovim slučajevima te iznimke kod solidarne odgovornosti, pa će to predstavljati izazov za suce koji će uz opći propis primjenjivati i ovaj Zakon. No očekuje se da će njegova primjena imati pozitivan učinak na privatnu i javnu provedbu prava tržišnog natjecanja. Ipak za uspješnu provedbu pravila tržišnog natjecanja je potrebna kako javna tako i privatna provedba jer je javna provedba motivirana prije svega pronalasku najvećih prekršitelja prava tržišnog natjecanja i njihovom kažnjavanju dok je privatna provedba motivirana naknadom pretrpljene štete.⁵⁷

Ipak, s obzirom da ni Direktiva EU 2014/14 a ni ovaj Zakon ne uvode mogućnost vođenja kolektivnih sporova za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja, nije za očekivati da će mali poduzetnici i potrošači pokretati veći broj sporova. Naime, visina štete koju oni pretrpe je pojedinačno relativno mala, a sudski postupak je kompliciran i zahtjevan, pa bi za vođenje kolektivnih sporova i to putem udruga koje bi bile ovlaštene za pokretanje postupaka sigurno pozitivno utjecalo na povećanje broja postupaka za naknadu štete.

the opportunity?", (2010), 31, *European Competition Law Review*, 191

⁵⁷Lande, Robert H., Davis, Joshua P: "Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases" (2008) 42 *University of San Francisco Law Review*, 879,

PhD Jelena Čuveljak

Judge, The High commercial court of the Republic of Croatia

IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE ON DAMAGES FOR INFRINGEMENTS OF THE COMPETITION LAW IN THE REPUBLIC OF CROATIA

Abstract: *In the proceedings conducted by the Croatian Competition Agency the injured third parties are not entitled to claim for compensation of damages incurred by infringement of the competition law provisions so they have to turn to the courts in order to claim for compensation. However, there are only a few judicial proceedings conducted in this area of legal practice. Therefore, in the past ten years, the European Union has put efforts into detecting which specific rules of the tort law in the Member States are complicating and precluding the injured parties from being compensated for the incurred damages. These efforts has resulted in the Directive of the European parliament and of the council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. The Directive has stipulated that the Member States shall, by 27 December 2016, adopt laws and other regulations necessary for the harmonization, and in the Republic of Croatia Law on damages claims for the breach of competition rules published in the Official Gazette no. 69. of 14.7.2017. The subject matter has 20 articles, which regulates issues that are not regulated in the general rules on compensation for damages and litigation, or the issues of the directive are regulated in a different way, such as the issue of disclosure of evidence, protection of confidential information, fines, statute of limitations, joint and several liability, the effects of national decisions of public law authorities, passing-on of overcharges and quantification of harm.*

Keywords: *indemnity, competition, private enforcement, implementation, EU directive*

МЕЃУНАРОДНИТЕ СТАНДАРДИ ЗА ПОСТАПУВАЊЕ СО ЗАТВОРЕНИЦИ ОСУДЕНИ НА КАЗНА ДОЖИВОТЕН ЗАТВОР И ДРУГИ ДОЛГИ КАЗНИ ЗАТВОР

UDK:343.261-052:341.24
Original research paper

***Апстракт:** Авторот на трудот се осврнува на меѓународните стандарди за постапување со затвореници осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор. Во посебно поглавје авторот ги анализира легислативните и практичните аспекти на казната доживотен затвор во Република Македонија, и дава краток компаративен преглед на легислативни искуства во врска со оваа казна. Во однос на третманот на лицата осудени на казна доживотен затвор се анализираат двата најзначајни меѓународни документи, Стандардните минимални правила за постапување со затвореници ревидирани (Нелсон Мандела Правила) и Европските затворски правила, а посебно Препораката Res (2003) 23 на Комитетот на министри до земјите членки за управувањето од страна на затворската администрација со затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор. Авторот на трудот заклучува дека со цел спречување на штетните ефекти на казните доживотен затвор и другите долги казни затвор, на затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и други долги казни затвор, треба да им се понудат соодветни материјални услови и можности за физичка, интелектуална и емоционална стимулација; да се развие пријатени пријателски дизајн на затворски простории, мебел и украси, затворениците треба да се сместуваат, колку што е можно повеќе, во затвори што се наоѓаат во близина до нивните семејства или блиски роднини; треба да се дозволуваат писма, телефонски повици и посети, колку што е можно почесто и колку што е можно повеќе да се почитува приватноста, пристап до весниците, радиото и телевизијата и надворешни посетители. Посебни напори треба да се направат за да се овозможи доделување на различни форми на излез од затвор, да се*

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

намали ризикот од самоубиство, особено непосредно по осудата; да се отстранат штетните ефекти на долгите казни затвор, како што се институционализација, пасивност, намалена самодоверба и депресија.

Клучни зборови: казна, доживотен затвор, долги казни затвор, меѓународни стандарди, тертман.

1. Вовед

Казната доживотен затвор е најстрогата казна која може да се изрече во Република Македонија за тешки (сериозни) кривични дела. Согласно Кривичниот законик на Република Македонија (КЗМ)¹ доживотен затвор може да се изрече за 25 кривични дела, со тоа што во нашиот КЗ за дела извршени со умисла кај кои е пропишана казна затвор во траење од 20 години, за тешки форми на тие дела, законот алтернативно пропишал и казна доживотен затвор. За кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор, може да се изрече казна долготраен затвор од 40 години. Казната доживотен затвор не може да се пропише како единствена главна казна.² Казната доживотен затвор не може да се изрече на сторител кој во време на извршување на кривичното дело не навршил 21 година од животот.³

Кога станува збор за казната затвор, генерално, може да истакнеме бројни критики со оглед на фактот што во основата на казната затвор лежи репресивност, ретрибутивност, пунитивност, а од друга страна, истата се применува со цел ресоцијализација на криминалците, што се јавуваат како крајно антагонистички цели на казната затвор. Понатаму, се нагласува песимизмот и разочараноста од неговите ефекти. Казненоправната теорија зборува за претежно негативното дејство на казната затвор. Затворот не ги остварува очекуваните позитивни ефекти во однос на ресоцијализација и социјална адаптација. Затворот стигматизира, шири „криминална зараза“, неутрализира, го изолира осуденото лице од сите, што значи од позитивните влијанија на општествената заедница, го оддалечува од семејството, од работниот и професионалниот ангажман. Затворите се 'училишта' за осудените лица. Ова, особено се однесува на долготрајните казни затвор. Тие не само што немаат позитивно влијание во правец

¹ 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).

² В. чл.35 ст.1, 2, 3 КЗМ.

³ В. чл.35 ст.4 КЗМ.

на превоспитување и поправање на осудените лица, туку, напротив, произведуваат рецидивисти или психијатриски случаи. Во определени случаи доаѓа до адаптирање кон условите во затворот што сосема ја оневозможува реинтеграцијата во општеството, феномен објаснуван во теоријата како 'призонизација'. Процесот на призонизација ги уништува психолошката и емоционалната добробит на затворениците. Според нив ако затворите психолошки ги уништуваат затворениците, тогаш нивното прилагодување во општеството по отпуштањето од затвор може да биде само негативно, а извесна последица е враќањето на криминал. Тоа, од причина што призонизацијата е толку силна и има така големо влијание, што ја нагрзува личноста и ја онесобува за нормално однесување и за вршење позитивни општествени улоги. Интензивното влијание на призонизацијата условува враќање кон криминално однесување.⁴

Казната доживотен затвор многу европски држави ја укинуваат и предвидуваат долготраен затвор во траење од 15, 20, 30 и 40 години. Спротивно на тоа, пак, има држави кои имаат казни доживотен затвор без право на помилување и без право на условен отпуст. Во Република Македонија се изрекува доживотен затвор со можност за условен отпуст по издржани 25 години (пред новелата на КЗМ овој формален критериум беше поставен на издржани најмалку 15 години).⁵

Во некои држави, како на пример, во Канада и во некои американски држави казната доживотен затвор може да се изрече дури и за сообраќајни деликти.⁶

Во голем број европски држави, доживотниот затвор е ефикасно укинат. Многу од земјите чиешто влади го укинале доживотниот затвор и затворот со неопределено траење, биле под културно влијание или биле колонизирани од Шпанија или Португалија⁷ и предвиделе такви забрани во нивните сегашни уставни (вклучувајќи ја и Португалија, но не и Шпанија).

⁴ За ова види повеќе: *Груевска Дракулевски, Александра* (2016) „Затвор и рецидивизам“, Скопје: Студиорум – Центар за регионални истражувања и соработка.

⁵ В. чл. 36 ст.4 КЗМ.

⁶ Criminal Code of Canada, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/FullText.html>. (Пристапено на: 25.3.2018).

⁷ Оваа казна не постои во сите земји. Португалија беше првата земја во светот која го укина доживотниот затвор со затворските реформи на Сампајо е Мело во 1884 година. Меѓутоа, во државите каде што може да се изрече казна доживотен затвор, може да постојат и формални механизми за барање условен отпуст по одреден период на издржана казна. Ова значи дека осуденото лице има можност да го издржи преостанатиот дел од казната (додека тој не умре) надвор од затворот. Условниот отпуст обично е условен од поранешното и одидното однесувањето на осуденото лице, со можност за одредени

Голем број европски земји ги укинаа сите форми на затворање на неопределено време, меѓу кои и Србија,⁸ Хрватска⁹ и Шпанија, кои ја утврдија максималната казна во траење 30-40 години (за секоја осуда, која во пракса го задржува принципот на доживотен затвор под друго име (затвор за неопределено време, Босна и Херцеговина,¹⁰ со максимална казна од 45 години, а исто така и Португалија, која ги укина сите форми на доживотен затвор во 1884 година и ја изрекува максималната казна на 25 години, додека Норвешка (*de jure*) и Шпанија (*de facto* од 1993 година до февруари 2018 година, прашањето за кое сега се дебатира повторно да се воведо *de jure* доживотен затвор, нејзината вообичаена практика пред да стане демократија во 1978-1983 година) ја укинаа доживотната казназатвор, но ги задржаа и другите форми на затворање на неопределено време.

Во Европа, единствените земји во кои законот експлицитно предвидува доживотни казни затвор без можност за помилување се некои составни делови на Обединетото Кралство (Англија, која го вклучува Велс, бидејќи не е пренесена компетентноста и правниот систем на Англија сè уште е во сила во Велс), Холандија, Словачка и Бугарија.¹¹

Во Јужна и Централна Америка, Хондурас, Никарагва, Ел Салвадор, Костарика, Венецуела, Колумбија, Уругвај, Боливија, Еквадор и Доминиканската Република е укината казната доживотен затвор. Максималната казна е 75 години во Ел Салвадор, 60 години во Колумбија, 50 години во Костарика и Панама, 40 години во Хондурас, 35 години во Еквадор, 30 години во Никарагва, Боливија, Уругвај и Венецуела, а 25

ограничувања или обврски. Спротивно на тоа, кога осуденото лице целосно ќе ја издржи казната затвор, се пушта на слобода. Времето издржано во затвор и условите за доделување условен отпуст се различни во секоја јурисдикција. Сепак, времето додека не се добие право да поднесе барање за условен отпуст, не кажува ништо за вистинскиот датум на пуштање на условен отпуст. Во повеќето земји ширум светот, лицето што е пуштено на условен отпуст по осуда на доживотен затвор е обично условно пуштено за остатокот од неговиот природен живот.

⁸ Čl. 45, Krivični zakonik (Sl. glasnik RS br. 85/05 , 88/05 - ispravka, 107/05 - ispravka, 72/09 , 111/09 , 121/12, 104/13). (<http://www.fb.bg.ac.rs/download/Pitanja/Krivicni%20zakonik%20RS.pdf>). (Пристапено на: 26.3.2018).

⁹ Čl.46, Kazneni zakon (Pročišćeni tekst zakona, NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, na snazi od 20.10.2017. (<https://www.zakon.hr/z/98/kazneni-zakon>). (ПРИСТАПЕНО НА: 26.3.2018).

¹⁰ Čl. 43, Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. (<http://www.fbihvlada.gov.ba/bosanski/zakoni/2003/zakoni/47bos.htm>). (Пристапено на: 26.3.2018).

¹¹ Criminal Code of Bulgaria (1968, amended 2010), Chapter 4, Section 1, Чл. 37(2). http://www.legislationline.org/download/action/download/id/7578/file/Bulgaria_Criminal_Code_1968_am2017_ENG.pdf. (Пристапено на: 25.3.2018).

години во Парагвај. Бразил има максимална казна од 30 години според статуторен закон и смртна казна, предвидена со закон за злосторства извршени за време на војна (за воени злосторства, како што се предавство, дезертирање и бунт).

Во Соединетите Американски Држави, во извештајот од 2009 година од Проектот за казнување¹² сугерираат дека треба да се укине доживотниот затвор без можност за условен отпуст. Но, официјалните претставници на САД¹³ за спроведување на законот се спротивставија на предложеното укинување.¹⁴

Папата Френсис предложил укинување на смртната казна и доживотен затвор на состанокот со претставниците на Меѓународната асоцијација за казнено право. Тој, исто така, изјавил дека доживотното затворање, неодамна отстрането од казнениот закон на Ватикан, е само варијација на смртната казна.¹⁵

Малку земји низ целиот свет дозволуваат на малолетници да им се изрекува казна доживотен затвор без можност за условно отпуштање или помилување; така на пример, Антигва и Барбуда, Аргентина (на возраст над 16 години),¹⁶ Австралија, Белизе, Брунеи, Куба, Доминика, Сент Винсент и Гренадини, Соломоновите Острови, Шри Ланка и САД. Според студијата на Правниот факултет при Универзитетот во Сан

¹² <http://www.sentencingproject.org/>. (Пристапено на: 26.3.2018).

¹³ Некои пресуди, особено во САД, го надминуваат максималниот животен век на човекот и затоа се сметаат за *de facto* доживотни казни. Дополнително, за особено грозоморни кривични дела, судовите понекогаш додаваат дополнителни години на казната, покрај доживотното затворање, со цел да се осигура дека никакво добро однесување нема да резултира со ослободување на лицето. На пример, Ариел Кастро, кој ги киднапирал Мишел Најт, Аманда Бери и Гина Де Хесус од улиците на Кливленд, во 2013 година бил осуден на „доживотен затвор, плус 1.000 години“ за 937 кривични поени, вклучувајќи киднапирање, силување и убиство. Судовите во Јужна Африка изрекле најмалку две пресуди кои надминуваат еден век (на Мојсеј Ситоле, чија пресуда надминува два милениуми, и Јудин де Кок). CNN, By *Elliott C. McLaughlin and Pamela Brown*. “Cleveland kidnapper Ariel Castro sentenced to life, plus 1,000 years - CNN.com” (<https://edition.cnn.com/2013/08/01/justice/ohio-castro/index.html>). (Пристапено на: 26.3.2018).

¹⁴ *Kevin Johnson* (22 July 2009). “Report wants life without parole abolished”. USA Today. https://usatoday30.usatoday.com/news/washington/2009-07-22-lifers_N.htm. (Пристапено на: 25.3.2018).

¹⁵ Francis X. Rocca (23 October 2014). “Pope Francis calls for abolishing death penalty and life imprisonment”. Catholic News Service. (<https://archive.is/20141024002736/http://www.catholicnews.com/data/stories/cns/1404377.htm>). (Пристапено на: 25.3.2018).

¹⁶ *Mecon*, “InfoLEG - Ministerio de Economía y Finanzas Públicas - Argentina”. *mecon.gov.ar*. (<https://web.archive.org/web/20160109182945/http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/114167/texact.htm>). (Пристапено на: 25.3.2018).

Франциско, само САД имале малолетници кои издржувале такви казни во 2008 година.¹⁷ Во 2009 година, Human Rights Watch¹⁸ проценува дека има 2.589 млади престапници кои издржуваат казна доживотен затвор без можност за условен отпуст во САД.^{19/20} САД се лидери по бројот на доживотни затворски казни (и за возрасни и за малолетници), со стапка од 50 лица на 100.000 жители.²¹

2. Доживотниот затвор во Република Македонија (легислативни и практични аспекти)

Системот на кривични санкции во Република Македонија е определен со Кривичниот законик на Република Македонија (КЗМ).²² Така, кривичните санкции вклучуваат: казни, алтернативни мерки, мерки на безбедност и воспитни мерки чие извршување е регулирано со Законот за извршување на санкциите (ЗИС)^{23, 24}

За сторени кривични дела може да се изречат следниве казни: 1) затвор, 2) парична казна, 3) забрана за вршење професија, дејност или должност, 4) забрана за управување моторно возило, 5) протерување на

¹⁷ “Laws of Other Nations”. (https://web.archive.org/web/20150627124859/http://www.usfca.edu/law/jlwop/other_nations/). (Пристапено на: 26.3.2018).

¹⁸ <https://www.hrw.org>. (Пристапено на: 26.3.2018).

¹⁹ Executive Summary: The Rest of Their Lives: Life without Parole for Child Offenders in the United States”, 1 May, 2008. (<https://www.hrw.org/report/2008/05/01/executive-summary-rest-their-lives/life-without-parole-youth-offenders-united>). (Пристапено на: 26.3.2018).

²⁰ “State Distribution of Youth Offenders Serving Juvenile Life Without Parole (JLWOP)”. Human Rights Watch. 2 October 2009. Retrieved 3 August 2011. (<https://www.hrw.org/news/2009/10/02/state-distribution-youth-offenders-serving-juvenile-life-without-parole-jlwop>). (Пристапено на: 26.3.2018).

²¹ “The Sentencing Project News - New Publication: Life Goes On: The Historic Rise in Life Sentences in America”. *sentencingproject.org*. (https://web.archive.org/web/20131018011248/http://www.sentencingproject.org/detail/news.cfm?news_id=1636&id=107). (Пристапено на: 26.3.2018).

²² Кривичен законик на Република Македонија („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).

²³ Закон за извршување на санкциите („Службен весник на Република Македонија“ бр. 2/2006, 57/2010 и 170/2013, 43/2014, 166/2014, 33/2015 и 98/2015).

²⁴ Чл. 1 ст. 2 ЗИС.

странец од земјата и б) забрана за присуство на спортски натпревари.^{25/26}

Казната затвор може да се изрече само како главна казна²⁷ Затворот не може да биде пократок од триесет дена ниту подолг од 20 години. За кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор, може да се изрече казна долготраен затвор од 40 години.²⁸

Ако за кривично дело сторено со умисла е пропишан затвор во траење од 20 години, за тешки форми на тоа дело може да се пропише и казна доживотен затвор.²⁹

Казната доживотен затвор не може да се пропише како единствена главна казна.³⁰

Казната доживотен затвор не може да се изрече на сторител кој во време на извршување на кривичното дело не навршил 21 година од животот.³¹

Осудениот на казна доживотен затвор условно не може да се отпушти пред да издржи најмалку 25 години.³²

Според Кривичниот законик на Република Македонија, доживотен затвор е предвиден за следните кривични дела: Убиство,³³ Полов напад врз дете кое не наполнило 14 години,³⁴ Разбојништво,³⁵ Разбојничка кражба,³⁶ Изнуда,³⁷ Напад на воздухоплов, брод или недвижна платформа,³⁸

²⁵Чл. 33 ст. 1 КЗМ.

²⁶Чл. 48-а, КЗМ. Видови алтернативни мерки: На сторителите на кривичните дела може да им се изречат овие алтернативни мерки: 1) условна осуда; 2) условна осуда со заштитен надзор; 3) условно прекинување на кривичната постапка; 4) општокорисна работа; 5) судска опомена и 6) куќен затвор.

Чл. 61, КЗМ. Видови мерки на безбедност: На сторителите на кривични дела може да им се изречат овие мерки на безбедност: 1) задолжително психијатриско лекување и чување во здравствена установа, 2) задолжително психијатриско лекување на слобода, 3) задолжително лекување на алкохоличари и наркомани и 4) медицинско-фармаколошко лекување на сторители на полов напад врз дете до 14 години.

²⁷Чл. 33 ст.2 КЗМ.

²⁸Чл. 35 ст.1 КЗМ.

²⁹Чл.35 ст.2 КЗМ.

³⁰Чл.35 ст. 3 КЗМ.

³¹Чл.35 ст.4 КЗМ.

³²Чл.36 ст.4 КЗМ.

³³Чл. 123 ст. 2 и 3 КЗМ.

³⁴Чл. 188 ст. 2 КЗМ.

³⁵Чл. 237 ст. 5 КЗМ.

³⁶Чл. 238 ст. 5 КЗМ.

³⁷Чл. 258 ст. 4 КЗМ.

³⁸Чл. 302 ст. 3 КЗМ.

Загрозување на безбедноста на воздушниот сообраќај,³⁹ Признавање окупација,⁴⁰ Убиство на претставници од највисоките државни органи,⁴¹ Казнување за најтешките форми на кривични дела,⁴² Спротивставување на претпоставен,⁴³ Напад врз воено лице во вршењето на службата,⁴⁴ Непријавување подготвување на кривично дело,⁴⁵ Тероризам,⁴⁶ Геноцид,⁴⁷ Злосторство против човечноста,⁴⁸ Воено злосторство против цивилно население,⁴⁹ Воено злосторство против ранети и болни,⁵⁰ Воено злосторство против воени заробеници,⁵¹ Употреба на недозволените средства на борба,⁵² Злоупотреба на хемиско или биолошко оружје,⁵³ Противправно убивање и ранување на непријател,⁵⁴ Меѓународен тероризам,⁵⁵ Загрозување лица под меѓународна заштита,⁵⁶ и Земање заложници.⁵⁷

Казните доживотен затвор се извршуваат во институции од затворени вид.⁵⁸ Според нашето законодавство во установа од затворен вид се

³⁹ Чл. 303 ст. 3 КЗМ.

⁴⁰ Чл. 306 КЗМ.

⁴¹ Чл. 309 КЗМ.

⁴² Чл. 327 ст. 2 и 3 КЗМ.

⁴³ Чл. 330 ст. 5 КЗМ.

⁴⁴ Чл. 333 ст. 4 КЗМ.

⁴⁵ Чл. 363 ст. 2 КЗМ.

⁴⁶ Чл. 394-б ст. 1 КЗМ.

⁴⁷ Чл. 403 КЗМ.

⁴⁸ Чл. 403-а КЗМ.

⁴⁹ Чл. 404 ст. 1 и 2 КЗМ.

⁵⁰ Чл. 405 КЗМ.

⁵¹ Чл. 406 КЗМ.

⁵² Чл. 407 ст. 3 КЗМ.

⁵³ Чл. 407-б ст. 3 КЗМ.

⁵⁴ Чл. 409 ст. 2 КЗМ.

⁵⁵ Чл. 419 ст. 3 КЗМ.

⁵⁶ Чл. 420 ст. 3 КЗМ.

⁵⁷ Чл. 421 ст. 3 КЗМ.

⁵⁸ КПД Идризово и КПД Штип се казнено-поправни установи од затворен тип со висок степен на физичко и материјално обезбедување. Ова се казнено-поправни установи за извршување на казна затвор за мажи во траење подолго од три години, како и казната затвор над шест месеца спрема повторници порано осудувани на казна затвор. Во овие казнено-поправни установи постојат неколку одделенија: приемно одделение, затворено, полуотворено и отворено одделение, одделение за болни, стари и изнемоштени осудени лица, одделение за осудени лица странски државјани и за лица без државјанство. Види: Арнаудовски, Љ./ Груевска-Дракулевски, А. (2011) „Закон за извршување на санкциите: интегрален текст со предговор, кратки објаснувања и регистар на поимите со прилози“, Скопје: „Студиорум“ - Центар за регионални истражувања и соработка. Арнаудовски, Љ./ Груевска-Дракулевски, А. (2013) „Пенологија“ (прв и втор дел), Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2 Август С Штип, Скопје.

извршува казната затвор во траење подолго од три години, како и казната затвор над шест месеца спрема повторници порано осудувани на казна затвор.⁵⁹ Само во КПД Идризово има посебно одделение за жени осудени на казна затвор за целата територија на Република Македонија. Исто така, затворот Идризово е единствената казнена установа за извршување на казната доживотен затвор, наметната за мажи и жени, и за мажи и жени странски државјани и лица без државјанство.⁶⁰

Лица осудени на казна доживотен затвор, казната ја издржуваат во согласност со одредбите за извршување на казната затвор и ги уживаат сите права и погодности, освен оние кои се ограничени со куќниот ред на установата.⁶¹ Значи, врз лицата осудени на казна доживотен затвор се применуваат одредбите од ЗИС и од подзаконските акти.

Врз лицата осудени на казна затвор се применуваат сите правила што се однесуваат на нивните права, но и обврски. На пример, за нив важат истите стандарди во поглед на сместување, исхрана, лична хигиена, одмор, здравствена заштита, воспитна работа, образование, слободни активности, спорт и рекреација, заштита на нивните права со употреба на правни средства итн.⁶² Исто така, важат истите правила за дисциплинска одговорност во случај на дисциплинска повреда.⁶³ Но, во однос на прогресирањето, има специфика, односно осудено лице на казна доживотен затвор не може да прогресира од затворено во полуотворено одделение.^{64/65}

Потоа, постојат и ограничувања и во поглед на погодностите предвидени за затвореничката популација. Односно тие не може да користат погодности кои подразбираат излегување надвор од КПУ. Со оглед на фактот што третманот на осудените лица, осудени на казна доживотен затвор е во затворено одделение и се класифицирани во група В1 како лица со многу висок степен на ризик, согласно Правилникот

⁵⁹ Чл. 49 ст.1 ЗИС.

⁶⁰ Годишни извештаи на Управата за извршување на санкциите на Република Македонија за работењето и состојбата во Казнено поправните и Воспитно поправните установи во Република Македонија. (<http://www.pravda.gov.mk/tekstoviuis.asp?lang=mak&id=godizyv>). (Пристапено на: 26.3.2018).

⁶¹ Чл. 49 ст. 2 ЗИС.

⁶² Чл. 101-175 ЗИС.

⁶³ Чл. 176-191 ЗИС.

⁶⁴ Чл. 154-155 ЗИС.

⁶⁵ Правилник за времето што треба да го помине и условите што треба да ги исполни осуденото лице во установата од определен вид или во соодветно одделение на установата од општ вид (23.12.2011 година), член 10.

за начинот на користење на погодности на осудени лица⁶⁶ може да ги користат следниве погодности: уредување на животниот простор со лични предмети, Почесто примање на пратки и примање на пратки со поголема голема тежина (10 и 15 кг.), продолжени посети во траење од 90 минути, престој со брачен или вонбрачен другар во посебна просторија без надзор. Додека, телефонирање без надзор; посети надвор од просториите на установата; - слободен излез од установата до 7 часа; 27 - отсуство до 15 дена во текот на година, со тоа што отсуството во текот на месецот на може да биде подолго од три дена; - целосно или делумно користење на одмор надвор од установата, не може да ги користат.⁶⁷

Врз нив се применуваат основни облици на третман: работа на осудени лица, морално-етичко воспитување и образование, слободни активности (спорт, рекреација, културно-уметничка работа), осуденичко самоорганизирање и медицински-психолошки третман на поодделни категории на осудени лица (за определено време или за целиот период од издржувањето на казната).⁶⁸ Врз основа на утврдените потреби во индивидуалната програма за третман, покрај општите третмански мерки може да се спроведуваат и специфични третмански мерки - третман на осудени лица на казна доживотен затвор.⁶⁹ Третманот на осудени лица на казна доживотен затвор се определува од специфичните потреби и карактеристики на осудените лица на казна доживотен затвор и овозможува адаптација на затворските услови на живот, намалување на негативните ефекти што произлегуваат од должината на казната и активно учество во третманските активности, прифаќање на одговорноста за сопственото девијантно однесување и учење на вештини за самоконтрола со што би се намалил потенцијалот и ризикот од повреди во затвор и од повторно вршење на кривично дело.⁷⁰

Она што можеби е најзначајо за лицата осудени казна доживотен затвор е можноста да бидат пуштени на условен отпуст. Односно, согласно КЗМ, осудениот на казна доживотен затвор условно не може да се отпушти пред да издржи најмалку 25 години казна затвор. Пред новелата на КЗМ овој формален критериум беше поставен на издржани најмалку 15 години.

⁶⁶ Правилник за начинот на користење на погодности на осудени лица („Службен весник на Република Македонија“ бр.173/2011).

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Упатство за определување на видовите и начините на третман на осудените лица („Службен весник на Република Македонија“ бр.173/2011).

⁶⁹ *Ibid.*, член 31.

⁷⁰ *Ibid.*, член 47.

Со оглед на фактот што најмногу од доживотните казни затвор беа изречени во време на важење на ова законско решение, за тие лица се применува законот што важел во време на извршување на кривичното дело. Досега, неколкумина го исполнуваат формалниот услов односно веќе имаат издржано 15 години, но ниту еден од нив не е пуштен на условен отпуст. Во моментот можноста да бидат условно отпуштени е единствената надеж за оваа категорија затвореници и мотив и поттик да се однесуваат примерно во установата.⁷¹ Исто така, согласно КЗМ и Законот за помилување,⁷² во зависност од стореното кривично дело, може да поднесат молба за помилување со што изречената казна може да им се замени со поблага казна.⁷³

Во однос на амнестијата ниту последниот Закон за амнестија,⁷⁴ ниту оние од 1999⁷⁵ и 2002⁷⁶ амнестијата не се однесува на казните доживотен затвор. Во периодот 1991-2011 изречени се 30 казни доживотен затвор,⁷⁷ а денес тој број е веќе 40 казни доживотен затвор. Тоа се должи исклучиво на сторените тешки кривични дела во последните години за кои судиите не ни можеа да се одлучат за поблаги казни. Во 2016 година се изречени четири казни доживотен затвор за сторени кривични дела убиство; во 2015 година – три за кривични дела убиство, една за злосторничко здружување; во 2014 година и во 2013 година не е изречена ниту една казна доживотен затвор; во 2012 година – една за убиство, во 2011 година се изречени пет казни доживотен затвор за сторени кривични дела убиство.⁷⁸

Во анализираниот период (1991-2011 година) имало вкупно 29 затвореници осудени на доживотна затворска казна, кои издржувале

⁷¹ *Gruevska-Drakulevski, Aleksandra* (2014) “Life Sentence Prisoners in the Republic of Macedonia” in *Iustinianus Primus Law Review*, No. 09, volume V, Summer 2014, Skopje: Faculty of Law “Iustinianus Primus” in Skopje. (<http://lawreview.pf.ukim.edu.mk/>). (Пристапено на: 27.3.2018).

⁷² Закон за помилување („Службен весник на Република Македонија“ бр.20/1993, 12/2009 и 99/2016).

⁷³ Чл. 114 КЗМ.

⁷⁴ Закон за амнестија („Службен весник на Република Македонија“, 2017).

⁷⁵ Закон за амнестија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 6/1999), член 1: Амнестијата не се однесува на лицата осудени со правосилна пресуда на казна доживотен затвор.

⁷⁶ Закон за амнестија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/02 од 07.03.2002 година).

⁷⁷ *Gruevska-Drakulevski, Aleksandra* (2014) “Life Sentence Prisoners in the Republic of Macedonia” in *Iustinianus Primus Law Review*, No. 09, volume V, Summer 2014, Skopje: Faculty of Law “Iustinianus Primus” in Skopje. (<http://lawreview.pf.ukim.edu.mk/>). (Пристапено на: 27.3.2018).

⁷⁸ www.stat.gov.mk. (Пристапено на: 27.3.2018).

казна затвор во затворот Идризово. Повеќето од нив се Албанци (48,2%), потоа следат Македонци (37,9%), Роми (10,4%) и Турци (5,3%).⁷⁹ Сите тие извршиле најмалку едно убиство за кое им е изречена казна доживотен затвор. Ниту еден од нив не е пуштен на условен отпуст. Сите затвореници на казна доживотен затвор имаат ниско ниво на образование, повеќето од нив имаат семејства и деца и се невработени. Повеќето од нив не се зависни од дрога или алкохол. Висок процент од нив се рецидивисти.⁸⁰

3. Меѓународни стандарди за третман на затвореници осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор

Во однос на третманот на лицата осудени на казна доживотен затвор ќе се осврнеме на двата најзначајни меѓународни документи, *Стандардните минимални правила за постапување со затвореници ревидирани (Нелсон Мандела правила)*⁸¹ и на *Европските затворски правила*,⁸² а посебно на *Препораката Rec (2003) 23 на Комитетот на министри до земјите членки за управувањето од страна на затворската администрација со затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор*.⁸³

⁷⁹ Gruevska-Drakulevski, Aleksandra (2014) "Life Sentence Prisoners in the Republic of Macedonia" in Iustinianus Primus Law Review, No. 09, volume V, Summer 2014, Skopje: Faculty of Law "Iustinianus Primus" in Skopje. (<http://lawreview.pf.ukim.edu.mk/>). (Пристапено на: 27.3.2018).

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Стандардни минимални правила за постапување со затвореници (Нелсон Мандела Правила) (Резолуција усвоена од страна на Генералното Собрание на 17 декември 2015 (по извештајот на Третиот Комитет (A/70/490)). [United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules) Resolution adopted by the General Assembly on 17 December 2015 [on the report of the Third Committee (A/70/490)].

⁸² Европски затворски правила (Препорака Rec(2006)2 на Комитетот на министри на државите членки) (усвоени од Комитетот на министри на 11 јануари 2006 година на 952 средба на замениците министри). [Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules1 (Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies)].

⁸³ Препорака Rec(2003)23 на Советот на Европа на Комитетот на министри до земјите членки за управувањето од страна на затворската администрација со затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор (Усвоена од Комитетот на министри на 9 октомври 2003 година на состанок на замениците министри) [Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003)23 of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners (Adopted by the Committee of Ministers on 9 October 2003

Стандардните минимални правила за постапување со затворениците (НМП) се првиот документ со кој се гарантира правниот статус на лицето осудено на казна затвор за време на издржувањето на казната. Стандардните минимални правила за постапување со затворениците спаѓаат во редот на првите и најстарите правила (мерки) што се однесуваат на постапувањето со лицата осудени на казна затвор.⁸⁴ На идентичен начин тие се однесуваат и на лицата осудени на казна доживотен затвор.

Во Европските затворски правила, пак, посебно во членот 103.8 се нагласува дека „Посебно внимание треба да се посвети на утврдувањето на соодветни програми и режими за издржување на доживотните казни затвор и другите долготрајни казни затвор.“ Оттука, е донесена и Препораката Rec (2003) 23 што е предмет на анализа подолу во трудот.

3.1 Препорака Rec (2003) 23⁸⁵

Во 2003 година е усвоена Препорака Rec(2003)23 на Советот на Европа на Комитетот на министри до земјите членки за управувањето од страна на затворската администрација со затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор, како резултат на следниве причини. Укинувањето на смртната казна во земјите членки резултираше со зголемување на употребата на казните доживотен затвор. Тоа понатаму резултираше со пренатрупаност (пренаселеност) на затворите, што, пак, може да го наруши ефективното и хумано управување

at the 855th meeting of the Ministers' Deputies)]. <https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%282003%29+23+on+the+management+of+life+sentence+and+other+long+term+prisoners.pdf/bb16b837-7a88-4b12-b9e8-803c734a6117>. (Пристапено на: 23.3.2018).

⁸⁴ Арнаудовски, Љ./ Груевска-Дракулевски, А. (2011) „Закон за извршување на санкциите: интегрален текст со предговор, кратки објаснувања и регистар на поимите со прилози“, Скопје: „Студиорум“-Центар за регионални истражувања и соработка.

⁸⁵ Препорака Rec(2003)23 на Советот на Европа на Комитетот на министри до земјите членки за управувањето од страна на затворската администрација со затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор (Усвоена од Комитетот на министрина 9 октомври 2003 година на 855 состанок на замениците министри) [Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2003)23 of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners (Adopted by the Committee of Ministers on 9 October 2003 at the 855th meeting of the Ministers' Deputies)]. <https://pjp-eu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%282003%29+23+on+the+management+of+life+sentence+and+other+long+term+prisoners.pdf/bb16b837-7a88-4b12-b9e8-803c734a6117>. (Пристапено на: 23.3.2018).

со затворениците. Следно, законодавството и практиката во врска со менаџирањето на затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор, треба да се усогласат со барањата содржани во Европската конвенција за човекови права и прецедентното право на органите на кои им е доверена нејзината примена. Исто така, примената на затворските казни од една страна, бара постигнување рамнотежа помеѓу целите на гарантирањето на безбедноста, редот и дисциплината во казнените установи и од друга страна, обезбедување пристojни услови за живот на затворениците, активни режими и конструктивни подготовки за отпуштање, а со затворениците треба да се управува на начин прилагоден на индивидуалните околности и во согласност со начелата на правда, еднаквост и праведност.⁸⁶

Во Препораката е дадена дефиниција на осудени на казна доживотен затвор и на долги казни затвор,⁸⁷ целите,⁸⁸ општите принципиза управување со затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и затворениците кои издржуваат долга казна затвор.⁸⁹

⁸⁶ В. Преамбула, Препорака Rec (2003) 23.

⁸⁷ 1. Зацелитена оваа Препорака, затвореник осуден на казна доживотен затвор е оној кој издржува казна доживотен затвор. А, затвореник осуден на долга казна затвор е оној кој издржува казна затвор или казни затвор во вкупна должина од пет или повеќе години. Препорака Rec (2003) 23.

⁸⁸ 2. Целите на управување со затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и затворениците кои издржуваат долга казна затвор, треба да бидат такви што ќе:

- обезбедат затворите да бидат сигурни и безбедни места за овие затвореници и за сите оние кои работат со нив или ги посетуваат;

- ги отстранат штетните ефекти на казната доживотен затвор и другите долги казни затвор;

- гизголематиподобратможностите за овиезатвореницида бидатуспешнораинтегрирани во општеството и да водат живот со почитување на законите по нивното отпуштање. Препорака Rec (2003) 23.

⁸⁹ 3. Треба да се разгледаразновидноста наличните карактеристики на затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и затворениците кои издржуваат долга казна затвор и истите да се земат во предвид со цел да се направат индивидуални планови за имплементацијана казната(принцип на индивидуализација).

4. Затворскиот животтреба да се организирасо цел,што е можно повеќе,да се приближи дореалниотживот во заедницата(принцип на нормализација).

5. Затвореницитетреба да добијатможности заостварувањена лична одговорносто дневниотзатворскиот живот(принцип на одговорност).

6. Треба да сенаправи јаснадистинкција меѓубило коиризици што затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и затворениците кои издржуваат долга казна затвор ги претставуваат за надворешнатазаедница, за самите нив,за другитезатвореници и заоние кои работат или се во посета назатворот (принцип на сигурност и безбедност).

7. Треба да се разгледа можноста данесе сегрегираат затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и затворениците кои издржуваат долга казна затвор само врз

Во Препораката се истакнува дека со цел постигнување на општите цели и придржување кон принципите, треба да се изготват сеопфатни планови за издржување на казната за секој затвореник поединечно.⁹⁰ Бидејќи станува збор за специфична категорија затвореници, она што е особено значајно е од страна на затворската администрација да се направи внимателна проценка за да се утврди дали одредени затвореници претставуваат ризик за самите себе и за другите. До најголем можен степен, треба да се адресираат криминогените потреби со цел да се намалат престапите и штетното однесување од страна на затворениците, како за време на издржувањето на казната затвор, така и по отпуштањето. Бидејќи ниту опасноста ниту криминогените потреби не се природно стабилни карактеристики, проценките на ризик и потреби треба да се повторуваат интервали, од страна на соодветно обучен персонал, за да се задоволат барањата на планирањето на издржувањето на казната или

основанивната казна(принцип на несегрегација).

8. Индивидуалните планирања за управување со затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и со затворениците кои издржуваат долга казна затвор, треба да се стремат кон обезбедување на прогресиран низ затворскиот систем (принцип на прогресирање). Препорака Rec (2003) 23.

⁹⁰ 9. Со цел постигнување на општите цели и придржување кон принципите споменати погоре, треба да се изготват сеопфатни планови за издржување на казната за секој затвореник поединечно. Овие планови треба да бидат подготвени и развиени, колку што е можно повеќе, со активно учество на затвореникот, а особено кон крајот на издржувањето на казната затвор, во тесна соработка со органите задолжени за надзор по отпуштањето и со други релевантни органи.

10. Плановите за издржување на казната треба да вклучуваат проценка на ризикот и потребите на секој затвореник и да се користат за да обезбедат систематски приод кон:

- првичното распоредување на затвореникот;

- прогресирането низ затворскиот систем до повеќе кон помалку рестриктивни услови со, идеално, една финална фаза помината во отворени услови, по можност во заедницата;

- учеството на вработата, образованието, обуката и другите активности што овозможуваат корисно искористување навремето поминато во затвор и што ги зголемуваат шансите за успешна интеграција по отпуштањето;

- интервенциите и учеството во програми наменети за решавање на ризиците и потребите, како и за намалување на однесувањето кое го нарушува редот во затворот и рецидивирањето по отпуштањето;

- учеството во рекреативни и други активности за спречување или борба против штетните ефекти на долготрајните казни затвор;

- условите мерките на надзор што водат кон животно почитување на законите и прилагодување во заедницата по условно отпуст.

11. Планирањето на издржување на казната треба да започне што е можно порано по приемот во затвор, треба да се ревидира во редовни интервали и да се модифицира според потребите. Препорака Rec (2003) 23.

кога тоа е потребно.⁹¹

Посебно внимание треба да се посвети на сигурноста и безбедноста во затворот. Оттука, одржувањето на контролата во затворот треба да се базира на употреба на динамична безбедност. Распоредувањето во посебни затвори или крила на затворите, треба да се базира на сеопфатни проценки за ризик и потреби. Треба да се направат интензивни напори за да се избегне сегрегацијата или доколку мора да се примени, треба да се намали периодот на нејзина примена. Управувањето со опасните затвореници треба да биде водено од принципите содржани во Препораката бр. R(82) 17 во врска со затворот и третманот на опасните затвореници.⁹²

⁹¹Проценка на ризикот и потребите:

12. Од странана затворската администрацијатреба да се направи внимателнапроценка за да се утврди далиодредени затворениципретставуваат ризикза самите себе и за другите. Опсеготнаоценката на ризицитетреба да вклучи можност за нанесување штетана самиот себе, на другизатвореници,налица кои работат или се во посетана затворот илиза заедницата, како и веројатностза бегствоилиза вршењедруго тешко кривично дело за време на добивање излез од затворот или по отпуштањето.

13. Проценките на потребите треба да настојуваат да гиидентификуваатличнитепотреби икарактеристиките поврзани со кривичнотодело (кривичните дела)на затвореникотиштетнотооднесување („криминогени потреби“). Донајголем можен степен,треба да се адресираат криминогенитепотреби со цел да се намалатпрестапит еиштетнотооднесување од страна на затворениците, како за време наиздржувањето на казната затвор, така ипо отпуштањето.

14. Почетнатапроценка на ризикотина потребите,треба да бидеспроведена од страна наобучен кадарипо можностда се направи воЦентар за проценка.

15. *a.* Треба да се употребуваат модерни инструменти за проценка на ризик и потреби,какоупатства за донесување на одлукиза имплементирање на казните доживотен затвор и долгите казни затвор.

b. Бидејќи инструментите за проценка на ризик и потребисекогашсодржатмаргина на грешка, тие никогаш не треба да бидат единствениотметод што се користипри донесувањето на одлуки, туку треба да седополнуваат со другиформи на проценување.

c. Ситеинструменти за проценки на ризик и потреби,треба да се евалуираат, така што ќе се спознаат нивните предности и слабости.

16. Бидејќинитуопасностанитукриминогенитепотреби несе природностабилникара ктеристики,проценките на ризик и потребитреба да се повторуваатво интервали,од страна на соодветно обучен персонал,за да се задоволатбарањата напланирањето на издржувањето на казната иликога тоа е потребно.

17. Проценките на ризикоти потребитесекогаштреба да бидат поврзанисо управувањето соризиции потреби.Според тоа, овиепроценкитреба да содржат препораки за избор насоодветни интервенцииили модификациинаоние кои веќесе применуваат. Препорака Rec (2003) 23.

⁹²Сигурност и безбедност во затвор

18. *a.* Одржувањето на контролата во затворот треба да се базира на употребана динамичнабезбедност,тоаеразвојнапозитивни односиод страна на персоналоткон

Посебни мерки треба да се превземаат со цел спречување на штетните ефекти на казните доживотен затвор и другите долги казни затвор. „Со цел да се спречат и да се отстранат штетните ефекти на казните доживотен затвор и другите долги казни затвор, администрацијата во затворите треба да настојува:

- да се осигура дека се обезбедени можности уште на почетокот на издржувањето на казната, а подоцна доколку е потребно, да им се објаснат на затворениците затворските правила и рутини и нивните должности и права;

- да им обезбеди на затворениците можности да направат личен избор во што е можно поголем број на работи од дневниот затворски живот;

затворениците заснован на цврстина и правичност, во комбинација со разбирање на нивната лична ситуација и секој ризик од страна на индивидуални затвореници.

b. Таму каде што се користат технички уреди, како аларми и сигурносни камери, тие секогаш треба да се доополнуваат на методите на динамична безбедност.

c. Во рамките на границите неопходни за безбедност, рутинското носење на оружје, вклучувајќи огнено оружје и пендреци од страна на лицата кои се во контакт со затворениците, треба да биде забрането во кругот на затворот.

19. *a.* Затворските режими треба да се организираат така што ќе овозможат флексибилни реакции за менување на барањата за безбедност и сигурност.

b. Распоредувањето во посебни затвори или крилана затворите, треба да се базира на соопфатни проценки за ризици потребни на значењето на сместувањето на затвореници во средината водат сметка за нивните потреби и за кои постои веројатност дека ќе го намалат ризикот.

c. Поради посебни ризици и исклучителни околности, вклучувајќи ги и барањата од страна на самите затвореници, може да има потреба од некаков вид на сегрегација на индивидуални затвореници. Треба да се направат интензивни напори да се избегне сегрегацијата и доколку мора да се примени, треба да се намали периодот на нејзина примена.

20. *a.* Единиците со максимална безбедност треба да се користат само како последно средство и распоредувањето во овие единици треба редовно да биде ревидирано.

b. Во рамките на единиците со максимална безбедност, треба да се направи разлика меѓу режимите во однос на начинот на постапување со затворениците кај кои постои исклучителна опасност од бегство или опасност, како и начинот на постапување со оние затвореници кои претставуваат ризик за другите затвореници и/или за оние кои работат или се во посета на затворот.

c. Содржана почит кон однесувањето на затворениците и безбедносните барања, режимите во единиците со максимална безбедност, треба да целат кон постигнување на релаксирана атмосфера, да овозможат дружење меѓу затворениците, слобода на движење во рамките на единицата и да нудат голем број на активности.

d. Управувањето со опасните затвореници треба да биде водено од принципите содржани во Препораката бр. R(82) 17 во врска со затворот и третманот на опасните затвореници. Препорака Rec (2003) 23.

-да им понуди соодветни материјални услови и можности за физичка, интелектуална и емоционална стимулација;

-да развие пријатени пријателски дизајн на затворски простории, мебел и украси.“⁹³

Посебно внимание треба да се посвети на унапредување на контактите со семејството, па во таа насока затворениците треба да се сместуваат, колку што е можно повеќе, во затвори што се наоѓаат во близина до нивните семејства или блиски роднини и да се дозволуваат писма, телефонски повици и посети, колку што е можно почесто и колку што е можно повеќе да се почитува приватноста.⁹⁴

Мора да се поттикнуваат други контакти со надворешниот свет (пристап до весниците, радиото и телевизијата и надворешни посетители). Посебни напори треба да се направат за да се овозможи доделување на различни форми на излез од затвор.⁹⁵

Исто така, „затворениците треба да имаат пристап до соодветно советување, помош и поддршка, со цел:

-да се соочат со своите кривични дела, со штетата што им ја направиле на жртвите и со било какви чувствана вина поврзани со тоа;

-да се намали ризикот од самоубиство, особено непосредно по судата;

-да се отстранат штетните ефекти на долгите казни затвор, како што се институционализација, пасивност, намалена само доверба и депресија.“⁹⁶

⁹³ Правило 21, Препорака Rec (2003) 23.

⁹⁴ 22. Посебни напори треба да се направат за да се спречи нарушувањето на семејните врски. За таа цел:

-затворениците треба да се сместуваат, колку што е можно повеќе, во затвори што се наоѓаат во близина до нивните семејства или блиски роднини;

-треба да се дозволуваат писма, телефонски повици и посети, колку што е можно почесто и колку што е можно повеќе да се почитува приватноста. Доколку таквата одредба ја доведува во опасност сигурноста и безбедноста или доколку е оправдано со оглед на проценката на ризикот, овие контакти можат да бидат придружени со разумни безбедносни мерки, како што се следење на кореспонденцијата и претреси пред и по посетите. Препорака Rec (2003) 23.

⁹⁵ 23. *a.* Исто така, треба да се поттикнуваат другите контакти со надворешниот свет, како што се пристап до весниците, радиото и телевизијата и надворешни посетители.

b. Посебно напор треба да се направат за да се овозможи доделување на различни форми на излез од затвор, доколку е потребно под придружба, водејќи сметка за принципите предвидени во Препораката бр. R(82) 16 за излез од затвор. Препорака Rec (2003) 23.

⁹⁶ Правило 24, Препорака Rec (2003) 23.

Посебна глава Препораката посветува на посебни категории на затвореници кои издржуваат казна доживотен затвор или друга долга казна затвор, како што се: странски затвореници,⁹⁷ ранливизатвореници,⁹⁸ душевно растроени,⁹⁹ постаризатвореници е,¹⁰⁰ смртно болни затвореници,¹⁰¹ жени затворенички,¹⁰² малолетни

⁹⁷ 25. Затворските власти треба да бидат свесни за можностите за репатријација на странски затвореници предвидена како можност со Европската конвенција за трансфер на осудени лица или со билатерални договори со соодветната земја. Странските затвореници треба да бидат информирани за овие можности. Таму каде што репатријацијата не е возможна, затворскиот менаџмент и практиката треба да се раководаат од принципите на Препораката бр. R (84) 12 во врска со странските затвореници, Препорака Rec (2003) 23.

⁹⁸ 26. Треба да се направат напори за да се заштитат ранливите затвореници од закани и лош третман од страна на другите затвореници. Доколку е неопходна сегрегацијата заради заштита од други затвореници, треба да се избегнува целосна изолација и да се обезбеди безбедна средина која ќе им пружа поддршка на затворениците. Препорака Rec (2003) 23.

⁹⁹ 27. Треба да се преземат мерки за да се овозможи уште во рана фаза специјалистичка дијагноза на затворениците кои се или кои постанале душевно растроени и да им се обезбеди соодветен третман. Треба да се следат упатствата дадени во Препораката бр. R (98) 7 во врска со етичките и организациските аспекти на здравствената заштита во затворите. Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰⁰ 28. На постарите затвореници треба да им се помага заради одржување на добри стандарди на физичко и ментално здравје. За таа цел, затворската управа треба да обезбеди:

- пристап до соодветни дијагностички услуги и лечење;
- можности за работа, вежби и други активности кои се прилагодени на индивидуалните физички и ментални капацитети на затвореникот;
- диететски соодветна храна, земајќи ги во предвид диететските потреби од посебна исхрана. Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰¹ 29. *a.* Со цел да им се овозможи на смртно болните затвореници да умрат достоинствено, треба да се земе во предвид можноста да се отпуштат, така што тие ќе можат да бидат згрижени и ќе можат да умрат надвор од затворот. Во секој случај, затворската управа треба да вложи максимални напори да им обезбеди на овие затвореници на нивните семејства соодветна поддршка и грижа.

b. Исто така, со цел да им се помогне на овие затвореници, кои имаат било каква желба за практична работа, на пример, изработка на тестамент, подготовки за погреб, итн., треба да им се даде соодветна помош. Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰² 30. *a.* Бидејќи жените затворенички претставуваат обично мал број од оние кои издржуваат долги казни затвори, казна доживотен затвор, индивидуалните планирања за издржувањето на нивните казни треба внимателно да сеземат во предвид со цел да ги задоволат нивните специфични потреби.

b. Посебни напори за жените затворенички треба да се направат за:

- нивно здружување, колку што е можно, со општата популација на жените затворенички, со цел да се избегне социјална изолација;
- давање пристап до посебни услуги за жените затворенички кои биле жртви на физичка, ментална и сексуална злоупотреба.

затвореници.¹⁰³

„Специјална грижа и вниманија треба да се посветат на конкретните проблеми што произлегуваат од затворениците за кои постои веројатност дека ќе го потрошат својот природен живот во затвор. Поточно, планирањето на издржувањето на нивната казна, треба да биде доволно динамично да им овозможи да имаат корист од чувството значајни активности и соодветни програми, вклучувајќи интервенции и психосоцијални услуги дизајнирани за да им помогнат да се справат со издржувањето на нивната казна.“¹⁰⁴

Земајќи во предвид дека постпеналниот третман е значајна алка во процесот на успешна ресоцијализација и реинтеграција назад во општеството, Препораката посветува посебна глава за оваа проблематика,¹⁰⁵ како и за затворениците на кои им е отповикан условниот

c. На мајките кои издржуваат казна доживотен затвор или долга казна затвор, не треба да им биде оневозможено да бидат со нивните мали деца, само заради нивната казна. Кога малите деца остануваат со својата мајка, затворската администрација треба да обезбеди соодветни услови. Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰³ 32. *a.* Малолетните затвореници со изречени долги казни затвор, треба да се држат самово институции или единици наменети за нивните специјални потреби.

b. Режимите и планирањето на издржувањето на казната за овие малолетници, треба да бидат водени од страна на релевантните принципи утврдени во Конвенцијата на Обединетите нации за правата на детето и во Препораката бр. R (87) 20 за социјалните реакции кон малолетничката деликвенција и треба да се посвети посебно внимание на:

- обезбедување на соодветна едукација и образование;
- потребата да се одржуваат блиски контакти со нивните родители и семејството;
- обезбедување на соодветна поддршка и насоки во нивниот емоционален развој;
- овозможување на соодветен спорт и рекреативни активности;
- внимателно планирање на транзицијата од режим за малолетно лице во режим за полнолетно лице, водејќи сметка за личниот развој на малолетното лице. Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰⁴ Правило 31, Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰⁵ Управување со реинтеграцијата во општеството на затвореници кои издржуваат казна доживотен затвор или долга казна затвор:

33. Со цел да им се овозможи на затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор или долга казна затвор, да го надминат особено проблемот на премин од долг престој во затвор кон живот во заедницата со почитување на законите, нивното отпуштање треба да биде подготвено однапред да се земе во предвид особено следново:

- потребата за одредени планови пред и по отпуштањето што се однесуваат на релевантните ризици и потреби;
- должно разгледување на можноста за добивање на отпусти продолжување по отпуштањето на: програмите, интервенциите и третманот на кој биле подвргнати затворениците за време на издржувањето на казната затвор;
- потребата да се постигне тесна соработка меѓу затворската администрација, од една страна и органите задолжени за вршење надзор по отпуштањето, органите задолжени

отпуст.¹⁰⁶

Во посебна глава се разработени и принципите што се однесуваат на персоналот. Посебно се истакнува дека „со оглед на тоа што персоналот кој работи со затворениците осудени на казна доживотен затвор и оние осудени на долга казна затвор, треба да се справисо специфичните потешкотии поставени од страна на овие затвореници, тие треба да имаат специјална обука потребна за извршување на нивните должности.“ Исто така, „со оглед на зголемениот ризик за манипулација на работените од страна на затворениците кои издржуваат долги казни затвор, треба да се охрабрува мобилност и ротацијана персоналот.“¹⁰⁷

за пружање социјални и медицински услуги, од друга страна.

34. Одобрувањето на имплементацијата на условниот отпуст за затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор или долга казна затвор, треба да се раководи од принципите наведени во Препораката Рес (2003) 22 за условен отпуст. Препорака Рес (2003) 23.

¹⁰⁶ Затвореници на кои им е отповикан условниот отпуст: 35. Доколку, на затвореникот на кој му е изречена казна доживотен затвор или долга казна затвор, му се отповика условниот отпуст и е вратен во затвор, принципите што се претходно наведени, треба да продолжат да се почитуваат. Особено, треба да се направи понатамошна проценка на ризикот од криминогените потреби и истите да се искористат за избирање на соодветно прераспоредување и понатамошни интервенции, со цел подготовка на затвореникот за скоро повторно земање во предвид за отпуштање и реинтеграција во заедницата. Препорака Рес (2003) 23.

¹⁰⁷ Персонал:

36. Во принцип, вработувањето, селекцијата, обуката, условите за работа и мобилноста, како и професионалното однесување на работените задолжени за затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и други долги казни затвор, треба да се раководат од принципите содржани во Препораката бр. R(97)12 за персоналот кој се занимава со имплементација на санкциите и мерките.

37. а. Со оглед на тоа што персоналот кој работи со затворениците осудени на казна доживотен затвор и оние осудени на долга казна затвор, треба да се справисо специфичните потешкотии поставени од страна на овие затвореници, тие треба да имаат специјална обука потребна за извршување на нивните должности.

б. Персоналот особено треба да биде обучен да има целосно разбирање за динамичната безбедност, така што ќе може да го користи овој пристап за безбедност при извршувањето на должностите.

с. Сениорите, специјалистите и персоналот задолжен за надзор, исто така, треба да бидат обучени да го надгледуваат и поддржуваат персоналот кој е на основно ниво, при употребата на динамичната безбедност.

38. Со оглед на зголемениот ризик за манипулација на работените од страна на затворениците кои издржуваат долги казни затвор, треба да се охрабрува мобилност и ротацијана персоналот. Препорака Рес (2003) 23.

39. Треба да се одржуваат редовни состаноци дискусија меѓу различните категории на персонал, со цел да се постигне и да се одржува соодветна рамнотежа помеѓу разбирањето на проблемите на затвореникот со сочувување и строгоста на контролата. Препорака

Сосема на крајот во Препораката се истакнува потребата од спроведување истражувања. „Треба да се спроведуваат истражувања за ефектите од казната доживотен затвор и од долгите казни затвор, со посебен осврт на делото што се однесува на факторите кои ги спречуваат штетните ефекти и промовирањето на конструктивното прилагодување на затворскиот живот.“¹⁰⁸ „Треба да се спроведуваат и објавуваат евалуации за ефективност на програмите наменети за подобрување на прилагодувањето во заедницата по отпуштањето.“¹⁰⁹

Заклучок

Укинувањето на смртната казна во земјите членки на Европската Унија резултираше со големо зголемување на употребата на казните доживотен затвор. Тоа понатаму резултираше со пренатрупаност (пренаселеност) на затворите, што, пак, може да го наруши ефективноста на хуманото управување со затворениците.

Во голем број европски држави, доживотниот затвор е ефикасно укинат. Казната доживотен затвор многу европски држави ја укинуваат и предвидуваат долготраен затвор во траење од 15, 20, 30 и 40 години. Малку земји низ целиот свет дозволуваат на малолетници да им се изрекува казна доживотен затвор без можност за условно отпуштање или помилување. Во некои држави, како, на пример, во Канада и во некои американски држави казната доживотен затвор може да се изрече дури и за сообраќајни деликти.

Казната доживотен затвор е најстрогата казна која може да се изрече во Република Македонија за тешки (сериозни) кривични дела. Согласно Кривичниот законик на Република Македонија доживотен затвор може да се изрече за 25 кривични дела, со тоа што во нашиот КЗ за дела извршени со умисла кај кои е пропишана казна затвор во траење од 20 години, за тешки форми на тие дела, законот алтернативно пропишал и казна доживотен затвор. За кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор, може да се изрече казна долготраен затвор од 40 години. Казната доживотен затвор не може да се пропише како единствена главна казна. Казната доживотен затвор не може да се изрече на сторител кој во време на извршување на кривичното дело не навршил 21 година

Rec (2003) 23.

¹⁰⁸Правило 40, Препорака Rec (2003) 23.

¹⁰⁹Правило 41, Препорака Rec (2003) 23.

од животот.

Во Република Македонија се изрекува доживотен затвор со можност за условен отпуст по издржани 25 години (пред новелата на КЗМ овој формален критериум беше поставен на издржани најмалку 15 години).

Казните доживотен затвор се извршуваат во институции од затворени вид. Само во КПД Идризово има посебно одделение за жени осудени на казна затвор за целата територија на Република Македонија. Исто така, затворот Идризово е единствената казнена установа за извршување на казната доживотен затвор, наметната за мажи и жени, и за мажи и жени странски државјани и лица без државјанство.

Лица осудени на казна доживотен затвор, казната ја издржуваат во согласност со одредбите за извршување на казната затвор и ги уживаат сите права и погодности, освен оние кои се ограничени со куќниот ред на установата.

Врз лицата осудени на казна затвор се применуваат сите правила што се однесуваат на нивните права, но и обврски. Исто така, важат истите правила за дисциплинска одговорност во случај на дисциплинска повреда. Но, во однос на прогресирањето, има специфика, односно осудено лице на казна доживотен затвор не може да прогресира од затворено во полуотворено одделение.

Потоа, постојат и ограничувања и во поглед на погодностите предвидени за затвореничката популација. Односно тие не може да користат погодности кои подразбираат излегување надвор од КПУ.

Врз нив се применуваат основни облици на третман, а врз основа на утврдените потреби во индивидуалната програма за третман, покрај општите третмански мерки може да се спроведуваат и специфични третмански мерки - третман на осудени лица на казна доживотен затвор. Третманот на осудени лица на казна доживотен затвор се определува од специфичните потреби и карактеристики на осудените лица на казна доживотен затвор и овозможува адаптација на затворските услови на живот, намалување на негативните ефекти што произлегуваат од должината на казната и активно учество во третманските активности, прифаќање на одговорноста за сопственото девијантно однесување и учење на вештини за самоконтрола со што би се намалил потенцијалот и ризикот од повреди во затвор и од повторно вршење на кривично дело.

Она што можеби е најзначајо за лицата осудени казна доживотен затвор е можноста да бидат пуштени на условен отпуст. Досега, неколкумина го исполнуваат формалниот услов, но ниту еден од нив не

е пуштен на условен отпуст. Во моментот можноста да бидат условно отпуштени е единствената надеж за оваа категорија затвореници и мотив и поттик да се однесуваат примерно во установата. Исто така, согласно КЗМ и Законот за помилување, во зависност од стореното кривично дело, може да поднесат молба за помилување со што изречената казна може да им се замени со поблага казна. Во однос на амнестијата ниту последниот Закон за амнестија, ниту оние од 1999 и 2002 амнестијата не се однесува на казните доживотен затвор.

Во периодот 1991-2011 во Република Македонија изречени се 30 казни доживотен затвор, а денес тој број е веќе 40 казни доживотен затвор. Тоа се должи исклучиво на сторените тешки кривични дела во последните години.

Во однос на третманот на лицата осудени на казна доживотен затвор се истакнуваат двата најзначајни меѓународни документи, *Стандардните минимални правила за постапување со затвореници ревидирани (Нелсон Мандела правила)* и *Европските затворски правила*, а посебно на *Препораката Рес (2003) 23 на Комитетот на министри до земјите членки за управувањето од страна на затворската администрација со затворениците осудени на казна доживотен затвор и други долги казни затвор*.

Стандардните минимални правила за постапување со затворениците (НМП) се првиот документ со кој се гарантира правниот статус на лицето осудено на казна затвор за време на издржувањето на казната. Стандардните минимални правила за постапување со затворениците спаѓаат во редот на првите и најстарите правила (мерки) што се однесуваат на постапувањето со лицата осудени на казна затвор. На идентичен начин тие се однесуваат и на лицата осудени на казна доживотен затвор.

Во Европските затворски правила, пак, посебно во членот 103.8 се нагласува дека „Посебно внимание треба да се посвети на утврдувањето на соодветни програми и режими за издржување на доживотните казни затвор и другите долготрајни казни затвор.“ Оттука, е донесена и Препораката Рес (2003) 23.

Во Препораката, меѓудругото, посебно се нагласува дека бидејќи станува збор за специфична категорија затвореници, она што е особено значајно е од странана затворската администрација да се направи внимателна проценка за да се утврди дали одредени затвореници претставуваат ризик за самите себе и за другите.

Посебно внимание треба да се посвети на сигурноста и безбедноста во затворот. Посебни мерки треба да се превземаат со цел спречување наштетните ефекти на казните доживотен затвор и другите долги казни затвор. Посебно внимание треба да се посвети на унапредување на контактите со семејството, мора да се поттикнуваат други контакти со надворешниот свет, а посебно напор треба да се направат за да се овозможи доделување на различни форми на излез од затвор, нешто што не е предвидено согласно актуелната регулатива во Република Македонија. Исто така, затворениците треба да имаат пристап до соодветно советување, помош и поддршка. Земајќи во предвид дека постепениот третман е значајна алка во процесот на успешна ресоцијализација и реинтеграција назад во општеството, Препораката посветува посебна глава за оваа проблематика, како и за затворениците на кои им е отповикан условниот отпуст.

Во посебна глава на Препораката се разработени и принципите што се однесуваат на персоналот. Посебно се истакнува дека со оглед на тоа што персоналот кој работи со затворениците осудени на казна доживотен затвор и оние осудени на долга казна затвор, треба да се справат со специфичните потешкотии поставени од страна на овие затвореници, тие треба да имаат специјална обука потребна за извршување на нивните должности. Исто така, со оглед на зголемениот ризик за манипулација наврзотените од страна на затворениците кои издржуваат долги казни затвор, треба да се охрабрува мобилност и ротација на персоналот. Во Препораката се истакнува и потребата од спроведување истражувања.

Сосема на крајот, кога станува збор за казната затвор, генерално, може да истакнеме бројни критики со оглед на фактот што во основата на казната затвор лежи репресивност, ретрибутивност, пунитивност, а од друга страна, истата се применува со цел ресоцијализација на криминалците, што се јавуваат како крајно антагонистички цели на казната затвор. Понатаму, се нагласува песимизмот и разочараноста од неговите ефекти. Казненоправната теорија зборува за претежно негативното дејство на казната затвор. Затворот не ги остварува очекуваните позитивни ефекти во однос на ресоцијализација и социјална адаптација. Затворот стигматизира, шири „криминална зараза“, неутрализира, го изолира осуденото лице од сите, што значи од позитивните влијанија на општествената заедница, го оддалечува од семејството, од работниот и професионалниот ангажман. Затворите се 'училишта' за осудените лица. Ова, особено се однесува на долготрајните казни затвор. Тие не само што немаат позитивно влијание во правец на превоспитување и поправање

на осудените лица, туку, напротив, произведуваат рецидивисти или психијатриски случаи.

Оттука, со цел спречување наштетните ефекти на казните доживотен затвор и другите долги казни затвор, на затворениците кои издржуваат казна доживотен затвор и други долги казни затвор, треба да им се понудат соодветни материјални услови и можности за физичка, интелектуална и емоционална стимулација; да се развие пријатен пријателски дизајн на затворски простории, мебел и украси, затворениците треба да се сместуваат, колку што е можно повеќе, во затвори што се наоѓаат во близина на нивните семејства или блиски роднини; треба да се дозволуваат писма, телефонски повици и посети, колку што е можно почесто и колку што е можно повеќе да се почитува приватноста, пристап до весниците, радиото и телевизијата и надворешни посетители. Посебно напор треба да се направат за да се овозможи доделување на различни форми на излез од затвор, да се намали ризикот од самоубиство, особено непосредно по судата; да се отстранат штетните ефекти на долгите казни затвор, како што се институционализација, пасивност, намалена само доверба и депресија.

INTERNATIONAL STANDARDS FOR TREATMENT OF LIFE SENTENCE AND OTHER LONG-TERM PRISONERS

The author of the paper refers to the international standards for the treatment of prisoners sentenced to life imprisonment and other long sentences of imprisonment. In a separate chapter, the author analyzes the legislative and practical aspects of the sentence of life imprisonment in the Republic of Macedonia, and gives a brief comparative overview of legislative experiences regarding this sentence. Regarding the treatment of persons sentenced to life imprisonment, the two most important international documents, the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners Revised (Nelson Mandela Rules) and the European Prison Rules, and in particular the Recommendation Rec (2003) 23 of the Committee of Ministers to the States members of the management by the prison administration with prisoners sentenced to life imprisonment and other long sentences of imprisonment, are analyzed.

The author of the paper concludes that in order to prevent the harmful effects of sentences of life imprisonment and other long prison sentences, prisoners serving life sentences and other long prison sentences should be offered appropriate material conditions and opportunities for physical, intellectual and emotional stimulation; to develop a pleasant and friendly design of prison rooms, furniture and ornaments; prisoners should be placed, as far as possible, in prisons located close to their families or close relatives; letters, phone calls and visits should be allowed, as often as possible and as far as possible to respect privacy; access to newspapers, radio and television, and external visitors. Special efforts should be made to allow the release of various forms of exit from prison, to reduce the risk of suicide, especially immediately after conviction; to eliminate the harmful effects of long prison sentences, such as institutionalization, passivity, reduced self-esteem and depression.

Key words: *punishment, life imprisonment, long sentences of imprisonment, international standards, treatment.*

* Associate Professor, University "Ss. Cyril and Methodius", Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje, Institute of Criminal Law, Bul. "Goce Delcev" 9 B, 1000 Skopje, Republic of Macedonia. Tel.: +389 70 378 555. Fax: +38923227549. E-mail: aleksandra_gruevskadrakulevski@yahoo.com. (<http://www.pf.ukim.edu.mk/gruevska-drakulevski-dr-aleksandra/>).

КОМЕНТАР ПРАВНОГ СТАВА ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА ПОВОДОМ ТЗВ. СЛУЧАЈА „ЈАВНОБЕЛЕЖНИЧКИ ЗАПИС“

UDK:347.232:347.961.4(497.11)(094.8)

Original research paper

Абстракт: *Врховни касациони суд Србије је усвојио правни став (који је предмет коментара), на седници Грађанског одељења којим је решавао спорно правно питање поводом захтева основног суда из Куришумлије. Основни суд из Куришумлије је питао: Да ли закључени уговор о промету непокретности може да буде основ за упис права својине, ако има облик јавнобележничког записа? На поменутој седници Врховни касациони суд је, имајући у виду како је речено „подељену стурчну јавност“, заузео правни став: „Уговор о промету непокретности сачињен у форми јавнобележничког записа представља подобну исправу за упис права својине“. Став који је Врховни касациони суд формулисао, у директној је супротности са позитивним правом Србије јер су њиме ван снаге стављене одредбе посебног закона који уређује ту област - Закона о промету непокретности, прекршене су одредбе Закона о парничном поступку, као и Закона о уређењу судова. Овим ставом унета је правна несигурност у овој материји а тиме је дошло и до поновног сукоба надлежности између адвоката и јавних бележника.*

Кључне речи: *јавнобележнички запис, закон о уређењу судова, закон о промету непокретности, право својине.*

1. Увод

Држава преко законодавне власти доноси апстрактна правна правила којима утиче на понашање појединаца и тиме ствара приватно правни поредак. Међутим, није довољно само постојање правних прописа, већ је потребна и гаранција државе да ће ти прописи да се поштују. У складу са тим, преко судске власти, држава штити и одржава правни поредак. Судска власт је државни орган преко кога се остварује правосудна

функција. Судијска функција у себи садржи монопол који подразумева доношење судских одлука тј. примену одговарајућих прописа на конкретне случајеве. Прописи чине правни систем, а правни систем постоји да би уредио понашање појединца према утврђеним правилима. Прописи имају задатак да формулишу општа места и да трају неодређени период. Управо та њихова карактеристика је и њихова мана, јер прописи који су направљени да би дуже трајали су статични и инертни. Дакле, друштвени односи не кореспондирају увек са прописима, па између њих постоји одређени несклад. Или како то лепо рече чувени судија и професор Ивошевић: „У том нескладу, ниче, расте и даје плодове пракса судова, настојећи да обале нормативног и стварног приближи, свесна да их никако не може саставити“.¹ Судска пракса представља драгоцен и нужан коректив суморних и безличних прописа, која удахњује правном поретку нову енергију. Судови, дакле, имају императив борбе за праведно делање и једнако поступање. Од ових идеја полази и Врховни касациони суд који кроз утврђивање начелних правних ставова и правних схватања, кроз решавање спорних правних питања и кроз доношење одлука по правним лековима „ствара“ и примењује право.

Систем судова у Републици Србији је постављен Законом о уређењу судова којим је прописано да су судови самостални и независни државни органи који штите слободе и права грађана, законом утврђена права и интересе правних субјеката и обезбеђују уставност и законитост.² Законом о уређењу судова Врховни касациони суд је одређен као највиши суд у Републици Србији. Надлежност Врховног касационог суда је подељена у две категорије: једна се односи на послове суђења а друга се односи на послове изван делокруга суђења. У прву групу надлежности³ спада одлучивање у поступку по ванредним правним лековима; одлучивање о сукобу надлежности између судова, ако за то није надлежан други суд; и одлучивање о преношењу надлежности судова. У другу групу надлежности⁴ спада утврђивање начелних правних ставова који служе за уједначавање судске праксе; разматрање примене закона и других прописа; разматрање рада судова; именовање судија Уставног суда; и давање мишљења о кандидату за председника Врховног касационог суда.

* Ванредни професор Факултета за пословне студије и право, Београд

¹ Зоран Ивошевић, Директан поглед са стране, Београд, 2014, стр. 158.

² Закон о уређењу судова, (“Сл. гласник РС”, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016 и 113/2017).

³ Члан 30. Закон о уређењу судова.

⁴ Члан 31. Закон о уређењу судова.

Врховни касациони суд⁵ кроз Билтен судске праксе објављује правна схватања којима уједначава судску праксу и прати правилну примену закона. Такође, у Билтену се објављују и правни ставови који су резултат решавања спорних правних питања. Без обзира што у нашем правном систему (који је ослоњен на германски систем), судска пракса није формално извор права, одлуке и ставови Врховног касационог суда усмеравају и начелно „везују“ поступања нижестепених судова. Ово се нарочито односи на заузимање правног става у поступку решавања спорног правног питања.

2. Решавање спорног правног питања

Закон о парничном поступку из 2004. године је предвидео потпуно нов институт – поступак решавања спорног правног питања. Важећи Закон о парничном поступку из 2011. године је наследио овај поступак и он је резултат усвојених препорука Комитета министара Савета Европе које говоре о унапређењу парничне процедуре.⁶ Сврха овог института је да првостепени суд директно иницира поступак пред Врховним касационим судом са захтевом да заузме став о спорном правном питању. Под спорним правним питањем подразумевамо ситуацију када одређени законски пропис није довољно јасан, или је непрецизан или садржи противречности које се односе на садржину или домаћај материјалноправне или процесноправне норме. Основна идеја увођења института решавања спорног правног питања је спречавање одуговлачења поступка.

Уколико у првостепеном поступку у већем броју предмета постоји потреба да се заузме правни став о спорном правном питању које има значај за одлучивање у поступку пред првостепеним судом⁷, првостепени

⁵ Назив и активности Врховног касационог суда су били предмет оштрих критика имајући у виду да се одредницом касациони сужава надлежност Врховног суда. Видети о томе: Зоран Ивошевић, Цаба сте кречили, Београд, 2014, стр. 66; Марко Кнежевић, Уједначавање судске праксе у Републици Србији – стање ствари и предлози за реформу, Београд, стр. 23 и даље.

⁶ Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (95) 5 of the Committee of Ministers to Member States: Concerning the Introduction and Improvement of the Functioning of Appeal Systems and Procedures in Civil and Commercial Law (Adopted by the Committee of Ministers on 7 february 1995).

⁷ Прејудицијелно питање које може да се јави у поступку није исто што и спорно правно питање. Видети и упоредити ставове: Александар Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2015, стр. 96; Гордана Станковић-Невена Петрушић, Новине у грађанском

суд може захтевом иницирати поступак пред Врховним касационим судом ради решавања спорног правног питања. Законодавац тражи кумулативно задовољење три услова: а) спорно питање мора да буде правне⁸ а не чињеничне природе; б) спорно правно питање мора имати такав карактер да је значајно за одлучивање; и в) правно питање мора да се појави као спорно у више покренутих поступака пред првостепеним судом.

Захтев се може поднети или на предлог странке или по службеној дужности. Дакле, странка није овлашћена да покрене поступак захтевом, већ има могућност да поднесе предлог првостепеном суду који о том предлогу доноси одлуку. Уколико првостепени суд сматра да нема места покретању поступка пред Врховним касационим судом, донеће одлуку о одбијању предлога. Против овог решења није дозвољена посебна жалба јер се ради о решењу којим се руководи парницом.⁹

Захтев за решавање спорног правног питања мора да испуни законом одређену садржину.¹⁰ Захтев треба да садржи приказ утврђеног стања у конкретној правној ствари и разлоге због којих се суд обраћа Врховном касационим суду. Такође, уз захтев суд доставља и мишљења странака као и сопствено тумачење спорног правног питања. За разлику од ранијег Закона, нови Закон садржи и норме о одбацивању захтева од стране Врховног касационог суда. Наиме, Врховни касациони суд ће одбацивати захтев уколико приликом његовог подношења није била испоштована законом одређена садржина. Захтев ће бити одбачен и ако је недозвољен тј. ако је о таквом захтеву већ донета одлука од стране Врховног касационог суда. Уколико не одбаци поднети захтев, Врховни касациони суд га узима у разматрање. Након разматрања, Врховни касациони суд може донети

процесном праву, Ниш, 2005, стр. 42. У Прилог томе и судска пракса: „Одлуку о спорном правном питању доноси Врховни касациони суд када је потребно да се заузме став о правном питању које је од значаја за одлучивање у већем броју предмета, након чега странке немају право да решавање тог питања траже у парници, док о претходном питању одлучује суд пред којим се води поступак, а одлука има дејство само у парници у којој је оно решено“. (Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1 4861/2014 од 10.8.2015. године).

⁸ У поступку пред првостепеним судом могу да се јаве две врсте спорних питања: спорна правна питања и спорна чињенична питања.

⁹ У том смислу говори и судска пракса. Наиме, у решењу Привредног апелационог суда се наводи да није дозвољена посебна жалба против решења првостепеног суда којим се одбија предлог странке да иницира поступак пред Врховним касационим судом. (Из решења Привредног апелационог суда, Пж. 6073/10 од 25.02. 2010. године), наведено према: Владимир Козар-Милан Почуча, Коментар закона о парничном поступку, Београд, 2014, стр. 256.

¹⁰ Члан 181. Закон о парничном поступку, (“Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014).

две одлуке: може одбити да решава спорно правно питање и друго, може решити спорно правно питање. Одбијање да реши спорно правно питање се дешава у ситуацији када то питање није од значаја за одлучивање у већем броју предмета пред првостепеним судовима. Ово може бити случај због злоупотребе захтева од стране првостепених судова.¹¹ За решавање спорног правног питања Врховни касациони суд, за разлику од ранијег Закона који је предвиђао дужи рок, има на располагању 60 дана. Усвојени правни став се доставља суду који је иницирао поступак и објављује се у Билтену ради „јединствене примене права и правне сигурности“.¹² Законодавац је на крају ових одредби предвидео да странке у поступку у коме се поставља исто спорно правно питање немају права да траже његово решавање у парници која је у току.¹³ Који је доматај ове одредбе ЗППа? Да ли се овом одредбом утиче на положај првостепених судова у смислу њихове независности јер судови суде на основу Устава и закона?

Ефикасност и непристрасност у поступању судова је последица њихове независности. Независност суда подразумева пре свега, његову слободу од сваке врсте субординације било према државним органима или према законодавним или извршним властима. Али независност суда значи и да суд приликом доношења одлуке у конкретној ствари, ту одлуку може и треба да заснива на слободном уверењу о чињеницама и правним разлозима. Уколико пођемо од идеје да сам захтев којим се првостепени суд обраћа Врховном касационом суду треба да садржи наводе и тумачење спорног правног питања закључујемо да се Врховни касациони суд не упушта у меритум спора, да је његова надлежност искључиво базирана само на утврђењу и разјашњењу спорног правног питања. То значи, да Врховни касациони суд не дела “шире“ и “дубље“ од оквира постављеног захтева. Тиме независност суда, по нашем мишљењу, у конкретном случају, није доведена у питање. Али, исто тако, тумачењем наведених одредби види се да су првостепени судови у свим будућим парницама начелно везани за став Врховног касационог суда и не би могли заузимати другачије правно схватање о спорном правном питању. Овиме се у ствари „in extenso проширује значај судске праксе као извора грађанског процесног права.“¹⁴ Све ово указује на значај овог

¹¹ Проф. Козар наводи да се у досадашњој пракси дешавало да првостепени судови злоупотребљавају овај институт како би о одређеном правном питању унапред прибавили став највишег суда. Видети: Владимир Козар-Милан Почуча, Коментар закона о парничном поступку, Београд, 2014, стр. 256.

¹² Гордана Станковић-Невена Петрушић, Новине у грађанском процесном праву, Ниш, 2005, стр. 43.

¹³ Члан 185. Закон о парничном поступку.

¹⁴ Александар Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2015, стр. 97.

института, на потребу да се реше одређене непрецизности у вези овог поступка, као и да се дају одговори на неке недоумице које су се појавиле у пракси.

3. Правни став Врховног касационог суда поводом уговора о промету непокретности закљученог у форми јавнобележничког записа

На седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној дана 25. 10. 2016. године, Врховни касациони суд је усвојио правни став: *Уговор о промету непокретности закључен у форми јавнобележничког записа представља подобну исправу за упис права својине.*¹⁵

Овај став је био последица поднетог захтева основног суда из Куршумлије: *Да ли закључени уговор о промету непокретности може да буде основ за упис права својине, ако има облик јавнобележничког записа?* На поменутој седници Врховни касациони суд је, имајући у виду како је речено „подељену стручну јавност“, заузео горе наведени правни став. Овако формулисан став Врховног касационог суда је у директној супротности са позитивним правом Србије јер су њиме ван снаге стављене одредбе посебног закона који уређује ту област - Закона о промету непокретности, прекршене су одредбе Закона о парничном поступку, као и Закона о уређењу судова. Овим ставом унета је правна несигурност у овој материји а тиме је дошло и до поновног сукоба надлежности између адвоката и јавних бележника.

Како је до овога дошло и зашто је Врховни касациони суд решавајући по поднетом захтеву превидео одредбе Закона о промету непокретности¹⁶ а посебно чувени члан 4. Закона који јасно говори да се уговор о промету непокретности закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване), исправе? Такође, да би ствар била јаснија, треба напоменути да је поменути члан 4. Закона, резултат договора између државе и представника адвокатуре након њихових вишемесечних протеста и обуставе рада.

Народна скупштина Републике Србије је донела 2014. године Закон о промету непокретности¹⁷ којим је уведен јавнобележнички монопол

¹⁵ Видети на сајту Врховног касационог суда: <http://www.vk.sud.rs/sr/грађанска-материја-0>

¹⁶ Закон о промету непокретности (“Сл. гласник РС”, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015).

¹⁷ Измене закона о промету непокретности ступиле су на снагу 1 септембра 2014. године.

у састављању уговора о промету непокретности. Одредбама Закона је било предвиђено да се уговор о непокретности закључује у облику јавнобележничког записа за чије састављање је искључиво надлежан јавни бележник. Иако је Законом о адвокатури¹⁸ предвиђено да је предмет адвокатуре између осталог и састављање свих уговора (па и уговора о промету непокретности, које чини значајан део посла за немали број адвоката), тадашњим Законом о промету непокретности, законодавац је укинуо „слободну конкуренцију у састављању уговора о промету непокретности и увео монопол јавног бележника“.¹⁹ Након великих критика стручне јавности и протеста професионалних удружења²⁰, донет је важећи Закон о промету непокретности који је у себи садржао измењени члан 4. наведеног Закона предвиђајући да се уговор о промету непокретности само солемнизује али не и сачињава од стране јавног бележника. Међутим, две године касније Врховни касациони суд путем института решавања спорног правног питања усваја правни став којим дозвољава упис права својине на основу уговора о непокретности који је сачињен у форми јавнобележничког записа.

Треба напоменути и да је законодавац приликом увођења професије јавног бележника у правни систем Републике Србије, то правдао, пре свега разлозима подизања правне сигурности у свакодневном правном животу, као и намером да растерети рад судова, тј. да пренесе неке вансудске надлежности на друга тела. Руководећи се овим разлозима, питамо се због чега је горе поменути Законом о промету непокретности уведен монопол јавних бележника приликом састављања уговора о промету непокретности? Због чега је овом законском одредбом одузета надлежност адвоката, који су се састављањем уговора бавили вековима? Разлози које је законодавац навео приликом увођења јавног бележника у правни систем²¹ нису се тicali сужавања, ограничења а поготово не укидања неких надлежности адвоката. Управо супротно, циљ је био да се

¹⁸ Закон о адвокатури, (“Сл. гласник РС”, бр. 31/2011 и 24/2012 - одлука УС).

¹⁹ Зоран Ивошевић, Директан поглед са стране, Београд, 2014, стр. 157.

²⁰ После 127 дана протеста и великих притисака стручне јавности, адвокатури је враћено право на пружање правне помоћи у делу који се односи на састављање уговора о промету непокретности. Улога јавних бележника, је новим Законом, сведена на потврђивање састављеног уговора стављањем солемнизационе клаузуле.

²¹ О разлозима и потреби увођења јавног бележништва у правни систем Републике Србије, стручна јавност је доста писала. Тако проф. Трговчевић-Прокић разлоге дели у две групе: Прва група разлога су организационе природе и тичу се подизања опште правне свести и правне сигурности. Друга група разлога тиче се растерећења рада судова, смањење одговорности судова и сл. Видети: Милена Трговчевић-Прокић, Потреба за увођење јавног бележништва у правни систем Србије, Зборник радова са регионалних конференција о нотаријату, Београд, 2010. стр. 159.

растерете судови а не да се растерете адвокати, циљ је био да се подигне правна сигурност а не да се унесе раздор међу правним професијама и да се уведе неједнако поступање. Сва ова питања траже јасан одговор да ли држава на једнак начин третира своје правосудне професије.²² Све оне укључујући и адвокате и јавне бележнике треба да служе остваривању Устава и закона и да штите права грађана и њихову имовину. Дакле, не видимо ни један разлог (нема га ни у образложењу Закона о јавним бележницима, а ни у пракси), да се одузме „растерети“ надлежност адвоката и да се то искључиво пренесе на јавног бележника. Обзиром да се то (противно свакој логици) ипак десило, настао је протест адвоката, судски систем је био паралисан неколико месеци а компромис је нађен тек након што је адвокатима враћена надлежност састављања уговора о непокретности, док су јавни бележници добили обавезу солемнизације таквог уговора. Као што смо напоменули, протеком одређеног времена користећи институт решавања спорног правног питања, Врховни касациони суд поново је узбуркао страсти у погледу постигнуте компромисне надлежности између адвоката и јавних бележника.

Наведени цитирани правни став је последица незаконите примене института решавања спорног правног питања и у директној је супротности са Законом о парничном поступку, Законом о промету непокретности, Законом о уређењу суда и Законом о јавним бележницима..

1. Према Закону о парничном поступку институт решавања спорног правног питања се покреће ако су кумулативно испуњена два услова: Прво, у случају да је неко правно питање спорно пред првостепеним судом у већем броју предмета, и друго, уколико постоји оправдана потреба²³ за одлучивањем.²⁴ Из цитираних одредби видимо да је став Врховног касационог суда ничим изазвана реакција, зато што то питање није било спорно пред првостепеним судом у већем броју предмета, што је иначе према Закону о парничном поступку (ЗПП), потребан услов да би Врховни касациони суд могао да о њему одлучује. Напротив, у свом образложењу, Врховни касациони суд наводи да је приступио решавању правног питања јер је то тражио основни суд у Куршумлији али и да је тема подобна и оправдана за одлучивање јер постоји неједнако поступање катастарских управа поводом захтева јавних бележника. Међутим,

²² Видети улогу и место поменутих правних професија у раду проф. Шаркића. Небојша Шаркић, Правосудне професије, Зборник радова са регионалних конференција о нотаријату, Београд, 2010. стр. 85.

²³ Оправдана потреба постоји када је решавање питања значајно за доношење одлуке.

²⁴ Члан 180. Закон о парничном поступку.

у Закону о парничном поступку у делу који обрађује институт решавања спорног правног питања, нигде не стоји да ће Врховни касациони суд заузимати правни став уколико постоји несагласност и неједнако поступање између катастарских управа, нити је обавеза Врховног касационог суда да уједначава управну праксу. Наведеним ставом Врховни касациони суд је прекршио одредбе ЗППа, јер није одбио решавање спорног питања у складу са цитираним законским одредбама.²⁵

2. Поставља се питање, и аутору овог текста није сасвим јасно како је могло уопште да дође до неједнаког поступања? Законом о промету непокретности се јасно дефинише да се уговор о промету непокретности закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Дакле, јавни бележник не може и не сме да састави ову врсту уговора, он мора странку евентуално упутити на адвоката, а његова улога (јавног бележника), се своди искључиво на солемнизацију датог уговора. Међутим, из правног става Врховног касационог суда, закључујемо да су неки јавни бележници поступали супротно законским одредбама и сачињавали уговоре о промету непокретности у форми јавнобележничког записа и да су на основу таквих уговора неке катастарске управе, супротно закону, вршиле измене у катастру непокретности. Другим речима, део јавних бележника и служби за катастар непокретности су делали супротно закону, и дали повод Врховном касационом суду да заузме став о овом „спорном правном питању“ и то у прилог, оним јавним бележницима и оним катастарским управама које су кршиле постојећи Закон???

Зар нису катастарске управе требале да поступају по Закону и да такве уговоре враћају јер они не производе правно дејство? Међутим, под притиском јавних бележника, катастарске управе су свесно кршиле постојеће законске прописе и уместо да буду због тога санкционисане, Врховни касациони суд је њихово поступање оценио као разлог да заузме правни став и реши њихово неједнако поступање. У свом образложењу Врховни касациони суд, даље, наводи да према уговорном праву несумњиво важи слобода уговарања која подразумева и слободан избор форме у којој ће странке исказати сагласност својих воља.²⁶ Другим речима,

²⁵ Ту могућност му изричито даје одредба члана 183. Закона која говори о разлозима за одбијање решавања спорног правног питања.

²⁶ Видети на сајту Врховног касационог суда: <http://www.vk.sud.rs/sr/rpaњанска-материја-0>

странке саме одлучују у којој форми ће саставити уговор о промету непокретности. Међутим, Закон о облигационим односима (ЗОО), на који се позива Врховни касациони суд није *lex specialis*, него управо супротно, Закон о промету непокретности је *lex specialis* и једино је он меродаван кад је у питању форма уговора о промету непокретности. Одредбе Закона о облигационим односима и уговорна правила могла би да се примењују само у случају да посебним законом ова област промета непокретности није регулисана. Поступајући супротно наведеном, Врховни касациони суд је прекршио одредбе Закона о промету непокретности.

3. Врховни касациони суд је у споменутом образложењу јасно навео да доноси правни став ради „...уједначавања управне праксе...“ тиме је између осталог прекршио и Закон о уређењу судова²⁷ према коме је Врховни касациони суд овлашћен да се стара о јединственој судској примени права и да разматра примену закона и прописа од стране судова, а не од стране органа управе. Другим речима, Врховни касациони суд би требало да уједначава судску праксу када првостепени судови различито тумаче неке законске норме. Зар нису то законска овлашћења Врховног касационог суда? А у овом случају нити су у питању судови (него катастарске управе и јавни бележници), нити они погрешно тумаче неке законске норме, већ свесно и намерно крше јасне законске прописе. Да ли то значи да и други органи у систему правосуђа (нпр. адвокати), могу свесно да крше законске прописе својим делањем и да на тај начин дају повод Врховном касационом суду да се огласи и да заузме став ради уједначавања „адвокатске праксе“. Све ово говори у прилог томе да је Врховни касациони суд делао изван граница својих надлежности, што значи да је одлучио о захтеву који не спада у судску надлежност. Оваквим поступањем прекршио је одредбе Закона о уређењу судова.

4. Врховни касациони суд је занемарио и одредбе матичног закона о делатности јавних бележника. Наиме, према Закону о јавним бележницима, јавни бележник је „овлашћен да саставља, оверава и издаје јавне исправе о правним пословима, изјавама и чинјеницама на којима се заснивају права и оверава приватне исправе“.²⁸ Уговори о промету непокретности нису јавне исправе, ти уговори су део облигационог права, дакле, имају приватни карактер,

²⁷ Члан 31. Закон о уређењу судова.

²⁸ Члан 4. Закон о јавном бележништву. (“Сл. Гласник РС”, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 93/2014, 121/2014, 6/2015 и 106/2015)

и законодавац то препознаје када у члану 4. поменутог Закона каже да јавни бележник оверава приватне исправе. Даље, у члану 93. се прецизно каже да јавни бележник само потврђује приватну исправу тј. уговор о промету непокретности, а једини изузетак је предвиђен чланом 82.²⁹ који прописује да јавни бележници сачињавају уговоре о промету непокретности само када су у питању пословно неспособна лица. Ове законске одредбе су недвосмислене и јасне и не остављају места никаквим недоумицама и тумачењу. Да је законодавац хтео да се уговори о промету непокретности састављају у форми јавнобележничког записа он би то и навео у члану 82. у ком је таксативно одредио правне послове који имају облик јавнобележничког записа. Међутим, то није била интенција законодавца и он то у два члана и експлицитно потврђује и то у члану 4. и члану 93. Видимо да су одредбе овог Закона прилично прецизне, као и одредбе поменутог Закона о промету непокретности, па мислимо да Врховни касациони суд није имао право да дерогира два важећа законска прописа и да својим правним ставом створи правну несигурност. Наведеним тумачењем, Врховни касациони суд је прекршио одредбе Закона о јавном бележничтву.

Закључак

Врховни касациони суд Србије је усвојио правни став којим је решавао спорно правно питање поводом захтева основног суда из Куршумлије да ли закључени уговор о промету непокретности може да буде основ за упис права својине, ако има облик јавнобележничког записа. На поменутој седници Врховни касациони суд је, имајући у виду како је речено „подељену стурчну јавност“, заузео правни став: „Уговор о промету непокретности сачињен у форми јавнобележничког записа представља подобну исправу за упис права својине“. Мислимо да Врховни касациони суд није узео у обзир разлоге увођења институције јавног бележника у Србији. Законодавац је приликом увођења професије јавног бележника у правни систем Републике Србије, то правдао, пре свега разлозима подизања правне сигурности у свакодневном правном животу, као и намером да растерети рад судова, тј. да пренесе неке вансудске надлежности на друга тела. Намера законодавца није била да јавни бележници добију могућност сачињавања уговора о промету

²⁹ Упоредити члан 82. и члан 93. Закона о јавном бележничтву.

непокретности у форми јавнобележничког записа и то је јасно навео у Закону о јавном бележништву и Закону о промету непокретности. Ипак, Врховни касациони суд доноси став којим даје ветар у крила катастарским управама и које сада могу мимо законских прописа да, (на основу уговора о промету непокретности у форми јавнобележничког записа), врше измене у катастру непокретности. Све ово је створило одређену правну несигурност и додатно узбуркало страсти између адвоката и јавних бележника.

THE LEGAL OPINION OF THE SUPREME COURT OF SERBIA TOWARDS CASE OF NOTARY DOCUMENT

Abstract: *The Supreme Court of Serbia adopted the legal opinion (which is the subject of the comment) at the session of the Civil Department, resolving the disputed legal issue regarding the request of the Court from Kuršumljia. The District Court in Kuršumljia asked: Is a real estate agreement can be the basis for registering ownership, if it has a form of a notary document? In the aforementioned session, the Supreme Court, having regard to the “divided publicity”, took a legal view: “The real estate transfer agreement made in the form of a notary document is a legal document for the registration of the ownership right”. The position that the Supreme Court has formulated is in direct contradiction with the positive law of Serbia. The author explains the reasons against such a Court decision.*

Key words: *The Supreme Court of Serbia, Notary Document, Property Law, Civil Law System, immovable property.*

ПРАВНИ И ЕКОНОМСКИ АСПЕКТИ НА КРИПТОВАЛУТИТЕ

UDK:336.74:004.78]:34

336.74:004.78]:33

Review paper

Абстракт: Воведувањето на нови технологии при плаќањата повторно ја отворија и дебатата за поимот на парите и нивното дефинирање. Истиснувањето на готовината како средство за плаќање ја смени сликата за парите, додека појавата на криптовалути отвори нови поглавја во монетарното право. Како средство за плаќање криптовалути не се производ на ниту една држава односно централна банка. Од една страна, тоа претставува неограничена можност за пазарот и за иновативност во развојот на алтернативни средства за плаќање, но од друга страна, постои и опасност за постојниот монетарен поредок во кој централна улога има државата односно централната или емисиона банка. Криптовалути се предизвик и за монетарните власти кои преку монетарната политика ги остваруваат нивните цели поврзани пред се со стабилноста на цените и доброто функционирање на финансискиот систем. При нивното користење постојат бројни предности во однос на традиционалните пари како што се тајноста, брзината и ниските трансакциони трошоци, но и бројни ризици поврзани со отсуството на регулатор или институција која со својот авторитет ќе стои позади трансакциите, како и можноста преку нив да се финансираат и плаќаат стоки и услуги кои се дел од нелегални активности. Според многумина, криптовалути како децентрализиран инструмент за плаќање се иднината односно правецот во кој ќе се развива системот за плаќања. Како и при секоја „револуција“ правната рамка од претходниот систем не е подготвена да одговори на потребите на новото време. Овој труд е скроман обид да се анализираат правните и економските прашања поврзани со употребата односно појавата на криптовалути.

Клучни зборови: крипто валути, биткоини, економија

* д-р Јован Зафировски, Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан први“, УКИМ, Скопје. Трудот е предаден на издавачот во јули 2018 година.

Вовед

Светот е во одредена криптоманија. Bitcoin, Ethereum, Ripple, Bitcoin Cash, Litecoin... Моментално постојат повеќе од 1500 криптовалути чијашто пазарна капитализација надминува 500 милијарди долари, додека постојат повеќе од 100 девизни пазари односно берзи на кои дневно се разменуваат криптовалути во вредност од над 20 милијарди долари¹. Вестите се преполни со информации за новите трендови со криптовалути, а мислењата за нивната иднина одат во дијаметрално спротивни екстреми. Од оние кои сметаат дека криптовалути се револуција којашто од темел ќе ги промени системите за плаќање, економијата, ќе има дури и сериозни политички ефекти, па се до оние кои сметаат дека криптовалути се еден обичен балон кој кога тогаш ќе доживее спектакуларен колапс.

Криптовалути се предмет на проучување на повеќе научни дисциплини и истите не можат да се анализираат еднострано. Се наоѓаат на троеѓето помеѓу правото, економијата и технологијата односно информатиката. Станува збор за исклучително динамична материја која е подложна на секојдневни промени. Од научен аспект, следењето и проучувањето на одредена цел што се движи, постојано се менува, е навистина голем предизвик. Суштината на криптовалути лежи во прогресот на информатичката технологија и софтвер кој овозможуваат ефикасен и функционален децентрализиран систем на плаќање кој е надвор од стандардните односно традиционални системи на платен промет кои се регулирани и надгледувани од страна на централните банки. Од правен аспект, работите се уште посложени затоа што се работи за материја која, од една страна, досега не била предмет на правно уредување но, од друга страна, е дел од еден исклучително важен дел на правото или монетарното право кое ги уредува парите и паричните односи кои пак се витален дел на финансискиот и на целокупниот економски систем на државите. Исто така, криптовалути отвораат низа на практични правни прашања како што се оданочувањето, борбата против трговијата со дрога и други стоки и услуги, како и перењето пари што го прави феноменот на криптовалути сериозен тест за правната наука. Од економски аспект, децентрализацијата на парите е предизвик за економската наука, за монетарната политика и за целокупниот финансиски систем.

Трудот е скромно обид да се објасни феноменот наречен криптовалути преку презентација на поимот на криптовалути (I) како и анализа на економските (II) и на правните (III) прашања кој се наметнуваат со

¹ <https://coinmarketcap.com/>

појавата и користењето на криптовалути како средство за размена што отвора една нова димензија на поимот на парите и нуди нов модел на организација на платните системи кој за прв пат најде успешен начин да ја заобиколи државата како посредник во плаќањата.

I. Поим на криптовалути

Што претставуваат криптовалути? Дали се тие еден обичен „балон“ кој ќе создаде хаос на финансиските пазари, нов вид на „понзи“ шема, нов вид на пари и средство за размена? Дали се тоа нови инвестициони инструменти или нешто слично? Најчест одговор или впечаток кој преовладува во јавноста е дека криптовалути се нешто во коешто можеме да инвестираме и истото преку ноќ ќе не’ направи богати. Но, тоа е погрешен или делумно точен впечаток кој е далеку од суштината и вистинската идеја позади криптовалути.

Криптовалутите се обид за воспоставување на нов, поефикасен платен систем кој е децентрализиран и се темели на технолошкиот напредок. Би можеле да ги дефинираме како електронски систем на плаќање којшто се базира на криптографски доказ. Тие се создадени, регистрирани и управувани електронски од страна на отворен, децентрализиран криптографски систем. Самиот систем на криптовалути го сочинуваат: копачите (miners) преку кои се емитуваат криптовалути, паричниците (wallets) каде што се складираат криптовалути, берзите односно девизните пазари каде се врши размена на едни криптовалути за други или размена на криптовалути за национални валути, како и процесори кои овозможуваат прифаќање на криптовалути од страна на економските оператори како средство за плаќање².

Според тоа какви се релациите помеѓу криптовалути и традиционалните пари кои се законско средство за плаќање во одредена економија, криптовалути можеме да ги поделиме во три групи. Првата ја сочинуваат затворени системи кои функционираат во затворен систем и нема надворешен влез и излез односно плаќања кон други субјекти и за други потреби освен оние за коишто е ексклузивно создадена таа криптовалута. Најчест пример за ваков систем се забавните интернет игри каде се стекнуваат „пари“ кои се користат во играта, како што е

² За техничката страна на криптовалути види: Arvind Narayanan and al., Bitcoin and Cryptocurrency Technologies, A Comprehensive introduction, Princeton University Press, 2016, стр. 1-27

на пример *World of Warcraft Gold* кој се користи во истоимената игра дизајнирана од *Blizzard Entertainment*. Во втората група се криптовалути каде има еднонасочен промет односно менување или купување на криптовалути со валути односно пари за потоа да бидат користени при најразлични плаќања. Како пример може да се наведат *Facebook credits* кои се купуваат преку кредитни картички за подоцна да се користат во платформата на *Facebook*. Третата група ја сочинуваат криптовалути каде има двонасочност на менувањето на валути односно пари за криптовалути и обратно³.

Моментално најфреквентната криптовалута во светот е Биткоинот. Создаден во 2009 година и најпрвин користен од малкумина ентузијастичари, пред се' информатичари и љубители на технологијата, постепениот раст кој се интензивираше во последните години доведе до тоа денес оваа криптовалута да претставува повеќе од една третина од пазарната капитализација на криптовалути. Во циркулација се повеќе од 17 милиони Биткоини од целокупната монетарна маса на оваа криптовалута која ќе изнесува 21 милион. Со решавање на алгоритмот, што значи и успешно процесирани трансакција, „копачот“ е награден за успешно завршената работа со нови Биткоини. Така се проширува монетарната маса. Биткоините се креираат или емитуваат (копаат/minted) од страна на индивидуи (копачи/miners) кога се успешно завршени постапките на валидација или решавање на Биткоин трансакциите. Досега, Биткоинот е најуспешната приказна на криптовалути која е основа за создавање на други криптовалути. За да постигне дополнителна ликвидност Биткоинот е поделен на *Bitcoin* и *Bitcoin cash*. Иако сеуште се смета како шпекулативен инструмент кој пред се' служи и се чува за остварување на капитална добивка, а помалку како средство за плаќање сепак инвонредно брзо расте бројот на економски оператори кои ги прифаќаат Биткоинот и други криптовалути како средство за плаќање како што се: *KFC Canada, Tesla, Microsoft, Bloomberg, LOT Polish Airlines, Wikipedia, Subway, PayPal* и тн.

Постојат бројни бенефити но и ризици кои се поврзани со употребата на криптовалути. Предностите на криптовалути во однос на традиционалните средства за плаќање се поврзани со ниските или непостоечки трансакциони трошоци од причина што не постои централизирано порамнување односно не постои клиринг, нема банкарски и други провизии. Понатаму, при користењето на криптовалути како

³ ECB, Report on virtual currency schemes, 2012, стр. 13-14, достапно на <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>

платажно средство не постојат ниту ограничувања на трансакциите, нема граници за трансферите. Ова е особено важно во земји како Република Македонија каде капиталната сметка сеуште не е целосно либерализирана. Трансакциите се исклучително брзи и анонимни како по однос на плаќачот така и по однос на примачот на средствата. Сепак, покрај предностите кои употребата на криптовалути ги носи, постојат и некои сериозни недостатоци кои можат да ја загрозат иднината на криптовалути. Тоа се пред се⁴ зависноста од информатичката технологија во ситуација кога не постои институција која стои позади технологијата, отсуството на транспарентност и анонимноста која што може да биде злоупотребена за трансакции поврзани со незаконски активности како перење пари, финансирање тероризам, трговија со дроги и тн. Исто така, криптовалути можат да бидат закана и за јавните финансии во смисла на поттикнување на даночна евазија. Од инвестиционен аспект, криптовалути се ризичен инструмент чијашто вредност има силни осцилации од каде што доаѓа и перцепцијата за криптовалути како шпекулативен инвестиционен инструмент, а не како средство за размена⁴.

Сепак, иако се производ на новото време и на современата технологија, идејата за децентрализацијата на парите постои многу одамна. Теоретската подлога за криптовалути како во економската така и во правната наука е исклучително силна. Така, во економската наука постои цврст теоретски темел за криптовалути кој се наоѓа во Австриската економска школа која смета дека државата не треба да го има единственото право односно монопол за издавање на парите. Според оваа теорија, ексклузивитетот на државата во оваа област допринесува за неодговорно однесување и влијанија на државата во економскиот циклус што има негативни ефекти на економските текови⁵. Исто така, во правната наука општествената теорија за парите дава поткрепа на можноста за користење на криптовалути без дозвола од државата и властите⁶. Имено, оваа теорија смета дека парите се сето она што општеството го признава како такво и државата не може да влијае на ваквата одлука. Ова најдобро можеме да го забележиме во услови на војни, социјални и други немири кога цигарите, храната, бензинот и тн. се главните средства за размена. Значи, идејата за децентрализација на парите постои одамна и

⁴ David Yermack, Is Bitcoin a Real Currency? An Economic Appraisal, NBER Working Papers Series, 2013, достапно на: <http://www.nber.org/papers/w19747.pdf>

⁵ Friedrich A. Hayek, Denationalisation of money, IEA, 1976, pp. 82-84

⁶ За општествената теорија за парите види: Charles Proctor, Mann on the legal aspects of money, Oxford university press, 2012, стр. 23-25

постојат бројни обиди за нејзино реализирање.

Но, што е тоа што сега ситуацијата ја прави поинаква? Наједноставниот одговор е развојот на дигиталната технолигија, иновацијата во делот на платните системи и парите. Како што знаеме од историјата, парите сами по себе се иновација. Кога трампата почнала да не функционира се појавиле првите облици на пари како средство за размена. Предмети ценети во средината, потоа скапоцените метали, па книжните пари, жиралните пари, за денес да ги имаме електронските пари со кои и преку мобилен телефон вршиме плаќања. Но, каде е пробивот на технолигијата во криптовалути што ја прави денешната ситуација поразлична од минатото? Одговорот лежи во фактот што криптовалути можат ефикасно да го решат проблемот од потребата од централна институција или посредник преку која ќе се вршат плаќањата, а тоа е државата односно централната банка. Со новата технолигија на криптовалути се решава ситуацијата во која со исти средства се вршат две или повеќе трансакции односно се користат исти пари за две или повеќе плаќања.

Валидацијата на трансакцијата, преку Биткоинот на пример, се врши децентрализирано преку сите учесници. Таа технолигија се нарекува *Blockchain* и истата претставува револуција во плаќањата затоа што трансферот се валидира преку решавање на алгоритам што се врши децентрализирано од сите учесници. *Blockchain* (или како уште се нарекува *distributed ledger technology*) претставува безбедна база на податоци во која се евидентираат трансакциите и истата е споделена помеѓу сите учесници во мрежата. Преку неа се запишуваат и се чуваат сите информации за трансакциите при што податоците се енкриптирани, а мрежата не зависи од ниту еден учесник особено од причина што податоците се споделени помеѓу сите учесници во рамките на мрежата. Кога станува збор за можностите кои ги отвора прогресот на технолигијата јавноста е секогаш скептична. Паралелата која што се прави за користењето на криптовалути е онаа на почетоците на користењето на електронската пошта. Преку новата *Blockchain* технолигија директно се пренесуваат средства исто како што преку електронската пошта директно се праќаат пораки⁷.

Доколку го земеме Биткоинот како пример, неговиот софтвер односно правилата и постапката по која тој функционира се содржани

⁷Marco Iansiti and Karim R. Lakhani, The Truth about Blockchain, Harvard Business Review, 2017, стр. 5, достапно на: <https://hbr.org/2017/01/the-truth-about-blockchain>

во таканаречен *Bitcoin Core*⁸ софтвер кој е *open source*, јавно достапен за користење и надградба. Иницијално креиран од страна на извесен Satoshi Nakamoto⁹, лице чијшто идентитет не е познат овој софтвер е лиценциран од страна на MIT и е достапен за надградба и подобрувања преку т.н. процедура за предлози за подобрување на биткоиот. За понатамошниот развој на Биткоиот се задолжени програмери (developers) кој интервернираат во *Bitcoin Core* кога сметаат дека е тоа потребно. Се поставува прашањето дали овие лица имаат голема моќ со тоа што ја одредуваат траекторијата по која ќе се развива биткоиот? Одговорот е нејасен. Од една страна, тие можат да ги променат правилата по кои функционира ова криптовалути и нејзините карактеристики, но од друга страна *Bitcoin core* е јавно достапен и доколку промените не се оценети како позитивни Биткоиот може да биде понатаму развиен од страна на други лица во облик на некоја друга валута. Оттука јавноста игра најголема улога кога се во прашање *open source* софтверите.

Појавата на *Blockchain* технологијата претставува *game changer* во светот на парите и системите за плаќање. Со оваа технологија централните банки и другите посреднички институции не се неопходни за реализација на плаќањата, а тоа отвора бројни прашања во врска со економските ефекти и последиците што ќе ги предизвикаат криптовалути за целокупниот економски и финансиски поредок.

II. Економски аспекти на криптовалути

Кога се зборува за криптовалути, од економски аспект, две прашања се од исклучителна важност. Првото е поврзано со дилемата дали криптовалути може да се сметаат за пари во економијата, односно дали според стандардната дефиниција за парите можеме да ги сметаме како конкуренција на парите издадени од централните банки зад кои стои авторитетот на државата. Второто прашање е поврзано со тоа какви ефекти би предизвикало масовното користење на криптовалути на монетарната политика и воопшто на стабилноста на целокупниот финансиски систем. Идејата на криптовалути е да се одземе ексклузивитетот на државата преку создавање на средство за плаќање кое ќе биде надвор од традиционалните платни системи, ќе биде поефикасно и ќе биде

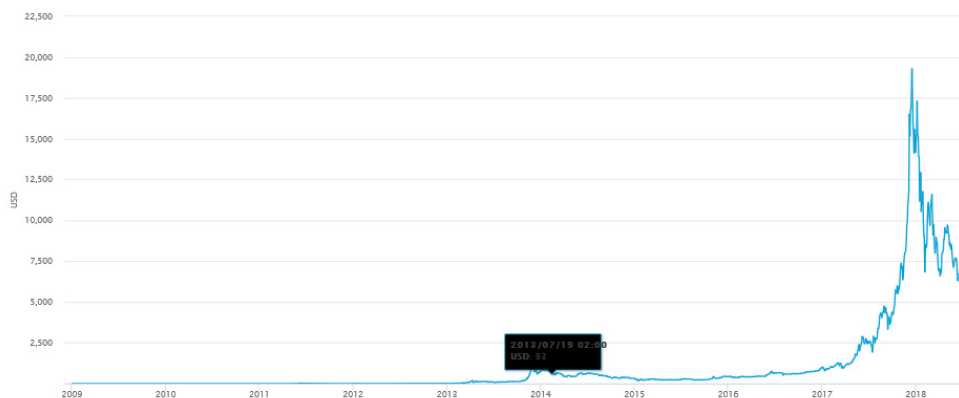
⁸ Bitcoin Core, <https://bitcoin.org/en/bitcoin-core/>

⁹ Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, available at: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

децентрализирано. Но, ваквата поставеност на криптовалутите, на некој начин како конкуренција на парите издадени од страна на централната банка отвора бројни дилеми за тоа како би функционирала централната банка во услови на масовно користење на криптовалутите како средство за плаќање. Тоа несомнено би се одразило на монетарната политика, нејзината трансмисија преку деловните банки, а тоа ќе има ефект и на остварувањето на целите кои се поставени на централната банка.

Во однос на првото прашање, доколку ја споредиме стандардната односно економската дефиниција на парите која ги дефинира парите преку функциите што ги извршуваат, а тоа се средство за размена, мерило за вредноста и чувар на вредноста ќе видиме дека криптовалутите не задоволуваат два од три критериуми. Еве на пример, ако го земеме Биткоинот како најшироко користена криптовалута ќе видиме дека многу е мал бројот (иако трендот е растечки) на економски оператори што го прифаќаат како средство за плаќање. Сепак, колку и да е ограничена можноста за плаќање може да кажеме дека Биткоинот претставува средство за размена. Но, што се однесува до останатите две функции на парите, силните осцилации на вредноста на Биткоинот во однос на американскиот долар или во однос на другите светски валути оневозможуваат остварување на останатите две функции на парите, а тоа се мерило на вредноста и чувар на вредноста. Од графиконот подолу може да се види како се движела вредноста на Биткоинот од првото тргување до јули 2018 година.

Во однос на второто прашање, факт е дека со масовната употреба на криптовалутите како средство за плаќање се губи ексклузивитетот на државата во монетарниот систем без разлика на тоа што според словото на законот е дефинирано како законско средство за плаќање. Се губи најважната алатка на монетарните власти, а тоа е контролата на понудата на пари со којашто беа и се неприкосновени владари во економијата. Можеа да создадат економски бумови и кризи во само еден ден. Кај Биткоинот на пример, постои лимитирана монетарна маса од 21 милион која по достигнувањето на овој износ нема да се зголемува. Тоа ќе спречи евентуална идна девалвација преку зголемувањето на монетарната маса. Доколку профункционира во широка употреба и биде масовно прифатена како средство за плаќање оваа карактеристика на Биткоинот ќе влева дополнителна доверба за стабилноста на вредноста на истата. Од монетарната политика на централната банка, нејзината ефикасност и адекватност зависи и функционирањето на целокупниот финансиски систем кој ги вклучува како финансиските посредници така и



Извор: <https://blockchain.info>

финансиските пазари. Нефикасноста или намалената моќ на централната банка може да ја доведе во прашање и стабилноста на финансискиот, а со тоа и на целокупниот економски систем на државата.

Зголемената употреба на криптовалути го привлече вниманието на централните банки и регулаторите. ЕЦБ и американскиот ФЕД сметаат дека од аспект на финансиската стабилност криптовалутите се сеуште во многу рана фаза на нивниот развој и не можат да ја нарушат финансиската стабилност. Треба да постои сериозна закана од хиперинфлација за пошироката јавност масовно да се сврти кон криптовалутите како средство за плаќање кое ќе ужива поголема доверба од традиционалните пари издадени од централните банки на државите.

Сепак, криптовалутите отвораат бројни правни дилеми како по однос на нивниот третман во правните односи во кои се дел така и по однос на ефектите кои криптовалутите ги имаат во делот на перењето на пари, оданочувањето и даночното затајување, финансирањето на тероризмот и сл.

III. Правни аспекти на криптовалутите

Како што може да се очекува, реакцијата на властите по однос на криптовалутите и *Blockchain* технологијата е конфузна. Од една страна, знаат дека не можат да го спречат процесот на децентрализација на парите. Невозможно е тоа! Но, од друга страна, сакаат да ја задржат

контролата на системите на плаќање и да останат врховни господари на монетарната маса односно на понудата на пари. Во правните лавиринти се појавуваат и практични прашања во секојдневната трговија со криптовалути како што е прашањето на оданочувањето. Кога станува збор за регулацијата, од една страна државата преку регулаторните институции во делот на монетарниот и финансиски систем сака да воспостави ред во криптовалутите кое пак од друга страна е оценето како непотребен товар и попречување на иновацијата водена од оние ентузијастички кои работат на создавање на криптовалутите и оние кои сакаат истите да ги користат. Во крајна линија, криптовалутите се темелат на идејата за децентрализација на парите и плаќањата што значи заобиколување на државата и постојниот систем на плаќање.

Но, макропрudentните супервизори и контролорите на системите на плаќање сеуште не обрнуваат преголемо внимание на криптовалутите. Американскиот ФЕД, ЕЦБ и другите институции во развиените земји сметаат дека криптовалутите и пазарот на криптовалути е сеуште во зачеток и нема сериозни импликации за функционирањето како на локалните така и на глобалниот финансиски систем¹⁰. Постојат селективни обиди за уредување на прашања кои се поврзани со криптовалутите како што се нивното издавање, пазарите односно берзите на кои се купуваат/продаваат криптовалути и тн. Анализа на правната рамка во земјите кои што започнале со одредена регулација на криптовалутите покажува непостојаност на регулаторите и брзо менување на позициите и пристапот кон криптовалутите¹¹.

Така, земјите членки на Еврозоната немаат усогласен пристап во утврдувањето на правниот статус на криптовалутите. Како и што може да се очекува, регулацијата треба да е иницирана од страна на ЕЦБ како институција надлежна за заедничката монетарна политика и која е и ексклузивен супервизор во рамките на Еврозоната. Во неколкуте обиди да ги дефинира криптовалутите ЕЦБ ја менуваше својата позиција. Во првата дефиниција криптовалутите беа дефинирани како „вид на нерегулирани дигитални пари, кои се емитувани и најчесто контролирани од страна на програмери и кои се прифатени и користени

¹⁰ Eric Lam, What the World's Central Banks are Saying About Bitcoin, Bloomberg, 4 април 2018, достапно на: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-12-15/what-the-worlds-central-banks-are-saying-about-cryptocurrencies>

¹¹ За различните позиции на регулаторите во различни земји види: Jovan ZAFIROSKI, Bitcoin – a New Challenge for the Complicated European Monetary Structure, in South Eastern Europe and the European Union – Legal Perspectives, SEE Series of Papers Volume 3, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2017, стр. 145-158

од страна на специфична виртуелна заедница“¹². Сепак, оваа дефиниција е променета при што е избришан зборот „пари“ од причина што нивото на употреба на криптовалути не дозволува да ги наречеме пари како и зборот „нерегулирани“ од причина што во некои законодавства започна процесот на нивна регулација. Така, новата дефиниција на ЕЦБ ги дефинира криптовалути како „дигитално претставена вредност којашто не е издадена од страна на централна банка, кредитна институција, институција за електронски пари и сл. која во одредени ситуации може да биде користена како алтернатива за парите“¹³. Други земји имаат комплетно различен пристап. Кина, на пример, во септември 2017 ја забрани употребата на криптовалути. Ваквата своја одлука ја поткрепи со фактот што употребата на криптовалути носи бројни ризици како од аспект на корисниците така и од аспект на стабилноста на монетарниот и финансиски систем¹⁴. Од друга страна пак, како најмоќна финансиска сила во светот која стои зад доминантната светска валута доларот, САД сеуште нема јасна позиција по однос на криптовалути. Позицијата на Русија е исто така нејасна. Од една страна, постојат најави за создавање на платформа за тргување со криптовалути на берзата во Москва, но од друга страна, централната банка на Русија алармираше за големите ризици што употребата на криптовалути ги носат¹⁵. Слична е и состојбата во државите од централна и источна Европа¹⁶.

Употребата на криптовалути како средство за плаќање создава можност за целосна анонимност на субјектите кои се учесници во трговските односи. Тоа од една страна е бенефит за самите учесници, но од друга страна отвора можност за злоупотреби кои се недозволиви и казниви според законот. Така, властите ја насочуваат енергијата во сузбивањето на можностите преку криптовалути да се вршат плаќања од недозволиви активности како што се трговијата со дрога, перењето пари и финансирањето на тероризам. Анонимноста на трансакциите ги

¹² ECB, Report on virtual currency schemes, 2012, стр. 13, достапно на: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>.

¹³ ECB, Virtual currency schemes – a further analysis, 2015, стр. 25, достапно на: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>.

¹⁴ The People’s Bank of China, Public Notice of the PBC, CAC, MIIT, SAIC, CBRC, CSRC and CIRC on Preventing Risks of Fundraising through Coin Offering, September 2017, достапно на: <http://www.pbc.gov.cn/english/130721/3377816/index.html>

¹⁵ Central Bank of the Russian Federation, Statement, 4 September 2017, достапно на: https://www.cbr.ru/press/pr/?file=04092017_183512if2017-09-04T18_31_05.htm

¹⁶ Stephen O’Neal, From Russia to Macedonia: How Cryptocurrencies are Regulated in Eastern Europe, Cointelegraph, јули 2018, достапно на: <https://cointelegraph.com/news/from-russia-to-macedonia-how-cryptocurrencies-are-regulated-in-eastern-europe>

направи криптовалутите извонредно атрактивни кога станува збор за плаќање на стоки и услуги како што се опојните дроги. Најдобар пример за тоа е *Silk road* интернет страницата на која се вршеше продажба на разни недозволиви производи и услуги. Ова е само еден пример со којшто властите во САД успешно се справија, но постојат бројни други кои во моментот оперираат во таканаречениот *dark web*, а притоа како средство за плаќање се користат криптовалутите. Перењето пари е исто така олеснето со криптовалутите. Со тоа што за нив не постојат граници и се надвор од дофатот на институциите кои вршат надзор на платниот промет, а во одредени ситуации спроведуваат и капитални контроли, криптовалутите се корисна алатка за овие криминални активности. Во одредени земји како што е случај и со ЕУ, надлежноста на институциите задолжени за сузбивање на перењето пари се прошири и на дигиталните пари односно криптовалутите¹⁷. Исто така, криптовалутите отвораат низа прашања во делот на оданочувањето и борбата против даночното затајување. Прашањето кое се поставува е каков да е нивниот третман кога станува збор за добивката што се остварува преку криптовалутите. Судовите веќе дојдоа во ситуација да треба да одлучуваат по предмети од оваа материја како што е случајот којшто заврши со пресуда на Судот на правдата на Европската унија поврзана со правилата за данокот на додадена вредност. Така, во својата пресуда Европскиот суд во Луксембург го дефинираше Биткоинот како виртуелна валута и и' го призна статусот на средство за размена¹⁸.

Сепак, од анализата на третманот на криптовалутите во различни законодавства може да се заклучи дека отсутствува заеднички пристап и одговор кон прашањата кои произлегуваат со појавата на криптовалутите. Иако е јасно дека треба да постои глобален одговор, пред се' од развиените земји, сепак постои различен третман во различни јурисдикции¹⁹. Од правен аспект работите ќе станат многу појасни при крајот на оваа година, односно по средбата на Г20 во Буенос Аирес кога се очекува најразвиените земји да излезат со заеднички став по однос на третманот

¹⁷ Council of the EU, Money laundering and terrorist financing: Presidency and Parliament reach agreement, PRESS RELEASE 794/17 20/12/2017, достапно на: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/12/20/money-laundering-and-terrorist-financing-presidency-and-parliament-reach-agreement/pdf>

¹⁸ CJEU, case C-264/14, *Request for a preliminary ruling under Article 267 TFEU, from the Högsta förvaltningsdomstolen (Supreme Administrative Court, Sweden)*, ECLI:EU:C:2015:718, para. 10-58.

¹⁹ Види: Alex Roever, Phoebe A. White, *The Regulation of Cryptocurrencies*, in *Decrypting Cryptocurrencies: Technology, Applications and Challenges*, J.P. Morgan Perspectives, February 2018, стр. 33

на криптовалутите. Но, што и да одлучат ќе остане фактот дека постои решение за премостување на потребата од посредник т.е. државата во платниот систем и дека децентрализацијата на парите ќе биде неповратен процес. Како што се вели, можат да ги скинат првите цвеќиња... Bitcoin, Ethereum, Ripple, Bitcoin Cash, Litecoin... и тн. но не ќе можат да ја спречат пролетта која доаѓа со *Blockchain* технологијата.

Заклучок

Технолошкиот прогрес во дигиталната технологија и софтверот овозможува создавање на криптовалутите кои претставуваат иновација во делот на парите и плаќањата. Втемелени на старата идеја за децентрализација на парите и заобиколување на државата како единствен субјект кој емитува пари кои се законско средство за плаќање во економијата, криптовалутите претставуваат своевидна „револуција“ во светот на парите и монетарниот поредок, а која е овозможена преку новата *Blockchain* технологија.

Како и при секој технолошки пробив во одредена сфера на општествениот живот, старите правила по кои функционира системот не се спремни да одговорат на новонастанатите услови. Така е и со криптовалутите. Иако оценети од страна на регулаторите и централните банки како иницијална фаза која не може да ја загрози стабилноста на финансискиот систем, криптовалутите отвораат сериозни дискусии како за економските така и за правните аспекти на нивната употреба како средство за плаќање и алтернатива на традиционалните пари.

Самото дефинирање на поимот на криптовалута е тешка задача. Различни држави имаат различен пристап кон криптовалутите кој оди од забрана за нивно користење до целосно препуштање на пазарот и отсуство на било каква регулатива. Работите се уште посложени на европско тло каде монетарната политика и супервизијата во рамките на Еврозоната е во рацете на супранационална централна банка.

Од економски аспект, две прашања се од исклучителна важност. Првото е поврзано со можноста за третман на криптовалутите како средство за плаќање во економијата, а второто е поврзано со последиците кои би настанале за монетарната политика и функционирањето на финансискиот систем при масовна употреба на криптовалутите.

Правните аспекти на криптовалутите се поврзани со правната рамка

на издавањето и користењето на криптовалути кое е сеуште во рана фаза и е регулирано во рамките на националните држави. Иако криптовалути се глобален феномен, сеуште не постои заеднички и координиран одговор на меѓународно ниво што би бил далеку поефикасен начин за нивно уредување. Исто така, криптовалути отвораат бројни правни прашања во делот на спречувањето на прењето пари, финансирањето на тероризмот, оданочувањето, борбата против даночната евазија и сл.

*Jovan Zafiroski, PhD
Associate professor, Faculty of Law
Iustinianus Primus Skopje*

THE LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS OF THE CRYPTOCURRENCIES

Abstract: *The introduction of new technologies in payments has reopened the debate on the notion of money and its definition. The decrease of the use of cash as a means of payment has changed the concept of money. The emergence of cryptocurrencies has opened new chapters in the monetary law. As a means of payment, cryptocurrencies are neither a product of any state nor a central bank. On the one hand, it represents a vast opportunity as for the market as well as for innovation in the process of development of alternative means of payment. On the other hand, there are the threats for the monetary system in which the state, the central bank, plays a crucial role. Cryptocurrencies are also a challenge for the monetary authorities that through their monetary policy are working on the achievement of the price stability and maintenance of a sound financial system. Cryptocurrencies have numerous advantages over traditional money, such as anonymity, the speed and low transaction costs. However, numerous risks are associated with the absence of a regulator or institution that has authority over transactions. Also, the anonymity of the transactions opens a vast possibility for use of the cryptocurrencies as a means of payment for exchange of goods and services that are part of illegal activities. According to many authors, cryptocurrencies as a decentralized instrument for payment are the direction in which the payment system will be developed in future. As it is the case with any “revolution,” the legal framework of the previous system is not ready to respond to the needs of the new age. This paper is a modest attempt to analyze legal and economic issues related to the use of cryptocurrencies.*

Key words: *crypto valutes, bitcoin, economy*

*Др Жарко Димитријевић**
*Марко Димитријевић***
*Ксенија Димитријевић****

РЕШАВАЊЕ ЕНЕРГЕТСКИХ ИТ СПОРОВА МЕДИЈАЦИЈОМ

UDK: 005.574:[004.4:620.9
Review paper

Република Србија важи у региону за великог извозника ИТ решења. Огроман број програмера налази се у ИТ индустрији која је извозно оријентисана. Модели сарадње се углавном препознају у оквиру класичног outsource-инга, међутим постоји и велики број директно уговорених послова, или развијених сопствених производа. Пракса показује да не постоји фаворизације било којег од модела у смислу настанка/решавања ИТ спорова који за предмет имају израду решења за енергетску индустрију. Ипак, специфичност енергетске материје указује да сам поступак оцене медијабилности, као и ток медијације изискују посебне вештине, посебна знања медијатора али посебан приступ спору и уговорним странама. У раду се дају препоруке које би се могле користити ради бржег постизања споразума за сваки од датих модела.

Увод

Нови правац технолошког развоја, конкретно ИТ сектора, покренуо је лавину нових друштвених и професионалних односа. Основни модел пословања у изради пројеката: захтев/пројекат/израда/контрола, захваљујући могућностима које пружају интернет технологије, знатно је унапређен, или може се рећи усложњен. На тржишту се препознају компаније које нуде ИТ решења, али које нужно не морају имати сопствене капацитете. Иако се јављају као уговарачи послова, ИТ капацитете закупују чак и хиљадама километара далеко од места у којем обављају пословање. Ову појаву пракса назива ИТ outsource-ингом (надаље:

* ИТ консултант, медијатор.

** Глобални менаџер набавке ‘‘Reckitt Benckiser’’ New York

*** Адвокат, медијатор

outsourcing-инг). IT outsourcing-инг је део ширег појма: outsourcing-инг. У теорији, outsourcingом се сматра уговарање посла са другим подизвођачем за одређено време, за одређену цену и одређени ниво рада/услуге.¹ Није реткост да на једном пројекту ради више извођача где је један кровни који повезује разне делове који су урадили други и испоручује готов производ уговарачу који даље испоручује наручиоцу.

Утицај нових трендова извршио је промену и на наизглед класичном моделу наручилац-извођач. Уколико дође до директног уговарања послова, врло често се у пословном односу појављују наручилац/лице које дефинише захтев према вољи наручиоца/извођач(који је по правилу и пројектант)/контролор. Класични модел има предности и мане у односу на модел outsourcing-инга. Основна предност јесте у снижавању трошкова јер се смањује број актера у пословном односу. Такође, некада је ближи однос извођача и наручиоца пожељан, међутим, он нужно не доводи до бољих резултата. Лице које које организује посао је често нужно да би својим искуством помогло у реализацији пројекта и то не само у погледу рока, већ и у погледу квалитета. Стога се пракси појавио изведени облик пословања, који претпоставља директно уговарање између наручиоца и извођача али се у односу појављује нужно и треће лице које комуницира или може се рећи “преводи” захтеве наручиоца извођачу и обратно, “аргументе извођача” наручиоцу. “Превођење” не треба мешати са лицем које се може ангажовати за израду пројектног задатка. Иако су ове две функције блиске, битно се разликују. Пројектни задатак мора да израђује инжењер, док “превод” обично ради лице које то није, али које је довољно упућено у IT основе како би могло да разуме аргументе извођача. С друге стране, то лице мора да буде способно да одлично разуме пословање наручиоца како би било у прилици да “превод” врши онако како ће бити сигурно да ће доћи до израде производа који управо жели наручилац. Класичан модел, било у свом основном, или изведеном облику носи ризик да се до жељеног решења дође након великог утрошка времена и новца, стога се многи инвеститори одлучују за трећи модел: куповину готових решења.

Куповина готових IT решења је увек могућност. Основна мана јесте што готова решења нису прављена искључиво за потребе наручиоца. Тачно је да могу да се изврше одређена подешавања, али су она углавном лимитирана. Врло је важно да наручилац пре закључења уговора буде свестан у којој мери ће лимитираност могућности подешавања утицати

¹ Видети: Ilan Oshri, Julia Kotlarsky, Leslie P. Willcocks, The Handbook of Global Outsourcing and Offshoring, 3rd edition, 2015, ISBN 978-1-137-43742-6, стр.8

на његово пословање, јер управо неиспуњење очекивања, доводи до спорова који се појављују у поступку медијације, нарочито у енергетском сектору.

IT спорови енергетског сектора носе специфичности у односу на уобичајене IT спорове који се појављују у поступку медијације. Исте специфичности се могу наћи и код других врста спорова који су повезани са стратешким циљевима и директном регулативом државе, као што су на пример области здравства, безбедности и одбране, и сл.²

Дакле, током реализације пројекта мора се водити рачуна о регулативи која врло често није прецизна и јасна. Спорови се јављају у погледу функционисања израђеног софтвера а који су директно проистекли из различитог тумачења наручиоца и извођача одређеног члана или чланова регулативе. Надаље, имајући у виду да захтеви наручиоца зависе и од промена правног оквира, нису ретки спорови у вези обрачуна трошкова насталих услед промене захтева проузрокованих променом правног оквира. И на послетку, врло су чести спорови у вези начина прикупљања и обраде података корисника (клијената) наручиоца.

У овом раду аутори ће покушати да објасне идеје водиле којим се воде учесници у поступку медијације на који начин желе да допринесу да се стране, уз помоћ медијатора, што пре доведу до заједнички прихватљивог решења.

Outsource-инг

У моделу outsource-инга, за реализацију посла кључни су односи наручилац-извођач, и извођач-подизвођачи. Врло често, наручилац није упознат са чињеницом да је извођач ангажовао подизвођача, а што може представљати одлучну чињеницу, нарочито имајући у виду пословну идеју која треба да се прода на одређеном тржишту. Контролу цурења информација је много лакше вршити према једном извођачу него према броју n , нарочито ако, као наручилац, нисте ни информисани да вашим пословним плановима располажу и лица у која немате поверења.

Претпоставка обавезности неког акта или чина је такође врло чест разлог неразумевања између уговарача. Спорови проистекли из

² О положају енергетске материје у државним системима у погледу њене важности и повезаности видети у: Жарко Димитријевић, *Four Pillars of Security of Supply in the Energy Market*, Задужбина Андрејевић, 2016, ISBN: 978-86-525-0261-5

непримене споразума о поверљивости (non-disclosure agreement), су такође врло чести. Док је споразум о поверљивости у неким правним системима обавезан документ који прати сваки правни посао, други правни системи исти не препознају нити пружају очекивану заштиту уговорним странама. Из тога произилази да једна уговорна страна може на основу потписаног споразума да очекује апсолутну дискрецију, док за другу уговорну страну такав споразум може претстављати само још један не тако важан папир који води до потенцијалне реализације посла.

Надаље, *outsourcing* потенцијално носи повреду ауторских права исписаног кода. Наиме, за једног клијента подизвођачи стварају код који испоруче. С обзиром да продају своје програмерске ресурсе на тржишту могуће је да се у неком тренутку створе исти или слични захтеви према подизвођачима. Имајући у виду да програмери врло често користе готове секвенце које су раније створили, врло је могуће да једну или више од готових секвенци примене и у новом коду. Поставља се питање да ли на то имају право, имајући у виду уговоре које су раније закључили са другим извођачима, односно како решити спорове проистекле из те ситуације. Став извођача који су ангажовали подизвођаче јесте да право на економску експлоатацију ауторског дела имају управо они. С друге стране, ауторима нико не може одузети право да се називају ауторима неког кода кога су сами створили нити им ико може забранити коришћење тог дела. Треба разликовати економска од личних права проистеклих из овог пословног односа. Наиме, код послова код којих се појављују наручилац и извођач (аутор), врло је једноставно утврдити врсту, обим, и домашај права који проистичу из тих послова. Јасна је ситуација и уколико је реч о правним лицима који имају своје запослене. Извођач (аутор) јесте правно лице, а не физичко лице, односно у конкретном случају програмер који је физички сачинио ауторско дело. Међутим, код *outsourcing*-инга, подизвођач није везан тим границама. Заправо, он изнајмљује своје знање, време и рад, и не води рачуна о ауторским правима. С његовог становишта, тзв. класе које примењује у једном пројекту, може применити и у другом. За њега је то само алат који користи да би дошао до новог производа, тим пре, што се сада на интернету могу пронаћи и преузети потпуно бесплатно готови делови кода који имају тачно одређену сврху. Многи програмери, уместо да троше своје време и праве сопствени код, користе постојећи. Слично раде и у погледу својих решења које су створили. За истоврсне ситуације направе код који аплицирају у сваку сличну апликацију.

Медијатор, иако често, у неким правним системима и нужно по струци правник, не треба да буде оптерећен правним аспектима сваког

уговорног односа. Евентуалано лош нормативни оквир није и не може бити главни ‘’кривац’’ слабе примене, али и успешности овог метода за решавање спорова.³ Медијатор треба да разуме позиције страна у спору, а нарочито да претпостави и испита њихове жеље, интересе и тежње. Стога медијатор треба да се фокусира на приближавање интереса страна у спору, односно на проналажење заједничких ставова. Спор страна у *outsourcing*-инг систему наноси штету и једнима и другима. У спору наручилац-извођач, извођачу се наноси штета јер му није у интересу да има незадовољне клијенте. Споран однос између извођача и подизвођача наноси штету и једнима и другима јер се извођач на тржишту *outsourcing*-инга дефинише као споран, а с друге стране подизвођач као лош партнер. Реноме и једних и других је веома важан, поготово ако се има у виду да на енергетско тржиште, за које је константовано да носи низ специфичности, може да се продре само уз врхунске референце.

Референце, наравно не морају бити гарант да ће посао бити одрађен на обострано задовољство, али су често предмет оцена оправданости очекивања уговарача. Наиме, очекивање наручиоца јесте да извођач разуме специфичност енергетске материје, да разуме да прописи претстављају променљиву, а не фиксну категорију са којом се располаже, и на послетку, да информације, а нарочито лични подаци лица која се јављају приликом обраде података у базама, заправо јесу подаци којим се не може олако и без крајње пажње манипулисати.

Многобројни пројекти који стоје иза извођача у тој материји требало би да буду гарант да се извођач сусретао са многим проблемима који су у државним системима различити, али опет блиски, те да ће посебан рад који проистиче из таквог чињеничног стања укалкулисати у цену и неће третирати као посебан рад.

У поступцима медијације ова претпоставка се често оповргава. Наручиоци се позивају на референце и траже тумачење појединих одредаба уговора у складу са својим очекивањима, док се извођачи држе језичког тумачења. Проблем се додатно усложњава када уговарачи уместо уговора, који никада није потписан, нуде *mail* преписку и потврду о уплатама аванса као веродостојан доказ да је уговор закључен са садржином из *маилова*. У таквим ситуацијама је првеснтвени проблем утврдити тачну садржину уговора и то не само у релацији наручилац-извођач, већ и извођач-подизвођач, у зависности од тога који однос је

³ Александар Мојашевић, Ефикасност (судске) медијације у Србији у односу на поједине европске земље, стр.841, у Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр.68, 2014. год. ISSN 0350-8501 UDK: 347.925(497.11:4-672EU).

споран. У односу на модел *outsourcing*-инг, решавање спорова код класичног модела има далеко мање непознаница.

Класичан модел

Класичан модел пословања претпоставља да извођач има довољно сопствених капацитета да заврши одређени посао. Најчешће се у пракси разликују две ситуације. Прва, чешћа, је да пројекат не постоји. Од извођача се очекује да буде и пројектант и извођач, док наручилац врши надзор на нивоу крајњег корисника, а не на нивоу технолошког познаваоца. Друга ситуација јесте израда софтвера по достављеном пројекту и техничкој документацији.

Ситуација да пројекат не постоји је врло честа, чак и за велике пројекте. Израда пројектне документације је дуготрајан и скуп процес. Стога се инвеститори опредељују да се пројекат прави "успут", односно током израде апликације, иако је то веома тежак пут јер сигурно претпоставља много преправки, изгубљеног времена и новца, али такође, подразумева и континуирана тестирања рада изведеног, као и могућност постепеног увођења клијента у створене функционалности. Дакле, у ситуацији када на почетку реализације посла нема пројекта, можемо издвојити два проблема. Први проблем се јавља у току израде и углавном се односи на сталне измене и допуне већ постављених захтева. За корисника можда једна ситница за извођача, односно пројектанта може да претпоставља комплетну измену структуре базе и успостављених релација, или другим речима речено: много утрошеног времена. Други проблем се јавља након протекла одређеног времена по пријему производа и углавном се односи на брзину функционисања или техничка решења софтвера.

У ситуацији када пројекат постоји, проблеми се најчешће јављају у погледу визуелног изгледа (дизајна) и интуитивности софтвера. Наиме, пројектни задаци често не садрже детаљну разраду одређеног решења, већ се оставља програмеру да да свој допринос. Примера ради у пројектном задатку могу се дефинисати форме за унос и обавезна поља која свака форма мора да садржи. Такође, морају се дефинисати типови поља, односно типови података који се уносе и начин и место њиховог памћења у бази података. Положај поља се може оставити програмеру да одреди сам у оквиру одређене форме. Сам положај није важан и не претпоставља велики рад ради измене, али формално гледано ако

пројектним задатком положај није одређен, рекламација у том погледу тешко да може да буде прихватљива.

Такође, врло честе су формулације: “модеран дизајн”, “у складу са изабраним темплејтом”, и сл. које доводе до неразумевања у самом извођењу. Све оно што децидно није утврђено може бити предмет субјективне процене, и управо ту долази до проблема.

На послетку, оно што је иманентно свим моделима, па куповини готових решења јесте оптимизација процеса. Наиме, врло честа је ситуација да софтвер приликом тестирања ради задовољавајућом брзином, међутим, да се након одређеног периода коришћења знатно успори, углавном због величине базе којом оперишу позадински процеси. Оптимизација као проблем је врло честа, и углавном се јавља месецима након завршетка и пријема посла.

Имајући све наведене проблеме у виду, потенцијалну величину, цену и значај пројеката у енергетском сектору, није ретка ситуација да се прибегава куповини готових решења.

Куповина готових решења

Куповина готових решења јесте по правилу најбржа, али и најлимитиранија опција по питању употребљивости и прилагођавања потребама крајњег корисника.

Уобичајено је да су готова решења већ увелико заживела у пракси и да их користи већи број корисника. Такође, они подразумевају одређени период развоја у које је уложен труд, који садашњи купац не би морао да утроши. Прилагођавање готових решења пословним процесима је лимитирано, али кратко траје, те је то најбржи пут до задовољења тренутних потреба. Најчешћи спорови који јесу предмет медијације у вези са овим моделом, тичу се унапређења и додавања нових функционалности.

Приликом уговарања о куповини софтвера, чести су анекси којима се уговара развој модула. Непрецизности приликом уговарања у погледу цене и рока су предмет многих медијација.

Купац је приликом куповине готовог производа наравно свестан лимитираности производа, али жели тај производ са идејом да произвођач у кратком року развије нове функционалности које ће му

додатно унапредити пословање. Да није тог очекивања, вероватно не би ни закључио уговор о куповини. С друге стране, произвођач софтвера продаје свој производ онакав какав он јесте, а нову функционалност види као додатни посао којим треба да оптерети своје ресурсе у развоју са врло неизвесним исходом у погледу масовне примене. Иако је на тржишту чест пример покушаја превазилажења овог проблема тзв. “Free Trial”⁴, различите полазне основе два уговарача предмет су разматрања у медијацији.

Препоруке

У зависности од ситуација које се могу јавити у пракси, чак и код комбинације неких од модела, поред основних, стандардних препорука за решавање спорова путем медијације, сматра се да би препоручљиво било следеће:

- у поступак медијације укључити све актере доносиоце одлука у вези са реализацијом пројекта, без обзира на то да ли су они у формалној вези са пројектом или не (ова препорука је нарочито важна за модел *outsoruce-инга*);
- уколико медијатору није већ познато, у поступак медијације укључити лице које познаје прилике на различитим ИТ тржиштима, од кога би се очекивало да говори о стандардима очекивања уговарача у односу на конкретном тржиште и модел уговарања;
- у поступак медијације увести обавезне рестрикције у начину разговора између уговарача и то у погледу тзв. речи “окидача”. Најчешћи случај у поступцима медијаце да стране постану нетрпељиве једна према другој и то након вишесатног *shuttle* преговарања само због једне изговорене речи. Практика је показала да извођаче (програмере) нарочито погађа синтагма “не ради”, “нисте направили функционалност”, “лоше решење”, и сл. С друге стране, наручиоци су страшно осетљиви на речи: “нисте ни тражили”, “то што сте Ви очекивали је Ваш проблем”, “речено нам је да урадимо овако”, и сл. Дакле, у поступку медијације у

⁴ “Free trial” је могућност коју даје произвођач да будући корисник користи софтвер одређени временски период и провери да ли му исти одговара. За то време, корисник није у обавези да плати надокнаду за коришћење софтвера. Више видети у: Zhenhua WU; Zhijie LIN; Yong TAN, *Trial and Pricing Strategies of Software Market with Competition and Network Effects*, Октобар 2016.

оваквим врстама спорова обавезно прибећи посебним сесијама, утврдити речи “’окидаче” и увести правила комуникације, по цену прекида медијације у случају кршења правила;

- с обзиром да је споз у вези израде/коришћења софтвера у енергетском сектору, и једној и другој страни мора се на недвосмислен начин указати на степен пажње који су били дужни да имају у виду приликом уговарања. Приступ да је софтвер исти као и сваки други било са једне или друге стране је неприхватљив јер енергетска материја није иста као и друге, већ има специфичан третман у свим правним системима у свету и ставља се у ранг стратешког;

- иако на последњем месту, не и по важности последња препорука јесте да би медијатор обавезно требало да има барем основна знања из области програмирања и да има искуства која проистичу из поступка наручивања софтвера како би на прави начин могао да прати и разуме, на изглед, супорстављене интересе уговарача.

LLD Žarko Dimitrijević, IT Consultant, Mediator
Marko Dimitrijević, Global Procurement Manager Reckitt Benckiser New York
Ksenija Dimitrijević, Lawyer, Mediator

RESOLVING ENERGY-RELATED IT DISPUTES BY MEDIATION

The Republic of Serbia is known in the region as a major IT resolution exporter. A huge number of programmers are in the IT industry that is export oriented. Models of cooperation are generally recognized within the classical outsourcing, but there are also a large number of directly contracted terms, or the development of their own products. The practice shows that there are no favorites of any of the models regarding of creating / resolving IT issues that for the subject have solutions for the energy industry. However, the specificity of the energy matter indicates that the procedure itself of evaluation of mediability, as well as mediation procedure requiring special abilities, special knowledge of a mediator or special approach. The paper presents the recommendations that could be used to quickly resolve the dispute for each of the models.

СОДРЖИНА НА РИМСКИОТ ТЕСТАМЕНТ

UDK:347.67:34013(37)

Review paper

***Abstract:** The main aim of this short review is to give a detailed elaboration of the ancient Roman **testamentum** contents. Therefore, on this occasion an analysis will be made of: **heredis institutio, substitution and codicillus**, which will serve to find the place and the meaning of the aforementioned notions as seen through the prism of the procedure for receiving inheritance and possible consequences which may occur as a result, when some of the obligatory parts of the will, are not included (**testamentum nullum, testamentum infirmatum, testamentum destitutum**). The concluding observations relating to the basic subject of interest, shed light on the indubitable contribution of the Roman law to the legal inheritance concepts over their modern counterparts, but simultaneously, it also explains the fact that inheritance law, in modern times, has undergone significant changes, conditioned by various socio-economic contexts, which explain why, at times, this law seems a bit different than the one we have inherited from ancient Rome.*

***Key words:** testamentum, heredis institution, codicillus.*

Вовед

Имајќи ја во предвид историската заслуга на старите римјани за исклучително раната појава на тестаментот како основа за повикување на наследство која има предност пред т.н. законско или подобро кажано интестатско наследување¹, во оваа прилика, низ призмата на примарните извори на римското право, ќе бидат прикажани составните делови на

* Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ – Скопје.

¹ Авторот се приклонува кон романистите кои преферираат да го користат изразот „интестатско“ наместо „законско наследување“, бидејќи терминот „законско“ може погрешно да упати на евентуално „незаконско“ со кое би се ослувувало тестаменталното

римскиот тестамент (без оглед на тоа за која форма станува збор).

Имено, станува збор за иманентните делови на изјавата на последната волја на оставителот со која се врши распределбата на оставината на неговите наследници, како и за некои тестаментални одредби кои по својата природа не биле задолжителни, но можеле да бидат вклучени во тестаментот заради изричната желба на тестаторот.

Ваквата категоризација на соствните делови, во суштина не носи кон заклучокот дека во оваа прилика, во својство на заклучни согледувања е умесно да се обработат и евентуалните последици врз правното дејство што во иднина го произведувал тестаментот, доколку во него не биле содржани задолжителните делови, или пак имал некакви недостатоци заради кои заинтересираните страни би можеле да се повикуваат на ништовност на некои негови одредби, како и можноста тестаторот во секое време да го отповика својот тестамент

1.Именување на наследник *heredisinstitutio*

Едно познато начело на римското наследно право кое гласи *caput et fundamnetumtotiustestamenti est heredisinstitutio* јасно упатува на заклучокот дека особено старото *iuscivile* строго се држи до правилото, на почетокот на тестаментот да биде сместено токму именувањето на наследник *heredisinstitutio*, сторено во заповедна(импреативна) форма, исклучиво на латински јазик, што во суштина можело да биде и единствена реченица која го прави тестаментот полноважен². Имено, сето она што во тестаментот би било наведено пред именувањето на наследник, се сметало за неважечко³. Gai.2, 229. *Ante heredisinstitutionem inutiliter legatur; scilicet quae testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*

наследување

² Најчесто се употребувале следниве изрази, „*Lucius Titius mihi heres esto*“ или, „*Marcus, filius meus, heres esto*“

Gaius. II.117. *Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO; sed et illa iam conprobata videtur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO; at illa non est conprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque in probatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVTO, item: HEREDEM FACIO*

³ Dig.28.5.1 *Ulpianus libro primo ad Sabinum pr. Qui testatur ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti. Licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit: nam divus Traianus rescripsit posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare. 1. Institutum autem heredem quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus. 2. Mutus et surdus recte heres institui potest. 3. Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: “Lucius*

Легатот пред именувањето на наследник е неважечки, бидејќи тестаментот добива важност од именувањето на наследник

Ваквата определба која за нужен елемент (со можност да биде и единствен) на римскиот тестамент го смета токму именувањето на наследник, ќе се провлекува низ целата историја на римскиот правен поредок, веројатно како рецидив на најстарото сфаќање за наследувањето, пред се како наследување на позицијата на *pater familias*⁴

Меѓутоа, преторската интервенција иако не ги дерогирала правилата на старото, строго и формалистичко римско право, сепак извршило извесни промени, кои покрај содржински биле и во насока на постепено отстапување од придржувањето до строгиот формализам. Како последица на тоа, именувањето на наследник во тестамент можело да биде сторено и со други зборови или изрази, кои не предизвикуваат сомнеж во вистинската волја на тестаторот, односно од кои јасно може да се определи кого тој го именува за наследник. Подоцна, тестаментот можел да биде составен и на друг јазик покрај на латински⁵. Освен напуштањето на формализмот, за полноважни биле и сите одредби кои можеле да бидат дел на тестаментот, а биле поставени пред именувањето на наследник⁶.

Освен веќе наведените правила, за полноважно *heredisinstitutio*, требало во потполност да биде исклучена можноста за евентуална заблуда која оставителот ја има за личноста на наследникот. Имено, *error in persona* можела да биде основ за неполноважност на одредбите за именување на наследник⁷.

Titius mihi heres esto: haec autem scriptura pertinet ad eum qui non perscripturam testatur. Qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: "Lucius heres esto": nam et "mihi" et "Titius" abundat. 4. Si ex fundi fuisset aliquis solus institutus, valet institutio de tracta fundi mentione. 5. Si autem sic scribat: "Lucius heres", licet non adiecerit "esto", credimus plus nuncupatum, minus scriptum: et si ita: "Lucius esto", tantum de iudicimus: ergo et si ita: "Lucius" solummodo. Marcellus non insuaviter non putat hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cum quidam portiones inter heredes distribuisset ita: "Ille ex parte tota, ille ex tota" nec adiecerit "heres esto", rescripsit valere institutionem: quod et Iulianus scripsit. 6. Item divus Pius rescripsit "illa uxor mea esto" institutionem valere, licet deesset "heres". 7. Idem Iulianus "illum heredes esse", non putavit valere, quoniam deest aliquid: sed et ipsa valet sub auditu "iubeo".

⁴ Современите права го напуштаат становиштето дека тестаментот нужно мора да содржи именување на наследник.

⁵ Ваквите промени се врзуваат за Константин и Теодосиј II односно средината на IV и V век. Види I. 2, 20, 34

⁶ Полноважни биле дури и кога именувањето на наследник било ништовно или не можело да се реализира

⁷ Во контекст на сето ова, за неполноважно се сметало и именувањето на наследник ако

Определувањето на наследник, можело да се стори со истовремено користење на правото оставителот да одреди и налог(*modus*) или суспензивен(одложен) услов(*conditio*) од чие исполнување или неисполнување би зависела и полноважноста и реализацијата на *heredisinstitutio*⁸.

Ставот на римското право околу случаите кога именуваниот наследник бил определуван како наследник на определна ствар од оставината, се доведувал во прашање, со оглед на фактот што ваквото именување не можело да се смета за универзална сукцесија. Сепак, за да не се занемари волјата на тестваторот, ваквото именување на наследник се сметало за полноважно, без да се земе во предвид фактот дека на наследникот треба да му припадне определена ствар од оставината⁹. Јустинијановото законодавство ваквото именување го сметало за прелегат.

Именувањето на наследник не секогаш се однесувало на

било сторено со измама (*dolus*) или сила (*vis ac metus*)

⁸Dig 28.5.4 *Ulpianus libro quarto ad Sabinum pr. Suus quoque heres sub condicione heres potest institui: sed excipiendus est filius, quia non sub omni condicione institui potest. Et quidem sub ea condicione, quae est in potestate ipsius, potest: de hoc enim inter omnes constat. Sed utrum ita de iure institutio effectum habeat, si paruerit condicione, an et si non paruerit et decessit? Iulianus putat filium sub eiusmodi condicione institutum etiam, si condicione non paruerit, summotum esse, et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare, donec condicione pareat filius, cum et si patrem intestatum faceret non parendo condicione, proculdubio expectare deberet. Quae sententia probabilis mihi videtur, ut sub ea condicione institutus, quae in arbitrio eius sit, patrem intestatum non faciat. 1. Putorectegeneraliter definiri: utrum in potestate fuerit condicio an non fuerit, facti potestas est: potest enim et haec "si Alexandria pervenerit" non esse in arbitrio per hiemem condicione: potest et esse, si ei, qui a primo miliario Alexandriae agit, fuit imposita: potest et haec "si decem Titio dederit" esse in difficili, si Titius peregrinetur longinquo itinere: propter quae ad generalem definitionem recurrendum est.*

Dig. 28.7.1 *Ulpianus libro quinto ad Sabinum. Sub impossibili condicione vel aliomodo factam institutionem placet non vitari.*

2. Sed et si filio sub condicione, quae in eius potestate est, herede institutus sit substitutusque extraneus, puto vivo filio non exstaturum heredem substitutum, post mortem vero exstaturum, nec necessariam a substituto filii exheredationem, cum et, si fuerit facta, frustra est: post mortem enim filii facta est, quam inutile esse alias ostendimus: opinamur igitur filium, si sit institutus sub ea condicione et sit in eius potestate, non indigere exheredatione a sequentibus gradibus: alioquin et a coherede indigebit.

Рокот (*terminus, dies*) како и резолутивен (раскинувачки) услов не можеле да дојдат во предвид во одредбите на тестаментот.

⁹во случајот на именување повеќе наследници, повторно се почитувал принципот на универзална сукцесија, па сите наследници добивале идеален дел, со тоа што при физичката делба сепак се водело сметка означената ствар да му припадне на наследникот кој бил определен во тестаментот како *heredisinstitutio ex re certa*

определување на едно лице како универзален сукцесор. Постоела можност тестаторот во својот тестамент за наследници да именува двајца или повеќе субјекти. Притоа, распределбата на деловите на оставината зависела од тоа како тестаторот ги именувал наследниците¹⁰. Така, вообичаено при именувањето на наследниците во тестаментот стоела и определбата кому колкав дел треба да му припадне¹¹. Доколку во тестаментот биле само поименично наброени, тогаш се подразбирало дека наследуваат еднакви делови (*sine partibus*).

Ситуацијата во која тестаторот едноставно набројувајќи ги наследниците им доделувал еднакви делови, била едноставна. Сепак постоела можност тестаторот именувајќи наследници да искористи поврзано именување, *coniunctio*, со што определувал дека делот од наследството што евентуално би отпаднал кај некој од наследниците, ќе прирасне кај оној наследник со кој тој бил поврзано именуван¹².

Правилата за прираснување, во случаите на именување на повеќе наследници, се применувале и тогаш кога тестаторот не водејќи сметка за сета оставина, не ја распределил во целост. На деловите на определените наследници прираснувале сразмерно соодветни делови од делот од оставината кој не бил располагаан¹³. Тогаш пак, кога располагајќи со оставината преминал над нејзината вредност, деловите на наследниците сразмерно биле намалувани.

Правилата за акресценција, карактеристични за класичното римско право, како што веќе нотиравме, биле заменети со т.н начело

¹⁰Dig 28.5.88 (87)*Hermogenianuslibro tertio iuris epitomarum. Ex uncis sex primo herede instituto, secundo ex octo, si tertius ex residua parte vel nulla portio nis facta mentione heredis instituat, quinque uncias hereditatis tertius habebit: in viginti quattuor teni impartes hereditate distributatio ratio calculi veluti ex decem partibus instituto quinque uncias adsignabit.*

¹¹Треба да се напомене дека постои разлика во поимањето на идеалните, аликвотни делови на оставината меѓу римското и современото право. Определувањата за, половина, третина и т.н биле врзани за паричната единица *as* која имала 12 *uncia*. Оттука за наследник на цела оставина се велело дека е *heres ex asse*, за половина *heres ex semisse* итн, или тестаторот означувал колку дванаесеттини од оставината им припаѓала на секој од наследниците. треба да се спомене дека во практиката се среќавале и случаи каде поделбата се правела и од дуплиран или триплиран *as*, па на наследниците им биле доделувани 1/24тини или 1/36тини.

¹² Постоеле неколку видови заедничко именување на наследници -*coniunctio re et verbis* (поврзано именувани наследници на ист идеален дел во истата реченица),

-*re tantum coniunctio* (именувани на ист идеален дел, во различна реченица)

-*verbis tantum coniunctio* (именувани во иста реченица, но на различни идеални делови)

Види повеќе Marijan Horvat, op.cit., 145

¹³ Со оглед на римското начело *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*

transmissioIustiniana, според кое секој наследник, интестатски или тестаментален, кој починал пред да го прифати наследството, го пренесувал своето право на наследство на својот наследник, кој пак морал да го прифати во рок од една година¹⁴

Покрај именувањето на наследник, тестаментот можел да содржи и одредба за исклучување од наследство *exhereditio*¹⁵

2.Substitutio, супституции

Како содржина на тестаментот, покрај задолжителното *institutioheredis*,неретко се појавувала и практиката на тестаторот на именуваниот наследник да му определи замена, која би можела да дојде во предвид, ако заради определни услови тој не би ја добил оставината¹⁶. Така, доколку *heresinstitutus*(првиот именуван наследник) заради *casus impotentiae*(кога не можел да ја прифати оставината) или *casus noluntatis*(кога не ја прифатил оставината), не ја добил оставината тогаш во предвид доаѓа *heressubstitutus*(супсидијарниот наследник)¹⁷.

Изричното определување на супституција во крајна линија го задоволувало тестаторовото тежнење кон што побрзо разрешување на прашањето за сукцесија на оставината(со оглед на фактот што врз именуваниот наследник на ваков начин се вршел суптилен притисок што побрзо да го прифати наследството), но и желбата на тестаторот во определни случаи да го избегне интестатското наследување кое би настапило доколку не бил определен супститут¹⁸.

¹⁴ Види С. 6, 30, 19, 1

¹⁵ Dig.28.5.62 (61) *Modestinus libro octavo responsorum Qui volebat filiam exheredare, sic testamentum comprehendit: "Te autem, filia, ideo exheredavi, quoniam contentam te esse dote volui": quaero an efficaciter exheredata sit. Modestinus respondit nihil proponi, cur non esset voluntas testatoris exheredata.*

¹⁶ Dig. 28.5.37 *Iulianus libro 29 digestorum pr: Cum in testamento ita scribitur: "Si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto", duo gradus heredes sunt: nul lo enim casu uterque ad hereditatem admittitur. Ex quo apparet, sine potestate Titius substitutus fuerit et filius patri heres extiterit, non posse Titium una cum filio heredes esse, quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur. 1. Haec verba: "Publius Marcus Gaius invicem substituti heredes mihi sunt" sic interpretanda sunt, ut breviter videretur testator tres instituisse heredes et invicem eos substituisse, perinde ac si ita scripsisset: "Ille et ille et ille instituti heredes et substituti sunt". 2. Qui tres filios habebat et ita scripsit: "Filiis meis heredes sunt: Publius filius meus ex heres esto", videri potest prima parte duos dumtaxat filios heredes instituisse.*

¹⁷ Ante Romac, Rimskopravo. Zagreb: PFZ Biblioteka: Udžbenici skripta 1981, 379

¹⁸ Правната природа на институтот *substitutio* не е спорна. Се работи за определување

Изворите на римското право сведочат за три посебни видови супституции: *substitutio vulgaris*, *substitutio pupilaris* и *substitutio quasipupilaris*.

Редовната, обична или вулгарна супституција во суштина била именување на замена за првоименуваниот тестаментален наследник, доколку тој не станал наследник¹⁹. Ваквата супституција го исклучува супститутот во ситуации кога наследникот станува наследник, но и обратно, го исклучува наследникот, ако се исполнети условите да наследи супститутот.

Gai. 2,174. *Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo: L. Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis quibus scies poterisque. Quod nisi creveris, exheresesto. Tum Mevius heres esto cernitoque in diebus centum.*

Честопати правиме два или повеќе степени на наследници на овој начин: L. Titius нека биде наследник и треба да го прифатиш наследството во рок од сто дена од дознавањето. Ако не го прифатиш, изнаследен си. Тогаш Mevius нека биде наследник и треба да прифати во рок од сто дена.

Пупиларната супституција е овластувањето на *pater familias*, на својот малолетен потомок (*impuber*) во тестаментот да му определи супсидијарен наследник кој би ја наследил оставината доколку првоименуваниот наследник не стане полнолетен пред да умре. Меѓутоа, со оглед на тоа што во практиката честопати се јавувале и случаеви во кои потомокот не само што не станал полнолетен пред својата смрт (како би можел и самиот да состави тестамент), туку и воопшто не станал наследник (починал пред таткото или *postumus* воопшто не се родил), класичните правници биле судрени со „проблематичната двојна природа“ на пупиларната супституција како институт. Дилемата се состоела во тоа

суспензивен услов, кој како што погоре видовме е можен во тестаментот како еднострано правно дело

¹⁹ Dig. 28.6. *Modestinus librose secundopandectarum pr. Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio. 1. Heredis substitutio duplex est aut simplex, veluti: "Lucius Titius heres esto: si mihi Lucius Titius heres non erit, tunc Seius heres mihi esto": "Si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit, tunc Gaius Seius heres mihi esto". 2. Substituere liberis tam heredibus institutis quam ex heredis possimus et tam eum, quem heredem nobis instituimus, quam alterum. 3. Substituere liberis pater non potest nisi si heredem sibi instituerit: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.*

Во случај да умрел пред тестаторот или да не го прифатил наследството. За вулгарна супституција се сметале и случаите кога: тестаторот двајцата именувани наследници реципрочно ги определувал како супститути еден на друг; кога именувал супститут на првиот супститут, супститут на вториот супститут итн како и кога на неколкумина свои наследници именувал еден супститут.

што требало да се заземе став дали пупиларната супституција во себе секогаш ја консумира и вулгарната или не, бидејќи очигледни се двете одвоени наследувања во ваков случај. Имено, се работи за преоѓање на наследството од таткото на синот, а во исто време преоѓање на оставината на синот²⁰ на определениот пупиларен супститут²¹.

Како резултат на потребата да бидат избегнати практичните проблеми кои се јавувале во ваквите случаи, класичното право предвидувало формула во која јасно биле одвоени вулгарната и пупиларната супституција²².

Крајната цел на *pater familias* со користењето на пупиларна супституција е очигледна. Исклучување на можноста оставината да се подели *ab intestato*.

Gai. 2, 179. *Liberis nostris in pueribus quos in potestate habemus, non soluit aut supra diximus substituere possumus, id est ut si heredes non extiterint, alius nobis heres sit; sed eo amplius, ut etiam si heredes nobis extiterint et adhuc in pueres mortui fuerint, sit is aliquis heres.*

На нашите недораснати деца под власт можеме да им одредиме заменик не само на погоре опишаниот начин, односно ако не станат наследници, друг нека ни биде наследник, туку дотолку повеќе, ако ако ни станале наследници и умреле како недораснати, нека им биде некој друг наследник

Substitutio quasipupilaris, своите корени ги влече од времето кога била поеребна посебна царска дозвола со која се овозможувало

²⁰ оттука произлегува дека таткото, преку поставување на пупиларен супститут, располагал со оставината на неговиот син, сочинета од делот што го наследил од него, но и она што го стекнал во текот на својот живот на некој друг начин.

Dig. 28.5.55 (54) *Neratius libro primo membranarum Pater filio impuberi servum heredem substituit liberumque esse iussit: eum pupillus vendidit Titio: Titius eum iam primo testamento facto in secundo testamento liberum heredemque esse iussit. Superius testamentum Titii ruptum est, quia is servus et heres potest esse et, ut superius testamentum rumpatur, sufficit a posteriori factum esse, ut aliquo casu potuerit ex eo heres existere. Quod ad vim autem eius institutionis pertinet, ita se res habet, ut, quamdiu pupillo ex ea substitutione heres potest esse, ex Titii testamento liber heresque sit ac si pupillos substitutus non fuisset: si pupillo heres exstitit, propius est, ut Titio quoque, si velit, heres esse possit.*

²¹ Пупиларниот супститут се сметал за вулгарен кога потомокот починал пред тестваторот или кога посмртчето воопшто не се родило.

²² *titius filius meus mihi heres esto. (institutio heredis) Si filius meus mihi heres non erit siue heres (substitutio vulgris) erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto (substitutio pupilaris) Gai. 2, 179*

определување на наследник на лица кои заради својата душевна болест имале ограничена или воопшто немале деловна способност, па според тоа немале *testamentifacioactiva*.

Својот конечен облик го добила дури во Јустинијановото законодавство, кога на *paterfamilias*, мајката или некој друг предок (во својство на тастатор) им била дадена можност да определат супститут на душевно болно лице кое не било способно да составува тестамент. Ваквата одредба во тестаментот престанувала да важи во моментот на излекувањето на душевно болното лице²³

3. *Codicillus*, кодицил

Покрај *heredisinstitiosubstitutiones*, во извесна смисла, како дел од содржината на тестаментот, можело да дојде и т.н мало писмо кое било приложено кон тестаментот *codicillitestamentarii*.

Ваквото писмо во суштина било дополнително неформално, молбено барање на оставителот, упатено на наследниците или легатарите, а во корист на трети лица кои не биле дел од тестаменталното располагање. Во содржината на кодицилот никогаш не можело да дојде во предвид именување на наследник, заради што битно се разликува од тестаментот. Најстарите кодицили содржеле фидеикомиси, но класчното право, проширувајќи ги можностите предвидело и манумисии, легати па и определување на тутори и тн.

Еден од условите за полноважност на кодицилот било *testamentifacioactiva*, исто како кај тестаментот, но без потреба од почитување на некоја посебна форма²⁴.

Се до времето на правното санкционрање, извршувањето на одредбите на кодицилот, зависело исклучиво од волјата на наследниците

²³ Споредбата со пупилараната супституција (од каде и го влече својот назив) се состои токму во тоа што постоела можност да се исполни условот именуваниот наследник самостојно да составува тестамент. Во првиот случај со настапување на полнолетството, а во вториот со излекување на болеста.

²⁴ Одредбите за почитување на формата како услов за полноважност меѓу тестаментот и кодицилот со текот на времето се повеќе се приближувале, со оглед на фактот што постепено се напуштал строгиот формализам за составување на тестамент. Сепак, за правовалиден кодицил биле потребни пет сведоци (наместо седумте кај тестаментот) и кодицилот можел да биде конвалидиран во случај оставителот без *testamentifacioactiva* дополнително да ја стекнел (ваква конвалидација на тестамент не била можна)

на кои биле упатени. Со давањето на правна заштита започнале да се разликуваат два основни вида на кодицил: *codicilli abintestato*²⁵ и *codicillitestamentarii*²⁶.

*Оставителот имал можност да состави и два или повеќе кодицили, кои би можеле да датираат од различни периоди, но сите биле правовалидни освен во случаите кога подоцнежниот му противречи во одредбите на поранешниот*²⁷.

Дополнително осигурување за тестваторот дека во секој случај ќе биде испочитувана неговата последна волја, била т.н кодициларна калаузула, со која се предвидувала конверзија. Така, во тестаментот можело да се предвиди дека доколку од било кои причини би бил неполноважен, нека биде квалификуван како кодицил. Ваквата практика продолжила и за време на Јустинијан, кога и без посебна клаузула, неважечкиот тестамент се сметал како кодицил.

Заклучок

Римското класично право, покрај останатите својства, на тестаментот отсекогаш му го придавал атрибутот на отповикливост. Токму ваквата можност за тестваторот значела временски неограничено право, тоа да го стори секогаш кога би сакал.

Притоа старото *ius civile* предвидувало можност за отповикување на тестаментот, само тогаш кога тестваторот сакал да состави нов тестамент, во иста строга форма како и претходниот. Сепак, ваквата практика била напуштена кога за валидно отповикување на тестамент се сметале дејствијата со кои оставителот јасно и недвосмислено покажувал дека сака да ја промени изјавата на последната волја. Тоа најчесто го правел со откинување на печатите, кршење на таблиците, пречктрување на одредбите или кинење на писмениот тестамент, како и со изјава, дадена пред тројца сведоци или пред надлежен орган, со која го отповикува

²⁵ Тогаш кога не постоел тестамент, ваквото неформално писмо им било упатувано на интестаските наследници, со што оставителот ја користел можноста за извесна корекција на интестацијат според своја волја

²⁶ Во два облика *codicillitestamentarii confirmati* (кодицил потврден во тестаментот) *codicillitestamentarii non confirmati* (кодицил кој не бил потврден во тестаментот). Ниваната правовалидност била врзана за правовалидноста на самиот тестамент

²⁷ За важечки се сметал поновиот

својот усен тестамент²⁸.

Покрај правото на тестаторот на некој од веќе наведените начини за отповикување на тестаментот, тој можел да не предизвикува правно дејство заради некои свои недостатоци, кои биле предвидени како суштински според правилата за составување тестамент.

За *testamentum nullum* или ништовен се сметал тестаментот кој од самиот почеток (уште во моментот на неговото составување) имал недостатоци во поглед на неисполнување на условите пропишани за формата, содржината или не постоеле материјално-правните претпоставки за сочинување тестамент. Така тестаментот на оставителот кој немал активна тестаментифакција во моментот на составувањето, па се до моментот на смртта, се сметал за ништовен исто како и тестамент при чие составување не се водело сметка за строго пропишаната форма²⁹ и задолжителната содржина³⁰.

Gai. 2, 123. *Qui filium in potestate habet, curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim ex herede, alioquin sine eius silentio praeterierit, inutiliter testabitur.*

Кој има син под власт, треба да внимава или да го именува за наследник или поименично да го изнаследи: во спротивно, ако молкум го заобиколил, тестаментот е ништовен...

За разлика од ништовниот тестамент, кај неважечкиот причината која доведувала до тоа, не постоела во моментот на сочинување. Раѓањето на посмртче кое би било *suu heres, adrogatio* како *matrimonium cum manu* доведувале до *testamentum ruptum*³¹.

²⁸ Gaius. II. 144. *Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur; nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere poterit: ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse aut uiuotestatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit aut per cretio nem exclusus fuerit aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate, [quibus casibus pater familias intestatus moritur: nam] et prius testamentum non ualeat ruptum a posteriore, et posterius aequenullas iures habet, cum ex eo nemo heres extiterit.*

²⁹ Број на сведоци, користење на точно предвидена формула

³⁰ Нужно било *heredis institutio*

³¹ Исто се нарекувал и споменатиот отповикан тестамент. Dig. 28.3.0. *De iniustorupto irritato facto testamento.* 28.3.1 *Papinianus libro primo definitionum* Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteritus est: aut rumpitur a iure testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis: aut in irritum constituitur non ad iure hereditate. 28.3.2 *Ulpianus libro secundum ad Sabinum* Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel iure militari sit factum vel in eoscriptum est qui ab intestato venire potest:

Testamentum irritum пак станувал тестаментот чиј тестатор доживеал *capitis deminutio* или станал лице *alieni iuris*.

Извесна сличност во правната последица, со случаите кога тестаментот се сметал за ништовен или неважечки, имала и ситуацијата кога и покрај сите исполнети услови за полноважност, тестаментот не го произвел очекуваното правно дејство. Имено, ако никој од тестаменталните наследници во согласност со својата волја, или независно од неа, не го прфатиле наследството, изостанал преносот на правата и обврските на наследниците, таквиот тестамент се нарекувал *testamentum destitutum*.

На неважноста на римските тестаменти се однесувала и една одредба од посткласичниот период, која поддржувајќи го ставот дека треба да се постави временска рамка во која би важел еден тестамент, тој рок го врзувал за 10 години. Измените во Јустинијановото законодавство, дозволувале старите тестаменти да може да се отповикаат со изјава пред сведоци или пред овластени органи. Сметајќи дека човековата волја е променлива, римјаните доследно го почитувале правото на отповикување на тестаментот, засилувајќи го со фактот што тестаторот ниту доброволно не можел да се откаже од тоа.

tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur.

ODOVORNOSTI POMORSKOG PRIJEVOZNIKA ZA ŠTETU ZBOG SMRTI I TJELESNE OZLJEDE PUTNIKA

UDK:347.426.4/.6:347.795.4
Original research paper

UVOD

Potreba formiranja jedinstvenih pravnih standarda u području odgovornosti pomorskog prijevoznika za štetu zbog smrti i tjelesnih ozljeda putnika¹ već je dugi niz godina predmet rada raznih institucija koji se bave unifikacijom propisa pomorskog prava². Trenutno stanje ne zadovoljava suvremene potrebe tržišta i standarde zaštite putnika. U globalnoj međunarodnoj plovidbi primjenjuje se Atenska konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem iz 1974.³ i njezin Protokol iz 1976. koji ne pružaju dostatnu zaštitu putniku, najviše zbog temelja odgovornosti po kojoj odgovara pomorski prijevoznik i niskih iznosa naknade štete za odgovornosti zbog STOP-a u odnosu na ostale grane prava. Iako su u međuvremenu doneseni Protokoli iz 1990. i najnoviji iz 2002.⁴ istima nisu pristupile mnoge države ugovornice Atenske konvencije.

Navedenu situaciju nastojala je barem djelomično urediti Europska Unija donošenjem tzv. „trećeg pomorskog sigurnosnog paketa“⁵ kojima se

* Docent Pravnog fakulteta Osijek, Republika Hrvatska.

¹ Nastavno “odgovornost za štetu zbog STOP”.

² Najznačajnija od njih je Međunarodna pomorska organizacija (engl. International Maritime Organization – IMO), specijalizirana organizacija UN-a osnovana Konvencijom UN-a 1948. Sjedište joj je u Londonu. Ima isključivo savjetodavnu ulogu, a dokumenti i zaključci koje donosi nisu obvezni za države dok ih vlada dotične države ne prihvati. Cilj i svrha organizacije jest razmjena informacija između vlada te njihova suradnja u pomorskim pitanjima, briga o sigurnosti na moru, te izrada i pomaganje u izradi normi koje se odnose na sigurnost te uklanjanje diskriminacije i nepotrebnih ograničenja na moru koje uvode pojedine vlade. Organizacija saziva i priprema razne konvencije i međunarodne konferencije te pomaže u postizanju sporazuma u pitanjima mora. Preuzeto sa službene stranice IMO-a: <http://www.imo.org/Pages/home.aspx>, posljednji put pregledano 12.06.2013.

³ Nastavno: Atenska konvencija

⁴ Nastavno: Protokol iz 2002. godine

⁵ Tzv. „Treći sigurnosni paket EU“ u kontekstu rada odnose se na propise koji reguliraju

u regionalnu plovidbu u slučaju odgovornosti za štetu zbog STOP-a država članica implementiraju rješenja Protokola iz 2002. i IMO Rezerve i Smjernice za implementaciju Atenske konvencije⁶. Navedeni paket sadržajno ne inkorporira da su se EU članice obvezale Protokolom iz 2002. na međunarodnoj razini jer je ta odluka u nadležnosti država članica, dakle postignuta je samo regionalna unifikacija.

Sukladno postojećim promjenama zbog članstva u Europskoj Uniji, Republika Hrvatska je implementirala i tzv. treći pomorski sigurnosni paket. Iako se za sada još se nije obvezala Protokolom iz 2002., godine u Europskoj uniji postoji konsenzus oko njegovog prihvaćanja. Uslijed navedenih trendova pooštavanja granica odgovornosti kao i visine naknade štete u odnosu na specifičnost pomorskog prava gdje pomorski prijevoznik odgovara prema načelu dokazane, a samo iznimno prema načelu pretpostavljene krivnje, situacije su s kojom se danas susrećemo, te je realno očekivati daljnje tendencije k pooštavanju i izjednačavanju istih s ostalim granama prometa. Stoga će i Republika Hrvatska⁷ kao zemlja koja teži povećanju opsega pomorskog prijevoza, a osobito turizma, morati ući u trku sa konkurencijom te ponuditi prihvatljivija pravna rješenja, a sve s ciljem uspostave efikasnije pravne zaštite i sigurnosti putnika.

Kroz rad je dan presjek pravne regulative za odgovornost za štetu zbog STOP-a na način da se izlaganjem osnovnih pojmova o ugovoru o prijevozu putnika morem nastoji odgovoriti na moguće situacije u praksi, a temeljem kojih može nastati ugovorna i izvanugovorna odgovornost za štetu zbog STOP-a. Važna distinkcija u odnosu na druge grane prometa je i postojanje isključenja odgovornosti uslijed postojanja egzoneracijskih razloga kao i ograničenja te odgovornosti do određenih iznosa po putniku/putovanju ili štetnom događaju, a u određenim slučajevima kada je pomorski prijevoznik ujedno i brodovlasnik postoji i globalno ograničenje odgovornosti tj. u odnosu na ukupnost svih šteta na jednom brodu.

Naime, sama činjenica da pomorski prijevoznik može, ali i ne mora biti

odgovornost za štetu zbog STOP-a: Uredba EC 392/2009 od 23. travnja 2009., Uredba 1177/2010 o pravima putnika koji se prevoze morem i unutarnjim plovnim putovima i Direktiva 2009/20/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o osiguranju brodara za pomorske tražbine. Najnovijom novelom Pomorskog zakonika implementirane su odredbe koje su u skladu sa Uredbom Vijeća br. 392/2009 o odgovornosti pomorskog prijevoznika za putnike u slučaju nezgode i Direktiva 2009/20/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o osiguranju brodara za pomorske tražbine. Cf.čl.1.a. Zakon o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika NN br.56 1141/2013.

⁶ IMO Rezerva i Smjernice za implementaciju Atenske konvencije iz 2002.godine, nastavno: IMO Smjernice.

⁷ Pomorski zakonik NN broj 181/2004, 76/2007, 146/2008, 61/2011, 56/2013, nastavno: Pomorski zakonik.

brodovlasnik, odnosno brodar utječe na ograničenje odgovornosti za štetu zbog STOP-a koji je ujedno i brodovlasnik, a da se pritom propisi koji ju uređuju međusobno ne isključuju nego nadopunjuju i time dovode pomorskog prijevoznika koji je ujedno i brodovlasnik u znatno bolji pravni položaj od pomorskog prijevoznika koja nije brodovlasnik. Dakle, granice odgovornosti pomorskog prijevoznika koji je ujedno i brodovlasnik uređuju se „globalno i objektivno“, tj. obzirom na kapacitet broda, a granice odgovornosti pomorskog prijevoznika koji nije brodovlasnik pojedinačno odnosno „po broju putnika“ te se time položaj putnika se znatno otežava.

Obzirom na postojanje velikih odstupanja u međunarodnoj i domaćoj plovidbi nužno je što prije ujednačiti temelje odgovornosti za štetu zbog STOP-a, na način da bi Republika Hrvatska pristupanjem Protokolu iz 2002. godine barem djelomično ujednačila ovu pravnu regulativu i povisila standard zaštite sukladno trenutnim visokim zahtjevima sigurnosti uslijed sve češćih napada na sigurnost putnika za vrijeme prijevoza.

2. UGOVOR O PRIJEVOZU PUTNIKA MOREM

2.1. Pojam i bitni elementi ugovora o prijevozu putnika morem

Sukladno Pomorskom zakoniku, ugovor o prijevozu putnika morem⁸ je ugovor kojim se pomorski prijevoznik obvezuje prevesti putnika brodom, a putnik se obvezuje da će za to platiti prevozninu⁹. Iz navedene definicije proizlazi da su bitni elementi ugovora put, putnik i prevoznina¹⁰, no unatoč tomu za pitanje postojanja odgovornosti pomorskog prijevoznika, prevoznina nije relevantana jer prijevoznik odgovara i za besplatan prijevoz putnika, tj. ako nije plaćena prevoznina.¹¹

⁸ Nastavno: „ugovor o prijevozu“

⁹ Čl. 599.st.1.Pomorskog zakonika cf. Pavić Drago, Pomorsko imovinsko pravo, Književni krug Split 2006. „str. 267. Atenska konvencija definira ugovor o prijevozu putnika kao ugovor koji sklapa prijevoznik (dakle ne navode se obje ugovorne strane već samo prijevoznik) ili u čije ime taj ugovor sklapa za prijevoz putnika ili prijevoz putnika i njegove prtljage morem, ovisno o slučaju.

¹⁰ Put i putnik spadaju u stvarno, a prevoznina u pravno bitan element ugovora o prijevozu putnika. Ugovor o prijevozu putnika je neformalan i može se sklopiti pismeno i usmeno pa izdavanje putne karte nije obvezatno. Nepostojanje, neispravnost ili gubitak putne karte ne utječe na postojanje, valjanost i sadržaj ugovora o prijevozu, a time i na moguću odgovornost za smrt ili tjelesnu ozljedu. Oboriva je predmnijeva da sadržaj putne karte odgovara sklopljenom ugovoru. Putna karta može glasiti na ime ili na donositelja.

¹¹ Čl.612.st.2. Pomorskog zakonika: „Odredbe Zakonika o odgovornosti prijevoznika za smrt ili tjelesne ozljede putnika primjenjuju se i kad se prijevoz obavlja besplatno., Za ostale

Dakle, odgovornost za štetu zbog STOP nastaje kad pomorski prijevoznik ne ispuni svoju glavnu obvezu iz ugovora o prijevozu putnika da uredno, bez zakašnjenja i prekida, preveze putnika od polazišta do odredišta i to bez povrede putnikova tjelesnog integriteta¹² za vrijeme prijevoza.

U domaćoj plovidbi¹³ odgovornost prijevoznika za štetu zbog smrti i tjelesnih ozljeda putnika¹⁴ regulirana je Pomorskim zakonikom¹⁵ i supsidijarno Zakonom o obveznim odnosima¹⁶, a u međunarodnoj plovidbi¹⁷ Atenskom konvencijom o prijevozu putnika i njihove prtljage morem, iz 1974. sa pratećim Protokolima 1976., 1990. i 2002.

odgovornosti na temelju besplatnih ugovora o prijevozu primjenjivale bi se odredbe općeg građanskog prava.

¹² Uvjetno se kao sporedne obveze pojavljuju obveze prehrane putnika, zabava na brodu no one nisu nužne za izvršenje prijevoza. Glavna obveza putnika je platiti prevozninu, te poštivati red na brodu i upute članova posade, ne ugrožavati brod, stvari i druge osobe na brodu -sporedne obveze

¹³ Čl.9. Pomorskog zakona definira pomorsku kabotažu za prijevoz putnika između hrvatskih luka. Pomorska kabotaža uključuje obalnu kabotažu tj. prijevoz putnika ili robe morem između luka koje se nalaze na kopnu bez pristajanja na otocima, te otočnu kabotažu tj. prijevoz putnika i robe morem između luka na kopnu i luka na jednom ili više otoka, luka na otocima.

¹⁴ Prijevoz prtljage u praksi se uvijek odvija istodobno sa prijevozom putnika, no pravno gledano riječ je o dva odvojena ugovora. Stoga se i pitanje odgovornosti pomorskog prijevoznika razdvaja.

¹⁵ Čl. 598.-633. Pomorski zakonik, Narodne novine br. 181/04, 76/07, 146/08 i 61/1. Odredbe su u skladu sa Atenskom konvencijom o prijevozu putnika i njihove prtljage morem iz 1974., te pratećim Protokolima iz 1976. i 1990., te Uredbom Vijeća br. 392/2009 o odgovornosti pomorskog prijevoznika za putnike u slučaju nezgode i Direktiva 2009/20/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o osiguranju brodara za pomorske tražbine. Cf.čl.1.a. Zakon o izmjenama i dopunama Pomorskog zakonika NN br.56 1141/2013.

Podrobnije: Marin J., Ugovori o prijevozu putnika i prtljage morem, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005.

¹⁶ Čl. 694.-698. Zakon o obveznim odnosima, Narodne novine br. 35/05, 41/08 i 125/11.

¹⁷ Nastavno „međunarodna plovidba“ označava prijevoz putnika i prtljage u međunarodnoj plovidbi i nacionalnoj plovidbi brodovima klase A i B kako su definirani Direktivom 2009/45/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća o sigurnosnim pravilima i normama za putničke brodove, primjenjuje se Uredba 392/2009 Europskoga parlamenta i Vijeća o odgovornosti prijevoznika u prijevozu putnika morem u slučaju nesreća. Navedeno je bitno razlikovati jer se na prijevoz putnika i prtljage brodovima koji ne spadaju u klasu A i Bi u domaćoj plovidbi primjenjuju odredbe Pomorskog zakonika.

Tablica 1. Propisi koji reguliraju odgovornost za štetu zbog STOP-a

<p>A. Međunarodna plovidba</p>	<p>I. Osnovna skupina¹⁸:</p>	<p>1. Međunarodna konvencija za izjednačenje nekih pravila o prijevozu putnika morem, iz 1961;</p>	<p>2. Atenska konvencija o prijevozu putnika i njihove prtljage morem, iz 1974. sa pratećim Protokolima 1976., 1990. i 2002.,</p>
	<p>II. Dopunska skupina¹⁹</p>	<p>1. Međunarodna konvencija o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih brodova, iz 1957.²⁰, sa Protokolima iz 1957., i 1979. godine</p>	<p>2. Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine, iz 1976. godine²¹, sa Protokolom iz 1996. godine²².</p>
<p>B. Domaća plovidba</p>	<p>Pomorski zakonik-lex specialis</p>	<p>Zakon o obveznim odnosima-lex generalis</p>	<p>RH: Atenska konvencija, Protokol 1976. i 1990.+ IMO Smjernice</p>
<p>C. Europska Unija</p>	<p>Uredba 392/2009²³</p>	<p>Uredba 1177/2010²⁴</p>	<p>Direktiva 2009/20/EZ Europskoga parlamenta i Vijeća od 23. travnja 2009. o osiguranju brodara za pomorske tražbine²⁵</p>

¹⁸Republika Hrvatska je pristupila Protokolima 1976. i 1990. Nije pristupila Protokolu Atenske konvencije iz 2002. godine koji pooštrava sustav odgovornosti tako što razdvaja slučajeve kada je šteta posljedica «pomorskih nezgoda» (brodolom, sudar, nasukanje, eksplozija, požar, mana broda) od ostalih uzroka štete. Ako je šteta posljedica neke od pomorskih nezgoda, tada prijevoznik odgovara objektivno do iznosa od 250 000 SDR. Za štetu koja prekoračuje taj iznos odgovara na temelju pretpostavljene krivnje do iznosa od 400 000 SDR. Ako šteta nije posljedica pomorske nezgode, temelj odgovornosti je dokazana krivnja, a granica je 400 000 SDR. Podrobnije: J. Marin, Ugovori o prijevozu putnika i prtljage morem, o.c., str. 51.-66.

2.2. Ugovorne strane i druge osobe

Ugovorne strane iz ugovor o prijevozu putnika su putnik²⁶ i pomorski prijevoznik²⁷. Odgovornost za štetu zbog STOP-a osim prijevoznika tj. osobe koja je sklopila ugovor o prijevozu, solidarno s prijevoznikom i to u pogledu dijela prijevoza koji obavljaju odgovaraju i stvarni prijevoznik. To je osoba različita od prijevoznika koja može biti vlasnik broda, naručitelj ili bilo osoba

¹⁹Treba spomenuti i Međunarodnu konvenciju za izjednačenje nekih pravila koja se odnose na ograničenje odgovornosti vlasnika pomorskih brodova, iz 1924. kojom je obvezano samo devet zemalja (Belgija, Brazil, Dominika, Mađarska, Malgaška Republika, Poljska, Portugal, Španjolska i Turska), a od kojih samo Brazil i Mađarska nisu potpisali niti jednu drugu konvenciju za ograničenje odgovornosti za slučaj odgovornost za štetu zbog STOP.

²⁰ Nastavno: Konvencija iz 1957.

²¹Nastavno: Konvencija iz 1976., Republika Hrvatska je ugovornica navedene Konvencije od dana 02. ožujka 1993. NN, Međunarodni ugovori, br. 2/1992

²²Podrobnije Marin J., op.cit. 27-76. Autor upućuje na tekst navedenih propisa v. Grabovac I., Hrvatsko pomorsko pravo i međunarodne konvencije, Književni krug, Split, 1995.

²³Regulation (EC) No 392/2009 of the european parliament and of the council of 23 April 2009 on the liability of carriers of passengers by sea in the event of accidents (Text with EEA relevance), [2009] OJ L 131, str. 24. Uredba (EC) 392/2009 implementira rješenja Atenske konvencije iz 2002. i IMO Rezerve i smjernica u pravo EU. EU je pristupila Protokolu iz 2002., ali on još nije stupio na snagu. Uredba se primjenjuje od trenutka kada EU postane stranka Atenske konvencije ili najkasnije od 31.12.2012. Primjenjivati će se na svaki međunarodni prijevoz i prijevoz unutar države članice za određene brodove, tj. svaki međunarodni prijevoz i prijevoz unutar države članice za određene brodove (A i B brodovi prema Direktivi 918/18/EC, uz prijelazni period; C i D brodovi: sačiniti propis do 30.6.2013.) ako brod vije državu članice ili je u njoj upisan; ili je ugovor sklopljen u državi članici; ili je luka ukrcaja ili iskrcaja, prema ugovoru, u državi članici

²⁴Regulation (EU) No 1177/2010 of the european parliament and of the council of 24 November 2010 concerning the rights of passengers when travelling by sea and inland waterway and amending Regulation (EC) No 2006/2004 (Text with EEA relevance), [2010] OJ L 334, str. 1-16.

²⁵Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the insurance of shipowners for maritime claims, [2009] OJ L 131, str. 128. Directive 2009/20/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the insurance of shipowners for maritime claims, [2009] OJ L 131, str. 128.

²⁶ Čl.598. t.4. Pomorskog zakonika. Putnik je osoba koja se prevozi brodom na temelju ugovora o prijevozu putnika ili koja prati vozilo ili žive životinje koje se prevoze na temelju ugovora o prijevozu stvari. On je obvezan platiti prevozninu no obveznik plaćanja prevoznine može biti i druga osoba koja se na to obvezala iako nije putnik.

²⁷ Nastavno pod pojmom pomorski prijevoznik misli se na prijevoznika definiranog čl.598. st.1.Pomorskog zakonika: „Prijevoznik je osoba koja sklapa ugovor o prijevozu ili u čije se ime taj ugovor sklapa, bilo da on sam stvarno obavlja prijevoz bilo da ga obavlja preko stvarnog prijevoznika.“

koja iskorištava brod koji stvarno obavlja prijevoz u cijelosti ili samo dio prijevoza²⁸.

Prijevoznik odgovara za štetu koju prouzroče osobe koje rade za prijevoznika i to samo ako se radi o štetnim radnjama počinjenima za obavljanja dužnosti. Prijevoznik za svoga djelatnika odgovara samo u onim situacijama u kojima je isti stvarno počinio određenu štetu. Za razliku od prijevoza stvari, kod prijevoza putnika i odgovornosti prijevoznika za rad njegovih radnika i zastupnika, irelevantna je činjenica je li pogreška radnika, odnosno zastupnika, koja je prouzročila štetu, komercijalna ili nautička pogreška.

Ako se prijevoz obavlja uz sudjelovanje više prijevoznika, za štetu zbog smrti i tjelesne ozljede putnika odgovaraju solidarno prijevoznik koji je ugovorio prijevoz i prijevoznik za čijega se prijevoza zbio štetni događaj. To pravilo vrijedi bez obzira na to je li ugovorom o prijevozu prijevoznik koji je taj ugovor sklopio s putnikom bio ovlašten koristiti usluge drugih prijevoznika (izravni prijevoz) ili je ugovorni prijevoznik, koristeći svoju zakonsku ovlast, povjerio dio ili čitav prijevoz drugom prijevozniku (stvarnom prijevozniku).²⁹ Između ugovornog i ostalih prijevoznika koji doista izvršavaju prijevoz postoji međusobno pravo regresa u pogledu iznosa koji je netko od njih isplatio putniku na ime naknade štete zbog smrti i tjelesne ozljede putnika.

2.3. Zastara

Kod ugovora o prijevozu putnika morem tražbine s naslova odgovornosti za štetu zbog STOP zastarijevaju nakon dvije godine, te nije predviđena mogućnost produljenja roka³⁰. Na početak tijeka zastarnog roka primjenjuju se odredbe Pomorskog zakonika kao *lex specialis* u odnosu na Zakon o obveznim odnosima, pa se tako početak tijeka zastarnog roka računa kod:

- tjelesne ozljede nastale za vrijeme prijevoza putnika od trenutka

²⁸ Ibid.čl.598.st.1.,2.,3. cf.čl.5.t.32. Pomorskog zakonika. Prijevoznik koji stvarno obavlja prijevoz u cijelosti ili djelomično je stvarni prijevoznik ili, u mjeri u kojoj prijevoznik stvarno obavlja prijevoz Brodar je osoba koja je posjednik broda i nositelj plovidbenog pothvata, s tim što se pretpostavlja, dok se ne dokaže suprotno, da je brodar osoba koja je u upisniku brodova navedena kao vlasnik broda

²⁹ Članci 652.-656. Pomorskog zakonika.

³⁰ Pomorski zakonik ne propisuje mogućnost produljenja roka kod Ugovora o prijevozu putnika i prtljage morem, takva mogućnost predviđena je samo za ugovore o iskorištavanju broda, dok Atenska konvencija priznaje dva načina produljenja zastarnog roka i to ugovorom stranaka i izjavom vozara.

iskricaja putnika³¹;

- slučaju smrti putnika u tijeku prijevoza kada vrijeme zastare počinje teći od dana kad je brod stigao ili trebao stići u luku u kojoj se putnik namjeravao iskrcati³²;
- slučaju tjelesne ozljede putnika koja se dogodila u tijeku prijevoza, a zbog koje je nastupila smrt poslije iskrcaja kada zastarni rok počinje teći od dana smrti putnika.

Tužba za naknadu štete zbog STOP se mora podnijeti u roku od tri godine od dana iskrcaja inače se gubi pravo na naknadu štete³³. Ovaj je rok stoga prekluzivan, a ne zastarni rok kao u Atenskoj konvenciji, što ima za posljedicu gubitak prava na naknadu štete općenito, a ne samo sudskim putem. Naime, obveza bi prema pravilima obveznog prava nakon proteka roka zastare postala naturalna, tj. ne bi prestala nego ju se ne bi moglo utužiti, što znači da bi dužnik i dalje imao pravo primiti ispunjenje³⁴. Pomorski zakonik ne sadrži odredbe o zastoju i prekidu zastarijevanja u pogledu tražbina za slučaj smrti i tjelesne ozljede putnika pa se supsidijarno se primjenjuju odredbe čl. 381-393. Zakona o obveznim odnosima.

Sukladno Protokolu iz 2002.godine određeno je da se zastoj i prekid zastarijevanja uređuju prema pravu države suda koji odlučuje o sporu ali ni u kojem slučaju tužba se ne može podnijeti nakon proteka roka od pet godina od iskrcaja putnika ili kada se iskrcaj trebao obaviti, ovisno što je kasnije ili ako prije proteke

³¹ Kao *lex generalis* ne primjenjuje se čl. 361., Zakona o obveznim odnosima koji kaže da zastarijevanje počinje teći prvog dana poslije dana kada je vjerovnik imao pravo zahtijevati ispunjenje obveze ako zakonom za pojedine slučajeve nije što drugačije propisano.

³² Razlike u odredbama Pomorskog zakonika i Atenske konvencije se odnose na trenutak početka računanja zastarnog roka u slučaju smrti putnika koja je nastala u tijeku prijevoza. Atenska konvencija propisuje da se tada vrijeme zastare računa „od dana iskrcaja“ ili „od dana kada se iskrcaj trebao izvršiti ovisno o tome što je kasnije“. Dok bi primjena odredbe Pomorskog zakonika „dan kan kad je brod trebao stići u luku u kojoj se putnik namjeravao iskrcati“ bila moguća samo kada brod u tu luku nije uopće stigao.“ Op. cit. bilj. Branko Jakaša: Sistem plovidbenog prava Jugoslavija treća knjiga, Ugovori o iskorištavanju brodova, Zagreb, 1980., str. 209.

³³ Članak 673., st. 5., t. 2. Pomorskog zakonika. Podrobnije o zastari: J. Marin, op.cit., str. 20.-25. Zastara tražbina za štete zbog STOP uređena je Pomorskim zakonikom i Atenskom konvencijom o prijevozu putnika i njihove prtljage morem iz 1974. godine v. Marina J, op. Cit. Str. 38-40. područje primjene Atenske konvencije., 1.7.1.

³⁴ Podrobnije Marin J., op.cit. str. 22 Na prekluzivne rokove sud pazi po službenoj dužnosti, a na zastaru samo na prigovor stranaka. Ovo je vjerojatno bila pogreška, a ne namjera zakonodavca jer ako se uzme u obzir nepostojane odredaba takvog tipa u Konvenciji iz 1961. i Atenskoj konvenciji iz 1974. Atenska konvencija i Konvencija iz 1961. zabranjuje da se podnese tužba nakon roka od tri godine, no to ne utječe na gubitka prava na naknadu štete.

od roka od tri godine od dana kada je tužitelj doznao ili je razumno morao doznati za ozljeđu, gubitak ili oštećenje prouzročeno nesrećom.

Zastoj i prekid zastarijevanja uređeni su pravilima obvezno prava pa tako zastoj zastarijevanja³⁵ kod odgovornosti za štetu zbog STOP-a nastupa s obzirom na određene osobe kod osoba na vojnoj dužnosti za vrijeme mobilizacije, rata ili ratne opasnosti, među supružnicima, roditeljima i djecom, štićenikom i starateljem, osobama koje žive u izvanbračnoj zajednici, osobama zaposlenim u domaćinstvu prema poslodavcu i članovima poslodavčeve obitelji te u takvim slučajevima zastara ne teče sve dok traje radni odnos.

Posebno se čim zanimljivom odredba o tzv. “nesavladivim preprekama“ zbog kojih vjerovnik ne može sudskim putem zahtijevati ispunjenje obveza. Odluka o tome je li prepreka za vjerovnika bila savladiva je prepuštena diskrecijskoj ocjeni suda. Smatra se, u teoriji i praksi, da bi u krug takvih prepreka ulazili razlozi kao što su to:³⁶obustava rada suda, rat, epidemije, elementarne nepogode, zakonom predviđen moratorij na plaćanje dugova, bolest vjerovnika i druge nesavladive prepreka koje « onemogućuju konkretnog vjerovnika da zbog takvih okolnosti osobno zahtijeva ispunjenje dužnikove obveze sudskim putem.

Važno je istaknuti da zastara ne može nastupiti prije zakonom predviđenog vremena u slučaju kada je vjerovnik maloljetna ili poslovno nesposobna osoba bez zastupnika. U tom slučaju zastara ne može nastupiti dok ne proteknu dvije godine od kada je vjerovnik postao poslovno sposoban, odnosno dobio zastupnika. Drugi slučaj kada zastara ne može nastupiti prije zakonom predviđenog roka je kad postoji tražbina prema osobi koja je na odsluženju vojnog roka ili na vojnoj vježbi. Zastara ovih tražbina ne može nastupiti dok ne proteknu tri mjeseca od odsluženja vojnog roka, odnosno prestanka vojne vježbe.“

Prekidom zastarijevanja se smatra priznanje duga od strane dužnika³⁷ i podizanje tužbe od strane vjerovnika kao i svaka druga radnja protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim tijelom, poduzetom radi utvrđivanja, osiguranja ili ostvarenja potraživanja, uz uvjet da vjerovnik ne odustane li od tužbe ili radnje, te njegova tužba ili zahtjev ne budu odbačeni odnosno poduzeta mjera poništena.

³⁵ Zakon o obveznim odnosima

³⁶ Podrobnije Marin J., op.cit. str. 25.

³⁷ Konkludentnim radnjama dužnika se također može priznati dug, dok šutnja dužnika na vjerovnikov zahtjev da mu nadoknadi dug ne znači priznanje.

III. ODGOVORNOST ZA ŠTETU ZBOG SMRTI I TJELESNE OZLJEDE PUTNIKA

U okviru će ovog dijela seminarskog rada biti govora o odgovornosti prijevoznika u vezi s nastalom štetnog događaja čije su posljedice smrt i tjelesne ozljede putnika.

3.1. Temelj odgovornosti prijevoznika

Prijevoznikova odgovornost za štetu zbog STOP može biti ugovorna i izvanugovorna.³⁸ Stoga za štete nastale za vrijeme prijevoza u odnosu na putnika prijevoznikova odgovornost je ugovorna budući da je osnova njihova međusobnog odnosa ugovor, a prijevoznik je prekršio svoje obveze iz tog ugovora, dok će bez obzira je li sklopljen ugovor o prijevozu pomorski prijevoznik odgovarati izvanugovorno ako je do štete došlo izvan vremena prijevoza, tj. samo onda kada se radi o tjelesnoj ozljedi putnika ili ako za štetu zbog smrti putnika odgovara osobama koje nisu s njime sklopile ugovor, a trpe štetu zbog smrti putnika.

U domaćoj plovidbi, pomorski prijevoznik odgovara prema načelu dokazane krivnje, a u slučaju „pomorske nezgode“ odgovara prema principu pretpostavljene krivnje. Potonji temelj odgovornosti primjenjuje se kod pomorske nezgode tj. brodoloma, sudara, nasukanja, eksplozije, požara i mana broda kada se šteta nadoknađuje prema putniku i putovanju.

U međunarodnoj plovidbi se primjenjuje tzv. treći pomorski sigurnosni paket koji je Republika Hrvatska implementirala posljednjim promjenama Pomorskog zakonika iz svibnja 2013. godine³⁹. Na navedene slučajeve pomorske nezgode (+prevrnuće) primjenjuje se objektivni temelj odgovornosti. Pomorski prijevoznik tada odgovara bez obzira na krivnju i to po putniku i štetnom događaju⁴⁰, a ukoliko šteta nije posljedica pomorske nezgode prijevoznik odgovara prema principu dokazane krivnje⁴¹, s tim da države

³⁸ Grabovac Ivo, *Prijevozno ugovorno pravo Republike Hrvatske*, književni krug Split, 1999., str. 107. „Očuvanje tjelesnog integriteta uključuje prijevoznikovu obvezu da putniku osigura minimum prikladnog prostora na brodu, pa i davanje hrane na dužim relacijama (na putovanjima koja traju više dana).“

³⁹ V.bilj.5.

⁴⁰ Važno je upozoriti na činjenicu da je po jednom putovanju moguće više štetnih događaja, pa je i u tom pogledu pooštrena odgovornost prijevoznika.

⁴¹ „Opt-out klauzulom je uvedena mogućnost da države stranke zadrži ili uvede više granice odgovornosti (ili neograničenu odgovornost) u slučaju prijevoznika koji su pod jurisdikcijom svojih sudova.“ preuzeto sa: <http://www.imo.org/about/conventions/listofconventions/pages/>

mogu ugovoriti i opt-out klauzulu tj. neograničenu odgovornost pomorskog prijevoznika.

3.2. Obujam odgovornosti

Pomorski zakonik nema izričitih odredbi o obujmu naknade štete pa se supsidijarno primjenjuju odredbe Zakona o obveznim odnosima⁴² temeljem kojeg oštećenik ima pravo na naknadu materijalne štete u slučaju smrti, a posebno u slučaju tjelesne ozljede ili oštećenja zdravlja i nematerijalnu štetu.

U slučaju smrti nadoknađuju se uobičajeni troškovi pogreba, troškovi liječenja od zadobivene ozljede, drugi potrebni troškovi u vezi s tim liječenjem, izgubljena zarada za vrijeme liječenja (od dana zadobivene ozljede do dana smrti), izgubljeno uzdržavanje osobama koje je poginuli uzdržavao i osobama koje su po zakonu imale pravo zahtijevati uzdržavanje, izgubljeno pomaganje, itd.

U slučaju tjelesne ozljede ili narušavanja zdravlja, nadoknađuju se troškovi liječenja, drugi potrebni troškovi u vezi s tim liječenjem, izgubljena nesposobnosti za rad za vrijeme liječenja, izgubljena zarada zbog potpune ili djelomične nesposobnosti za rad, trajno povećane potrebe oštećenika te uništena ili smanjena mogućnost oštećenikovog razvoja ili napredovanja, itd. Popis materijalnih šteta nije taksativan.

Oštećenik ima pravo na naknadu obične (stvarne) štete i izmakle koristi⁴³. Načelo "potpune naknade"⁴⁴ koje se u ovom slučaju primjenjuje predstavlja naknadu koju određuje sud u svoti koja je potrebna da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kojem bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propusta bez obzira je li riječ o ugovornoj i izvanugovornu odgovornost za štetu zbog STOP, na način da je ovo opće pravilo limitirano posebnim pravilom Pomorskog zakonika o ograničenju prijevoznikove (brodarove) odgovornosti⁴⁵.

S naslova nematerijalne štete može se potraživati naknada za fizičke bolove, duševne bolove zbog smanjenja životne aktivnosti, duševne bolove zbog naruženosti, duševne bolove zbog smrti bliske osobe, duševne bolove zbog naročito teškog invaliditeta bliske osobe i strah. Na vrste i obujam šteta

athens-convention-relating-to-the-carriage-of-passengers-and-their-luggage-by-sea-(pal).aspx, zadnji puta pregledano 14.06.2013.

⁴² Nastavno: ZOO

⁴³ J. Marin kao primjer navodi izmaklo uzdržavanje ili izmakla zarada, str. 16.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Infra 3.3.

koje se nadoknađuju u slučaju smrti i tjelesne ozljede putnika primjenjuju se odredbe Zakona o obveznim odnosima.⁴⁶

3.3. Ograničenje i isključenje odgovornosti prijevoznika

Pomorski prijevoznik ne odgovara se za čitavu štetu nego samo do propisanih granica, uz uvjet da ne postoji razlog za gubitak prava na ograničenje. To vrijedi za izvanugovornu i ugovornu odgovornost. Granica odgovornosti prijevoznika za štete zbog smrti i tjelesne ozljede putnika određuje se vremenski i vrijednosno gdje postoji sustav općeg (globalnog) ograničenja odgovornosti i sustav pojedinačnog ograničenja ugovorne odgovornosti tj. po putniku, putovanju/štetnom događaju.

Vremensko ograničenje znači da je putnik osim opsega i iznosa štete dužan dokazati da se smrt ili tjelesna ozljeda putnik dogodila za vrijeme putovanja tj. dok je putnik na brodu ili za vrijeme ukrcavanja i iskrcavanja, te za vrijeme "sporednog prijevoza".⁴⁷

Vrijednosno ograničenje predstavlja najviši iznos do kojeg odgovara pomorski prijevoznik. Pojedinačno određeno ograničenje s obzirom na subjektivni element predstavlja najviši iznos do kojeg odgovara pomorski prijevoznik, a određuje se s obzirom na sve zahtjeve putnika koji istaknu zahtjev za naknadu štete. Tako pojedinačno određene granice "po putniku i putovanju/u međunarodnoj plovidbi po putniku i štetnom događaju" dodano se ograničavaju ukoliko je pomorski prijevoznik ujedno i brodovlasnik/brodar kada ima pravo na dodatna objektivna ograničenja s obzirom na kapacitet broda⁴⁸ pa tada govorimo o globalnom ograničenju tj. s obzirom na kapacitet broda⁴⁹.

Temeljem Pomorskog zakonika u domaćoj plovidbi maksimalni iznos do kojeg odgovara pomorski prijevoznik je 175 000 SDR⁵⁰ po putniku i putovanju,

⁴⁶ Članci 346. te 1093.-1106. Zakona o obveznim odnosima. Podrobnije: J. Barbić i dr: «Naknada štete u primjeni novog Zakona o obveznim odnosima», Narodne novine, Zagreb, 2005.

⁴⁷ Detaljnije o vremenu prijevoza Barbić Jakša, Udžbenik plovidbenog prava, II izdanje, Narodne novine, Zagreb, 1983., str. 292.

⁴⁸ Infra v. 3.3. o odnosu propisa o odgovornosti prijevoznika i propisa o odgovornosti brodovlasnika i brodarar.

⁴⁹ Infra v.3.4.

⁵⁰ SDR (eng. special drawing rights) je posebno pravo vučenja koje se sporazumom članica Međunarodnog monetarnog fonda iz 1974. godine, zlato se prestalo koristiti kao mjerilo vrijednosti jer je zbog krize na burzama izgubilo svojstvo sigurnog i stabilnog mjerila vrijednosti. Umjesto zlata uveden je SDR. Služi kao mjera veličine nacionalnog gospodarstva i količina do koje MMF može privremeno otkupiti nacionalnu valutu radi uravnoteženja bilance plaćanja pojedine članice. SDR se koristi i u trgovačkom te pomorskom pravu. Kod potonjeg je važan kod odgovornosti te naročito za institut ograničene odgovornosti za pomorske

a prijevoznik i putnik mogu izričito i pisano ugovoriti viši iznos ograničenja. Dakle, ukupna svota odštete ne može biti veća od propisane granice od 175 000 SDR čak i ako se tužba za naknadu štete zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika podnosi protiv više osoba (npr. prijevoznika, stvarnog prijevoznika, osoba koje za njih rade) jer granica odgovornosti vrijedi za ukupne tužbene zahtjeve svih vjerovnika u vezi sa smrću, odnosno tjelesnom ozljedom jednog putnika, bez obzira zasnivaju li se ti zahtjevi na ugovornoj ili izvanugovornoj odgovornosti.

Ako se tužba podnosi protiv osoba koje rade za prijevoznika, a te su osobe djelovale u okviru svojih dužnosti na brodu, u pogledu ograničenja njihove odgovornosti kao i u pogledu njihova ponašanja zbog kojeg gube povlasticu ograničenja, na odgovarajući se način primjenjuju odredbe Pomorskog zakonika o odgovornosti prijevoznika. Jedino se na te osobe neće primjenjivati eventualne više granice odgovornosti koje mogu ugovoriti prijevoznik i putnik.

Dodatno ograničenje, primjenjuje se u pogledu ukupnog zbroja tražbina svih putnika koji su pretrpjeli štetu u istom događaju. Pravo na dodatno ograničenje ima uz brodarka, vlasnik broda, naručitelj prijevoza iz brodarkog ugovora, osobe koje rade za brodarka i osiguratelj. Tada je visina do koje odgovaraju u domaćem prijevozu 175 000 SDR x broj putnika koje je brod ovlašten prevoziti, a u međunarodnom prijevozu je 46 666 SDR x broj putnika koje je brod ovlašten prevoziti, ali najviše do 25 milijuna SDR⁵¹.

U međunarodnoj plovidbi⁵² primjenjuju se rješenja Atenske konvencije iz 2002. godine uz mogućnost stavljanja rezervi iz IMO Smjernica. Tada pomorski prijevoznik u slučaju pomorske nezgode odgovara do iznosa od 250 000 SDR po putniku i štetnom događaju bez obzira na krivnju, tj. na temelju objektivne odgovornosti. No ukoliko šteta prelazi iznos od 250 000 SDR, za iznos do 400 000 SDR, prijevoznik odgovara prema načelu pretpostavljene krivnje ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivnje, namjere ili nepažnje. Tada je teret dokazivanja na prijevozniku. Države članice mogu ugovoriti i više granice odgovornosti od 400 000 SDR ili uvesti uz mogućnost primjene *opt-out* klauzule⁵³ tj. neograničenu odgovornost za štete u slučaju STOP-a.

tražbine. Vrijednost SDR-a se određuje na temelju dnevnog prosjeka srednjih vrijednosti četiriju svjetskih valuta - tzv. košarica valuta (eng. "currency basket"): dolara, eura, jena i funti. Vrijednost SDR-a najčešće iznosi 1,5 USD-a., detaljnije: Pavić, Drago: Pomorsko imovinsko pravo, Književni krug, Split, 2006.

⁵¹ Direktiva 2009/20 o osiguranju odgovornosti brodovlasnika za pomorske tražbine.

⁵² V.bilj.18.

⁵³ Novina uveden Protokolom iz 2002. je i obvezno osiguranje odgovornosti za štete zbog STOP u iznosu od 250 000 SDR (obaveza prijevoznika koji stvarno izvršava čitav prijevoz ili

Ukoliko šteta nije posljedica pomorske nezgode pomorski prijevoznik sukladno Protokolu iz 2002. godine odgovara prema principu dokazane krivnje kada je propisana granica odgovornosti 400 000 SDR po putniku i štetnom događaju uz mogućnost primjene *opt-out* klauzule. Direktiva 392/2009 u odnosu na Protokol 2002. godine uvodi mogućnost stavljanja rezerve na granicu odgovornosti za “ratne rizike” do 250 000 SDR po putniku i događaju ili najviše 340 000 000 SDR po brodu i događaju ili s obzirom na maksimalan broj od 1360 putnika ovisno što predstavlja manji iznos s tim da u navedenim granicama mora postojati i obvezno osiguranje za ratne rizike. Važna novina je da je Protokolom iz 2002. uvedeno obvezno osiguranje prema načelu objektivne krivnje za štetu u slučaju smrti i tjelesne ozljede u iznosu od 250 000 SDR-a, te da se mijenja definicija stvarnog prijevoznika koji uključuje i osobu koja samo djelomično obavlja prijevoz, ali je stoga svejedno obveznik prethodno spomenutog obveznog osiguranja, te mogućnost direktne tužbe protiv osiguratelja u slučaju iste.

Općenito i za domaću i međunarodnu plovidbu važno je upozoriti da bi ugovaranje manje svote prije nastupanja slučaja koji je prouzročio smrt ili tjelesnu ozljedu putnika, a čija je svrha oslobođenje prijevoznika odgovornosti prema putniku ili određivanje niže granice odgovornosti od one utvrđene Pomorskim zakonikom, ili oslobođenje prijevoznikova tereta dokazivanja bilo ništavo.

Ukupna svota odštete koja se može postići u okviru svih ugovornih i izvanugovornih tužbi podnesenih na osnovi odgovornosti za štetu zbog smrti ili

dio prijevoza, svjedodžba, kontrola), direktna tužba protiv osiguratelja radi naknade štete zbog STOP, visina obveznog osiguranja je granica osigurateljeve odgovornosti, osiguratelj može koristiti sva prava koja ima njegov osiguranik, osim likvidacije i stečaja, uključujući i *wilful misconduct* obranu. Uslijed navedenih novina pojavile su se zapreke prihvaćanja navedenog Protokola iz 2002. godine zbog odgovornost za štetu koja je prouzročena terorizmom i ratnim rizicima uopće (... rat, revolucija, pobuna, neprijateljstva, ustanak, zapljena broda, torpediranje broda, miniranje, terorizam, konfiskacija). Stoga su donesene IMO rezerve i Smjernice za implementaciju Atenske konvencije iz 2002. godine. Navedene rezerve su sporne je se odnose na neke rezerve koje uopće nisu niti propisane Atenskom konvencijom. Propisuju mogućnost prihvaćanja Protokola iz 2002. godine na način da se granica odgovornosti za “ratne rizike” (250 000 SDR po putniku i događaju; ili 340 000 000 SDR ukupno po brodu i događaju) uz primjenu nižeg iznosa uz ograničenje do maksimalno 1360 putnika na način da u navedenim granicama mora postojati i obvezno osiguranje za ratne rizike. Mogućnost uvođenja rezerve na posebno uređenje odgovornosti i osiguranja za ratne rizike i za ne-ratne rizike. Rizici koji mogu biti “nepokriveni” ili ograničenog osiguravateljnog pokrića: (odnosi se i na ratne i na ne-ratne rizike) na štete od djelovanja radioaktivnih supstanci, kemijskog, biološkog, biokemijskog i elektromagnetskog oružja, štete od “kompjuterskog” terorizma. Predviđena je i mogućnost rezerve za ratne rizike tj. ugovaranje automatskog prestanka osigurateljnog pokrića u slučaju ratnog sukoba pet supersila.

tjelesne ozljede putnika je ograničena. Ako se tužba podnosi protiv više osoba (npr. prijevoznika, stvarnog prijevoznika i osoba koje rade za prijevoznika) ukupna svota odštete ne može biti veća od propisane granice⁵⁴.

Tražbine za štetu zbog smrti i tjelesne ozljede putnika, uperene protiv vlasnika, broдача, zakupaca ili poslovođa, osigurane su pomorskim privilegijom. U hrvatskoj brodovlasnik za te tražbine odgovara stvarno pravno – brodom u vezi s kojim je tražbina nastala⁵⁵, dok su u anglosaksonskim državama pitanja pomorskog privilegija procesne prirode.

Prijevoznik gubi pravo korištenja povlasticama ograničenja odgovornosti ako se dokaže da je šteta nastala zbog radnje ili propusta koji je prijevoznik počinio, bilo u namjeri da prouzroči štetu bilo bezobzirno znajući da bi šteta vjerojatno mogla nastati⁵⁶. Protokol iz 2002.godine uvodi i egzoneracijske razloge isključenja odgovornosti prijevoznika ako je nezgoda je posljedica rata, neprijateljstva, građanskog rata ili izuzetne, neizbježne i nesavladive prirodne pojave ili je nezgoda je u cijelosti prouzročena radnjom ili propustom treće osobe učinjenima s namjerom da se prouzroči šteta. Prema Protokolu i dalje vrijedi opće pravilo umanjavanja odgovornosti zbog krivnje ili neuobičajenog ponašanja putnika. Prijevoznik gubi povlasticu ograničenja odgovornosti ako se dokaže da je šteta nastala zbog radnje ili propusta koji je prijevoznik počinio, bilo u namjeri da prouzroči štetu bilo bezobzirno znajući da bi šteta vjerojatno mogla nastati.

III.4. Odnos propisa o odgovornosti prijevoznika i propisa o odgovornosti brodovlasnika i broдача ⁵⁷

Uzmimo da je putnik u turističkoj agenciji sklopio ugovor o prijevozu morem, a stvarni prijevoznik će kao treća stanka tj brodovlasnik izvršiti prijevoz. U slučaju potraživanja naknade štete zbog STOP-a na turističku agenciju kao pomorskog prijevoznika ne bi se primjenjivale dodatne povlastice koje uživa brodovlasnik.

Takvo pravno uređenje posljedica je činjenice da je pravni položaj osobe koja je prijevoznik tj. osobe koja je s putnikom sklopila ugovor o prijevozu u odnosu na

⁵⁴ Izraz broдар ovdje uključuje vlasnika broда, naručitelja prijevoza u broдарskom ugovoru, poslovođu, spašavatelja i osiguratelja odgovornosti te sve osobe koje rade za broдача.

⁵⁵ čl. 241.st. 1. t. 2. Pomorski zakonik

⁵⁶ Prijevoznik kod ugovora o prijevozu putnika morem mora dokazati da je brod bio sposoban za plovidbu tijekom cijelog putovanja dok kod ugovora o prijevozu tereta mora samo dokazati da je brod bio sposoban za plovidbu samo do početka putovanja.

⁵⁷ Za potrebe dijela rada izraz „brodovlasnik“ obuhvaća i izraz „broдар“ po uzoru na odgovarajuće međunarodne konvencije.

stvarnog prijevoznika tj. broдача⁵⁸ gori od pravnog položaja odgovorne osobe koja je brodovlasnik jer se radi o odgovornosti osobe koja je sklopila ugovor o prijevozu, odnosno koja taj ugovor izvršava i koja je i vlasnik broda ili koja ima kontrolu nad brodom. Dakle samome brodovlasniku je u interesu da se navedeno putovanje dobro završi jer se služi svojom imovinom i ima puno veći ulog od turističke agencije koja je tu samo posrednik. S obzirom na to dodatno svojstvo, pravni sustav priznaje dodatnu „povlasticu globalnog ograničenja odgovornosti“⁵⁹, a otežava mogućnost tužitelja da u cijelosti nadoknadi štetu zbog smrti ili tjelesne ozljede putnika.

Granica odgovornosti brodovlasnika za štete zbog STOP-a određena je obzirom na osnovicu koja se unaprijed zna (kapacitet broda, odnosno maksimalni broj putnika koji je ovlašten prevoziti) i ne ovisi o subjektivnom elementu kao što je slučaj kod ukupne odgovornosti prijevoznika, budući da iznos ukupne odgovornosti prijevoznika ovisi o subjektivnom elementu, odnosno o broju putnika koji istaknu zahtjev za naknadu štete. Dakle, granice odgovornosti brodovlasnika uređuju se „globalno“, tj. po brodu, a granice odgovornosti prijevoznika uređuju se pojedinačno odnosno „po putniku i putovanju“⁶⁰.

U odnosu na brodovlasnika mjerodavne su osim Konvencije iz 1961. i Atenske konvencije iz 1974. ne mijenjaju prava i obveze prijevoznika koji je vlasnik broda u smislu Konvencije iz 1957. i Konvencije iz 1976. godine. Odnos ovih konvencija izričito je ustanovljen odredbom članka 8 Konvencije iz 1961. odnosno članka 19. Atenske konvencije na način da se oštećenik može susresti s dva ograničenja odgovornosti štetnika. Osim ograničenja iz Atenske konvencije, prijevoznik (stvarni prijevoznik) koji je ujedno i brodovlasnik može se koristiti i povlasticom globalnog ograničenja iz Konvencije iz 1957. odnosno 1976. godine vrijedi i za prava i obveze radnika ili zastupnika prijevoznika, odnosno stvarnog prijevoznika.⁶¹

⁵⁸ Prijevoznik može biti i neka turistička agencija koja s putnikom sklopi ugovor o prijevozu. Brodovlasnika može stvarno izvršiti prijevoz i na taj način postati stvarni prijevoznik na kojeg će se primjenjivati Atenska konvencija, ali i konvencije o ograničenju odgovornosti brodovlasnika.

⁵⁹ Op.cit.J. Marin, str.68.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Prve konvencije koje uređuju ovu materiju su bile Međunarodna konvencija u ujednačenje određenih pravila o ograničenju odgovornosti vlasnika ponekih putova, iz 1924. godine, Međunarodne konvencije o ograničenju odgovornosti vlasnika pomorskih brodova iz 1957. godine, Konvencije o ograničenju odgovornosti u pomorske tražbine, iz 1976. (dalje Konvencija iz 1976.). Navedeni odnos dana s većinom regulira Konvencija o prijevozu putnika - Konvencije iz 1961. i Atenska konvencija iz 1974. Godine u slučaju kada se primjenjuje

IV. ZAKLJUČAK

Trend pooštrenja temelja i granica odgovornosti pomorskog prijevoznika za štete zbog STOP vidljiv je u međunarodnoj, a time posredno i nacionalnoj plovidbi. Specifičnost pomorskog prava u odnosu na druge grane prometa očituje se zbog temelja odgovornosti prema kojoj pomorski prijevoznik odgovara temeljem dokazane krivnje, a samo iznimno temeljem pretpostavljene krivnje. Treba naglasiti da se i tada prijevoznikova odgovornost može isključiti ili ublažiti ukoliko dokaže da je do smrti ili tjelesne ozljede putnika u cijelosti ili djelomično došlo krivnjom putnika ili njegovim ponašanjem koje se ne može smatrati uobičajenim.

Takvo pravno uređenje polako postaje prošlost i svjedoci smo unifikacije kako na regionalnoj razini tako i općenito ujednačavanjem temelja i granica odgovornosti pomorskog prijevoznika sa prijevoznicima iz drugih grana prava, a osobito zračnog prijevoza.

Najnovijim Protokolom Atenske konvencije iz 2002. godine uvode se visoke granice odgovornosti prijevoznika za smrt i tjelesnu ozljedu. Prema njemu u iznimnim slučajevima je uvedena mogućnost odgovornosti po principu kauzaliteta, koji se već duže vrijeme primjenjuje u drugim granama transportnog prava. Sukladno predstojećim promjenama na tržištu i članstvu u EU Republika Hrvatska je bila primorana unificirati i implementirati treći pomorski sigurnosni paket, dok se pristupanje Protokolu iz 2002. godine tek očekuje.

Slijedom navedenog, realno je očekivati daljnje pooštrenje temelja i granica prijevoznikove odgovornosti, a time i povišenje cijena pomorskog prijevoza putnika. U vremenima kada su život i tjelesni integritet putnika uslijed učestalih nemira i terorističkih napada u svijetu ugroženi više no ikada u povijesti visoki standardi zaštite su prije svega potreba u odnosu na očuvanje konkurentnosti pomorskog prijevoznika na tržištu

neka konvencija o prijevozu putnika, a odgovorna osoba iz ovih konvencija je jedno i osoba koja potpada pod izraz "brodovlasnik" iz Konvencije 1957., odnosno Konvencije iz 1976. godine.



IURIDICA PRIMA

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

Меѓународна научна конференција
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2018

*Реформи во правото:
Чекор поблиску до владеењето на правото*

10-13 мај 2018 Охрид

Конференцијата и издавањето на зборниците го помогнаа:
Мали хидро електрани, Прима МК, Нотарска комора на РМ, Комора на извршители на РМ, Кнауф, Витаминка, Ацибадем Систина, Аполонија, Адвокатско друштво Апостолски, Кожувчанка, Виктор Павлов, Мит груп, Анизор, Адвокатско друштво Наков и Бошков, извршител Крум Коцарев, нотар Зорица Пулејкова, нотар Ѓоко Николов, нотар Наде Палиќ, нотар Марјан Коцевски, извршител Советка Георгиева, извршител Данче Поп Чортова Ѓеоргиева, адвокат Ване Андреев.

Институтот IURIDICA PRIMA изразува голема благодарност до нашите пријатели за нивната несебична поддршка за развојот на правната наука и реформите во правото.

FIAT IUSTITIA ET PEREAT MUNDUS!