



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***

8



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*

8

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 an 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 scholl 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*

8

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 Scineces, 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

8.1. Проф. др Небојша Ранђеловић Др Жељко В. Лазић Мр Мартин Матијашевић ПРЕПОЗНАВАЊЕ И РЕАГОВАЊЕ НА ДИСКРИМИНАЦИЈУ У ПОЛИЦИЈСКОМ ПОСТУПАЊУ.....	11
•	
8.2 Красимир Влахов Д-р Михаил Малчев ЗАКОНОДАТЕЛНАТА РЕФОРМА НА РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛЕН 51 ОТ ЗАКОНА ЗА НАСЛЕДСТВОТО - като гаранция за уеднаквяване на спорната съдебна практика по приложението ѝ.....	31
8.3. Проф. д-р Тони Ѓоргиев М-р Гоце Стоиловски ПРЕКУ ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА ИЛИ КОНТРОЛАТА НА УМОТ ДО НОВ СВЕТ ЗА СИТЕ.....	49
8.4. Dr. Sanja Gongeta EUROPSKI ZAKONODAVNI OKVIR MEĐUBANKOVNIH NAKNADA ZA PLATNE TRANSAKCIJE PUTEM KARTICA.....	59
8.5. Проф. д-р Зоран Јовановски НЕГАТИВНИТЕ СТРАНИ НА ГЛОБАЛИЗАЦИЈАТА.....	71
8.6. Д-р Билјана Каровска-Андоновска РЕФОРМИТЕ ВО СИСТЕМОТ ЗА СЛЕДЕЊЕ НА КОМУНИКАЦИИТЕ НАСПРЕМА ПРЕПОРАКИТЕ ВО ИЗВЕШТАЈОТ НА ПРИБЕ.....	85
8.7. Д-р Орде Ѓорѓиоски ПРЕПОРАКИ ЗА КРЕИРАЊЕ ПРАВНА РАМКА ЗА ЕФЕКТИВНА „БОРБА“ СО ДОЦНЕЊЕТО ВО ПЛАЌАЊЕТО НА ПАРИЧНИТЕ ОБВРСКИ.....	99

8.8. Др Марија Тасић МЕЃУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА МАЊИНСКИХ АКЦИОНАРА У СВОЈСТВУ СТРАНИХ ИНВЕСТИТОРА.....	117
8.9. Д-р Илија Руменов СТАНДАРДИТЕ НА ХАШКАТА КОНФЕРЕНЦИЈА ЗА МЕЃУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО И ЕУ ПОВРЗАНИ СО ПРЕКУГРАНИЧНАТА НАПЛАТА НА ИЗДРШКА СО ОСВРТ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА.....	133
8.10. М-р Марјан Коцевски ПОТРЕБИТЕ ОД ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА АКТУЕЛНИОТ ЗАКОН ЗА НОТАРИЈАТ.....	149
8.11. Марија Драгићевић ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА ЗАПОСЛЕНИХ И КАНДИДАТА ЗА ЗАПОСЛЕЊЕ.....	163
8.12. Александра Васић О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ УГОВОРА О ЛИЗИНГУ.....	189
8.13. М-р Александар Јовановски ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАТОЦИ НА ЈАВНОТО ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО.....	207
8.14. Катарина Живановић, LL.M ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ УСМЕРЕНА НА ОДУГОВЛАЧЕЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА – ХАРМОНИЗАЦИЈА ДОМАЋЕГ ЗАКОНОДАВСТВА СА НОРМАМА МЕЃУНАРОДНОГ ПРАВА УЗ ПРИКАЗ ПРАКСЕ УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	219
8.15. Миња Блажић Павићевић, LL.M ПОВРЕДА ПРАВА НА ОДБРАНУ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА.....	237
8.16. Sanja Mišević ARBITRARNOST SUDSKIH ODLUKA KAO UGROZA VLADAVINI PRAVA U HRVATSKOJ – DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA.....	251

8.17. Жељко Кршић	
СВЈЕДОК САРАДНИК ПРАВОСУЂА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA.....	271
8.18. М-р Илија Манасиев	
ЗАДОЛЖИТЕЛНА НАСПРОТИ ДОБРОВОЛНА МЕДИЈАЦИЈА ВО ТЕОРИЈАТА И ПРАКСАТА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА.....	289
8.19. Проф. д-р Ангел Ристов	
ЗАШТИТА НА ПРАВАТА НА ДОВЕРИТЕЛИТЕ ВО МАКЕДОНСКОТО НАСЛЕДНО ПРАВО: ДЕКОР ИЛИ ЧЕКОР КОН ВЛАДЕЕЊЕТО НА ПРАВОТО.....	303

Др Небојша Ранђеловић*
Др Жељко В. Лазић**
Мр Мартин Матијашевић***

ПРЕПОЗНАВАЊЕ И РЕАГОВАЊЕ НА ДИСКРИМИНАЦИЈУ У ПОЛИЦИЈСКОМ ПОСТУПАЊУ

UDK: 351.74:316.647.82(497.11)

Original research paper

Апстракт: Прелазак са државноцентрично оријентисаног приступа безбедности у којем је главни циљ био заштита државне безбедности, на хуманоцентрично оријентисан приступ безбедности, повлачи са собом и измењену улогу субјеката система националне безбедности. Службе безбедности, војска и полиција више нису органи који се само старају за заштиту националне безбедности и сузбијање криминала, већ они данас имају знатно ширу и већудруштвену одговорност и значај. Припадници и припаднице система националне безбедности данас морају поседовати мултидисциплинарна знања, они су заштитници, неко ко треба да саслуша, посаветује, разуме проблеме грађана и грађанки. Посебно у раду полиције са најширим слојевима грађана и грађанки успостављају се различити односи и просто је неопходно да службеници и службенице полиције имају знања која ће им омогућити да препознају и реагују на угрожавање или појаву дискриминацију. Централни део рада обухвата анализу полицијског система Републике Србије са акцентом на концепт полиције у заједници и концепт људске безбедности као проактиван приступ у решавању проблема дискриминације. У овом истраживању разматрају се кривична дела са повећаним ризиком од дискриминације, пре свега, насиље у породици, трговина људима, кривична дела против полних слобода, изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпеливости, насиље и недолучно понашање на спортским приредбама. Надамо се да ће чланак „Препознавање и реаговање на дискриминацију у полицијском поступању“ помоћи читаоцима да „обују туђе ципеле“, тј. да разумеју проблеме других и разумеју различитости,

* Редовни професор, Правни факултет, Универзитет у Нишу

** Доцент, Академија за националну безбедност, Београд

*** Асистент, Факултет безбедности, Универзитет у Београду

којих ће увек бити у друштву и које чине друштво богатијим.

Кључне речи: поступање, полиција, дискриминација, људска права, слобода.

Уводна разматрања

Етимолошки посматрано корен речи „полиција“, потиче од грчке речи полис, политеиа, што означава управу града, државу, устав.¹ У самом корену речи може се видети да је циљ полиције од својих најранијих дана била владавина закона.² Једну од првих модерних дефиниција полиције дао је Мауби (R. I. Mawby), још давне 1885. године, по којем је полиција „онај део друштвене организације који се непосредно брине око одржавања доброг поретка, превенције и откривања повреда тог поретка.“³ Управо како Пол Валери (Paul Valery) истиче „полиција је најбоља слика друштва“.⁴ Полиција је управо највидљивији део структуре власти који се стара за јавну безбедност и као таква мора бити вођена принципима демократске контроле, владавине права, поштовања људских и грађанских права и слобода.⁵ Полиција обавља најсложеније послове усмерене на очување и унапређење система безбедности у држави. Некада је под полицијском влашћу била обухваћена војска и државна администрација, што данас није случај.⁶ Данас је једна од основних дужности полиције да одржава јавни ред и мир, да заштити основне слободе и права појединца, спречи и примети криминал, смањи страх, обезбеди помоћ и служи грађанима.⁷ Односно, обавља све оне делатности које улазе у домен унутрашње безбедности и унутрашњих послова. Роберт фон Мол полицијске дужности дели у три категорије: „оне, којима је циљ старање о физичкој личности грађана, оне, које се старају о њиховој духовној личности, и оне, које се баве односима грађана према материјалном

¹ R. Masleša, *Teorije i sistemi sigurnosti*, Magistrat, Sarajevo, 2001, str. 163.

² E. Pusić, *Društvena regulacija*, Globus, Zagreb, 1990, str. 59).

³ R. I. Mawby, *Comparative policing issues: The British and American System in International Perspective*, Unwin Hyman, London, 1990, p. 2

⁴ S. Nešković, *Bezbednost i reforme u Srbiji*, Institut za političke studije, Beograd, 2006, str. 76.

⁵ OEBS, *Povelja za evropsku bezbednost* (Istanbul, 1999.), Član 45

⁶ Ж. Алексић, И. Јоксић, *Откривање и кажњавање злочина у Србији*, Глосаријум, Београд, 2013, стр. 11.

⁷ Уједињене нације, *Универзална декларација о људским правима* (1949.), Чланови 19 и 20; Уједињене нације, *Међународни споразум о грађанским и политичким правима* (1966.), чланови 19, 21 и 22;

свету“.⁸ Министарство унутрашњих послова Републике Србије обавља послове државне управе који се односе на: заштиту живота, личне и имовинске безбедности грађана; спречавање и откривање кривичних дела и проналажење и хватање починилаца кривичних дела и њихово привођење надлежним органима; одржавање јавног реда и мира; пружање помоћи у случају опасности; обезбеђивање зборова и других окупљања грађана; обезбеђивање одређених личности и објеката, укључујући и страна дипломатска и конзуларна представништва на територији Републике Србије; безбедност, регулисање и контролу саобраћаја на путевима; безбедност државне границе и контролу преласка границе и кретања и боравака у граничном појасу; боравак странаца; промет и превоз оружја, муниције, експлозивних и одређених других опасних материја; испитивање ручног ватреног оружја, направа и муниције; заштиту од пожара; држављанство; јединствени матични број грађана; пребивалиште и боравиште грађана; личне карте; путне исправе; међународну помоћ и друге облике међународне сарадње у области унутрашњих послова, укључујући и реадмисију; илегалне миграције; азил; обучавање кадрова; управно решавање у другостепеном поступку по основу прописа о избеглицама, као и друге послове одређене законом.⁹ У члану 2. Закона о полицији одређује се појам унутрашњих послова, где се каже да су то законом утврђени послови државне управе, које обавља Министарство, а чијим обављањем се остварује и унапређује безбедност грађана и имовине, пружа подршка владавини права и обезбеђује остваривање Уставом и законом утврђених људских и мањинских права и слобода, као и други, са њима повезани послови из утврђеног делокруга и надлежности Министарства.¹⁰ Како би остваривала основну функцију због које постоји, а то је да је сервис грађана и грађанки, полиција мора бити вођена основним демократским принципима. У ОЕБС-овом водичу за рад полиције, указује се да ће полицајци побољшати легитимност државе уколико у свом свакодневном раду покажу да: одговарају на потребе и очекивања јавности и користе ауторитет државе у интересу грађана, ако у пракси демонстрирају посвећеност владавини права.¹¹ Даље у овом водичу се истиче да полиција мора како не би изневерила поверење јавности да се придржава кодекса професионалног понашања и

⁸ М. Симвић, *О неким питањима ограничења основних људских права у кривичном поступку*, Зборник радова Примјена савремених метода и средстава у сузбијању криминалитета, Бања Лука, 2008, стр. 13.

⁹ Чл. 5 Закона о министарствима, Службени гласник РС, бр. 65/08.

¹⁰ Чл. 2 Закона о полицији, Службени гласник РС, бр.

¹¹ Водич за демократски рад полиције, ОЕБС, преузето 22.07.2016 у 12.00 са: <http://www.osce.org>

да демонстрира, професионализам; и интегритет, изражене кроз забране и императиве полицијског рада.¹² У члану 45. Закона о полицији посебно се наглашава да је полицијски службеник дужан да обавља полицијске послове у складу са законом, другим прописима и правилима струке и уз поштовање одредби Кодекса полицијске етике, који представља скуп *правила о етичком поступању полицијских службеника*.¹³ Полиција има посебна овлашћења да људе привремено лиши слободе, ограничи пуно уживање њихових права и да у екстремним околностима употреби чак и смртоносну силу, и због тога полицајци морају да обављају своје дужности у складу са опште признатим стандардима људских права и грађанским и политичким правима, као и да заштита и очување живота морају бити највиши приоритети.¹⁴ За демократско функционисање полиције од посебног је значаја питање полицијске организације и руководства које укључује следећа питања: ланац команде, прописе о надгледању, састав полиције, права полицијског особља и обезбеђење адекватних ресурса и обуке.¹⁵ Када говоримо о организацији полиције, неопходно је истаћи да је полицијски систем Републике Србије подсистем система националне безбедности и има условно речено две компоненте, једна је централизован полицијски систем оличен у постојању Министарства унутрашњих послова и јединствен за територији целе Републике Србије, други је децентрализованог карактера оличен у Комуналној полицији, основаној на основу Закона о комуналној полицији из 2009. године које самоиницијативно формирају Градске управе и локалне самоуправе. Полицијски систем организован је тако да одсликава регионалне и безбедносне потребе Републике Србије. Поред Министарства унутрашњих послова и његових организационих јединица, присутна је Дирекција полиције са својим управама и подручним полицијским управама и Сектори, где су посебно интересантни Сектор људских ресурса, Сектор унутрашње контроле и Сектор за ванредне ситуације. Са аспекта рада посебна циљна група ове публикације су припадници и припаднице криминалистичке и саобраћајне полиције, службеници и службенице који раде на управним пословима, као и припадници јединица посебне намене, који су најчешће у прилици да спроводе закон и примењују полицијска овлашћења. Управо је „однос полицијских службеника према људским правима и другим друштвеним и националним вредностима у доброј мери је условљен садржајем полицијске обуке и стручног

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, Чл. 45.

¹⁴ Водич за демократски рад полиције, ОЕБС, преузето 22.07.2016 у 12.00 са: <http://www.osce.org>

¹⁵ *Ibid.*

оспособљавања, подизања и јачања свести полицијских службеника о различитостима, са циљем да евентуалне предрасуде не утичу на професионално поступање према особама које карактерише било који вид различитости.¹⁶ Када је реч о подручним полицијским управама, анализа ће посебно бити корисна полицијским управама које раде у мултиетничким срединама, као што су Полицијска управа за град Београд, Полицијска управа у Нишу, Полицијска управа у Суботици, Полицијска управа у Зрењанину, Полицијска управа у Сомбору, Полицијска управа у Бору, Полицијска управа у Врању, Полицијска управа у Зајечару, Полицијска управа у Лесковцу, Полицијска управа у Новом Пазару, Полицијска управа у Пироту, Полицијска управа у Пријепољу¹⁷, али и за све остале националне и полицијске управе суседних држава, јер се дискриминације тиче свих у целини.

Појам и карактеристике полицијских овлашћења

У обављању полицијских послова овлашћена службена лица имају полицијска овлашћења утврђена Законом о полицији или другим законима. Као основне карактеристике полицијских овлашћења издвајају се следеће: а) полицијска овлашћења се без изузетака утврђују законом; б) по својој природи и карактеру разликују се од других овлашћења полиције, која нису изразито полицијска, већ су административног и сличног карактера; в) полицијска овлашћења везују се за овлашћена службена лица Министарства унутрашњих послова; г) полицијска овлашћења подразумевају и дужност примене, тј. када су се стекли законом и другим прописом предвиђени услови, полицијски службеник дужан је да их предузме, у чему има и одређену слободу (принцип опортунитета); д) нека полицијска овлашћења условљена су дужношћу, тј. пре њихове примене полицијски службеник је дужан да предузме одређену радњу да би овлашћење предузео у складу са законом и другим прописом и њ) полицијска овлашћења, најчешће, захтевају и ближу подзаконску разраду путем давања упутстава, правилника и других интерних општих аката.¹⁸ Међу наведеним полицијским овлашћењима,

¹⁶ Билтен бр. 1, јун 2014, Улога МУП у превенцији и сузбијању дискриминације, ЕУ пројекат „Спровођење антидискриминационих политика у Републици Србији“, стр. 4, Голуб Гачевић, помоћник начелника Управе криминалистичке полиције, МУП

¹⁷ Полицијске управе Министарства унутрашњих послова и подручне полицијске управе, преузето 22.07.2016 у 12.24 са: <http://www.mup.gov.rs>

¹⁸ Милетић, С., Југовић, С., Право унутрашњих послова, *оп. цит.*, стр. 141.

чак 17 се директно употребљавају у превентивне сврхе, а овлашћења из тач. 10, 11, 12. и 20. су индиректно употребљива за спречавање кривичних дела, односно за превенцију криминалитета генерално. Оваквим одређењем полицијских овлашћења, полицијска делатност се, све више, усмерава од реактивне ка превентивној делатности, односно од сузбијања у спречавање безбедносних опасности.¹⁹ У члану 31. Закона о полицији прописани су услови за примену полицијских овлашћења. Пре примене полицијског овлашћења овлашћено службено лице дужно је да се увери да су испуњени сви законски услови за примену овлашћења и одговорно је за ту процену. Полицијска овлашћења оно примењује по сопственој иницијативи, по наређењу надређеног службеника и по налогу надлежног органа издатом у складу са другим законом. Кад је надређени службеник присутан, полицијска овлашћења примењују се по његовом наређењу, изузев ако нема времена да се чека на то наређење и мора се без одлагања поступити по сопственој иницијативи. Такође је прописано да приликом примене полицијских овлашћења овлашћено службено лице поступа у складу са законом и другим прописом и поштује стандарде постављене Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода,²⁰ Основним принципима УН о употреби силе и ватреног оружја од стране службених лица која спроводе закон, Европским кодексом полицијске етике и другим међународним актима који се односе на полицију. Уколико је то у датој ситуацији могуће и не би угрозило извршење полицијског задатка, лице према коме се примењује полицијско овлашћење има право да буде упознато са разлозима за то, да укаже на околности које сматра битним с тим у вези, да буде упознато са идентитетом овлашћеног службеног лица које се легитимише и да тражи присуство лица које ужива његово поверење. Овлашћено службено лице се, пре почетка примене полицијског овлашћења, представља показивањем службене значке и службене легитимације лицу према коме примењује овлашћење (чл. 34. ЗОП-а). Изузетно, овлашћено службено лице неће се представити ако околности примене полицијског овлашћења у конкретном случају указују да би то могло угрозити постизање законитог циља, већ ће током примене полицијског овлашћења на своје својство упозорити речју: «Полиција», а након наступања потребних услова представиће се на прописани начин. Приликом примене полицијских овлашћења овлашћена службена лица дужна су да поштују одређене опште принципе, како би омогућили једнаку заштиту безбедности свих грађана и заштиту њихових права и слобода, од којих су Законом о полицији издвојени непристрасност,

¹⁹ Милетић, С., Коментар Закона о полицији, *оп. цит.*, стр. 95.

²⁰ „Службени лист Србије и Црне Горе“, бр. 6/2003.

недискриминација, хуманост, поштовање људских права и омогућавање медицинске помоћи и принцип сразмерности. Непристрасност, недискриминација, хуманост, поштовање људских права и омогућавање медицинске помоћи (чл. 35.), манифестује се у обавези овлашћеног службеног лица да у примени полицијских овлашћења поступа непристрасно, пружајући свакоме једнаку законску заштиту и поступајући без дискриминације лица по било којем основу. У примени полицијских овлашћења овлашћено службено лице дужно је да поступа хумано и поштује достојанство, углед и част сваког лица и друга основна права и слободе човека дајући предност правима угроженог у односу на иста права лица које та права угрожава и водећи рачуна о правима трећих лица. Такође, приликом примене полицијских овлашћења овлашћено службено лице ће, на захтев лица према коме се овлашћење примењује, омогућити пружање медицинске помоћи од стране здравствене установе. Принцип сразмерности изражен је одредбама чл. 36. ЗОП-а, према којима примена полицијског овлашћења мора бити сразмерна потреби због које се предузима и не сме изазвати веће штетне последице од оних које би наступиле да полицијско овлашћење није примењено. Између више полицијских овлашћења примениће се оно којим се задатак може извршити са најмање штетних последица и губљења времена. Приликом примене средстава принуде настојаће се да њихова употреба буде поступна, односно од најлакшег према тежем средству принуде и, у сваком случају, уз минимум неопходне силе. Законом о полицији предвиђене су и одређене обавезе и ограничења примене полицијских овлашћења према војним лицима (чл. 37.) и према малолетним и млађим пунолетним лицима (чл. 38.). Наиме, овлашћено службено лице примењује полицијска овлашћења прописана Законом о полицији и према војним лицима, ако посебним прописом није одређено да се ова овлашћења примењују на други начин или да се не примењују, и о таквом поступању дужно је да одмах обавести војну полицију. Полицијска овлашћења према малолетним лицима, млађим пунолетним лицима и у предметима кривичноправне заштите деце и малолетника примењују овлашћена службена лица посебно оспособљена за рад са малолетницима, а изузетно и друго овлашћено службено лице, ако због околности случаја не може да поступа овлашћено службено лице посебно оспособљено за рад са малолетницима²¹. Полицијска овлашћења према малолетном лицу примењују се у присуству родитеља или старатеља тог лица, односно, у случају да су недоступни, у присуству представника органа старатељства,

²¹ Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица („Службени гласник РС“, бр. 85/2005).

изузев кад због посебних околности или неодложности поступања то није могуће. Присуство представника органа старатељства уместо родитеља може да се обезбеди, ако је могуће, и у случајевима када би присуство родитеља било штетно за малолетника у случајевима насиља у породици и сличним, или би их толико иритирало да би у великој мери угрозило извршење полицијског задатка. Такође, уколико није могуће обезбедити ни присуство органа старатељства обезбедиће се присуство другог пословно способног лица са искуством у раду са малолетницима, које није запослено у полицији или умешано у конкретни случај. У смислу полицијске етике у свим својим интервенцијама (акцијама, операцијама) полиција поштује свачије право на живот.²² Никоме у Министарству није дозвољено да нареди, изврши, изазива или толерише мучење или какво друго сурово и нехумано поступање којим се понижава личност човека, као ни другу радњу којом се угрожава право на живот, слободу, личну безбедност, поштовање приватног и породичног живота, окупљање и удруживање или које друго право или слобода зајемчени одредбама Европске конвенције.²³ Употреби средстава принуде, а нарочито употреби оружја, полицијски службеници прибегавају само у случајевима и под условима предвиђеним законом и другим прописима, не примењујући већу принуду од неопходне, и то само када је апсолутно нужно и у мери коју диктира реализација легитимно постављеног циља. Полицијски службеник који би био присутан некој забрањеној радњи, дужан је на такав случај да укаже свом претпостављеном, Сектору унутрашње контроле полиције и органима спољњег цивилног надзора над радом Министарства.²⁴ У свом раду полицијски службеници руководе се начелом непристрасности у извршавању закона без обзира на национално или етничко порекло, расу, језик и друштвени положај онога на кога закон треба применити, на његова политичка, верска и филозофска уверења, или на његове године, брачно стање, пол, или какву физичку или психичку ману. У обављању послова полицијски службеници опходе се пристојно и одговорно према грађанима на улици, шалтеру, граничном прелазу и на другом месту вршења службене радње. У комуникацији са грађанима полицијски службеници поштују људску личност и достојанство и чувају углед Министарства. Оспособљавање за поступање саставни је део обуке полицијских службеника. Право појединца на приватност полиција омета само кад је то неопходно ради постизања законитог циља.²⁵ У складу са законом, полицијски службеници штите

²² Члан 33. Кодекса полицијске етике (Службени гласник РС. Бр. 92/2006).

²³ *Ibid.*, Члан 34.

²⁴ *Ibid.*, Члан 35.

²⁵ *Ibid.*, Члан 36.

личне податке о грађанима које Министарство прикупља, обрађује и користи ради обављања послова из свог делокруга.²⁶ Полицијски службеници своје дужности испуњавају придржавајући се принципа законитости, пружајући подршку владавини права, штитећи правни поредак и његове институције и обезбеђујући остваривање људских права и слобода у складу са одредбама Устава и закона, са Универзалном декларацијом о људским правима и са другим међународним актима у области права човека које се Република Србија обавезала да примењује.²⁷ У оквиру послова свог радног места, кад год је то могуће, полицијски службеник предузима све неопходне мере и активности које ће омогућити грађанима несметано и ефикасно остваривање њихових права, обавеза и интереса. Послове за које је задужен полицијски службеник треба да обавља професионално по правилима струке, савесно, непристрасно и дисциплиновано.²⁸ Поступање полиције по одредбама закона којима су уређени кривични, прекршајни и други поступци у којима полиција примењује тим законима утврђена овлашћења према одређеним лицима заснива се, као минимуму, на основима сумње о почињеном или о могућем кривичном делу или прекршају, односно другом кажњивом делу. Полиција поштује претпоставку невиности, као и права осумњиченог, окривљеног или другог лица, нарочито право да одмах буде упознато са оптужбама против њега и да припреми своју одбрану, лично или уз правну помоћ по сопственом избору. Полиција обезбеђује објективне и поштене полицијске истраге, обзирне и примерене посебним потребама одређених лица, као што су деца и други малолетници, жене и припадници мањинских група, укључујући националне мањине и осетљива лица. Полазећи да се стручним смерницама обезбеђује се поштено испитивање током којег се испитивани упознаје са разлозима за испитивање, као и са осталим релевантним информацијама, о чему се води записник.²⁹ Полиција води рачуна о посебним потребама које имају сведоци, спроводи правила њихове заштите и подршке током поступка, посебно у случајевима када постоји опасност од застрашивања сведока. Полиција, без било какве дискриминације, обезбеђује потребну подршку, помоћ и информације жртвама кривичних дела. У току полицијске истраге полиција обезбеђује преводиоца, када је то потребно.³⁰ За свако лице лишено слободе полиција одговара и штити га. Полицијски службеник коме је поверено на чување лице чије стање захтева специјалну

²⁶ *Ibid.*, Члан 37.

²⁷ *Ibid.*, Члан 38.

²⁸ *Ibid.*, Члан 39.

²⁹ *Ibid.*, Члан 40.

³⁰ *Ibid.*, Члан 41.

негу, дужан је да се обрати медицинском особљу и у случају потребе да заштити живот и здравље тог лица.³¹ У складу са законом, полиција лицу лишеном слободе одмах саопштава све прописане податке који се на то лишавање слободе односе. Лицима лишеним слободе полиција обезбеђује сигурност, здравствену заштиту, хигијенске, смештајне (светлост, вентилација) и одговарајуће услове за одмор и исхрану, сходно условима утврђеним за притворена лица. У складу са законом полиција обезбеђује лицима лишеним слободе да о њиховом лишавању слободе буду обавештена трећа лица по њиховом избору, да имају приступ правној помоћи и да их прегледа лекар, када је то могуће, по њиховом избору. Лица лишена слободе одвајају се од других лица, а међусобно се одвајају жене и мушкарци лишени слободе, као и малолетна и пунолетна лица лишена слободе.³²

Концепт полиције у заједници као проактиван приступ у решавању проблема дискриминације

Министарство унутрашњих послова Републике Србије дужи низ година уназад реформише полицију у правцу примене концепта полиције у заједници. Професор др Жељко Никач истиче да је крај XX века изнедрио значајне промене у друштву, након чега је започет процес демократизације друштва, економске транзиције и реорганизације државних органа. Покренут је процес трансформације сектора безбедности и реформе полиције, па је прихваћен савремени концепт *community policing* као модел организације и начина рада полиције код нас.³³ «Полиција у заједници је утемељена на идеји да полицијски службеници и грађани раде заједно и да на различите креативне начине решавају актуелне проблеме локалне заједнице који су везани уз криминал, страх од криминала, различите облике друштвених поремећаја. Постизање тих циљева захтева од полиције развијање квалитетних односа с грађанима који поштују законе и у склопу којих ће ти, исти грађани добити прилику да дефинишу приоритете и да се укључе у различите делатности у сврху унапређења квалитета живота на подручју где станују. «³⁴ Стратешки циљеви полиције у заједници остварују се применом четири водећа

³¹ *Ibid.*, Члан 42.

³² *Ibid.*, Члан 43.

³³ Ж. Никач, Полиција у заједници, Београд 2010, стр. 13–35.

³⁴ R. Trojanowicz, B. Bucqueroux, *Community Policing: How to Get Started*, Anderson Publishing, Cincinnati 1998, pg. 5.

елемента и кључних области развоја који чине основу деловања полиције у заједници у Републици Србији, а то су: 1) превенција што представља деловање на редукцију узрока криминала, нереди, страха од насиља и других безбедносних претњи. Полиција ће кроз сарадњу и заједничко деловање са заједницом бити у већој мери проактивна него реактивна; 2) рад полиције усмерен на заједнице је адекватан одговор на приоритетне и друге потребе грађана и специфичности локалних заједница, етничких, верских и других друштвених група. Полиција ће рад у заједници оријентисати спрам консензуса о безбедносним приоритетима уз једнак третман и поштовање особености и идентитета припадника различитих заједница; 3) проблемски оријентисан рад је метод који се заснива на изворима информација, и користи их за идентификацију образаца криминала и тензија у заједницама. Полиција ће, поред реаговања на последице, активности усмерити на узроке криминала и имплементацију превентивних стратегија; 4) безбедносно партнерство се односи на споразумно деловање полиције и заједнице, у безбедносној превенцији, решавању безбедносних проблема и развоју безбедносних стратегија укључујући представнике и капацитете других државних органа, локалних самоуправа и цивилног друштва.³⁵ Као основни елементи рада полиције у заједници истичу се: повратак пешачким патролама по реонима (подједнако су и велике и мале полицијске институције почеле да оживљавају овај облик рада полиције у урбаним срединама, иако патролирање није увек економично); децентрализација полиције у урбаним срединама у мање географске зоне одговорности патролне полиције; увођење програма праћења заједнице и настојања да се придобије јавно поверење, да јавност прихвати патролну полицију.³⁶ Предности и добробит које заједница има од модела полиције у заједници, а које су забележене при бројним истраживањима су следеће: полиција се обавезује да спречи криминал, а не да само реагује на њега; јавно надгледање полиције је боље, јер више грађана зна шта полиција ради и зашто; полицајци су одговорни за своје поступке, не само својим надређеним него и грађанима; услуге полиције су прилагођене тако да су одређене реакције осмишљене на основу потреба сваког насеља и већим учешћем грађана и грађанки у активностима полиције заједница ће постати организованија, а самим тим и ефикаснија у реаговању на проблем.³⁷ Концепт полиције у заједници може се применити као проактиван модел у препознавању и реаговању на дискриминацију.

³⁵ Стратегија полиције у заједници („Службени гласник РС”, бр. 55/05 и 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС и 72/12).

³⁶ О. Балић, *op. cit.*, стр. 19

³⁷ *Ibid.*

Зашто? Управо, полицијски службеници и службенице који су у свакодневном и директном контакту са грађанима и грађанкама могу бити у прилици да идентификују безбедносне потребе заједнице. Један од неопходних услова успешне примене концепта полиције у заједници је адекватна обука полицијских службеника и службеница, како се не би од онога ко треба да препозна и реагује на дискриминацију у заједници претворили у дискриминатора. Посебно битна ставка у обуци треба бити посвећена елиминацији предрасуда полиције према било којој етничкој или другој групи. Предрасуде су погрешна мишљења или уверења, позитивног или негативног усмерења, која су противна логичном расуђивању и заснована на произвољном генерализовању, али која појединац преузима од окружења као обрасце сопственог размишљања.³⁸ Посебно треба радити на спречавању стварања предрасуда према рањивим групама у друштву. Појам рањивих група дат је у збирци предлога практичне политике за реформу полиције и сам је по себи доста широк, условљен од простора и времена у ком се дефинише. Аутори збирке предлога практичне политике наводе да је појам рањивих група у контексту људских права такав да се под њим подразумевају групе које често наилазе на дискриминаторни третман или им је потребна посебна пажња да би се спречило потенцијално кршење њихових људских права, посебне и другачије околности у којима се ове особе, налазе воде ка томе да једнако поступање према њима у суштини доприноси њиховом лошем положају и неправедно је. Наводе да се код нас под рањивим групама могу подразумевати Роми, жене, малолетна лица и ЛГБТ особе.³⁹ Концепт полиције у заједници, посебно у мултиетничким и мултикултуралним срединама значајно може побољшати безбедност и квалитет живота у тим локалним заједницама. У Закону о полицији, члану 27. каже се да полиција развија сарадњу и партнерство са грађанима и другим субјектима заједнице у циљу обављања полицијских послова и решавања локалних безбедносних приоритета и координира заједничке интересе и потребу стварања повољног безбедносног амбијента у заједници, односно изградње безбедног демократског друштва. Полиција пружа подршку у раду саветодавних тела у оквиру јединица локалне самоуправе за развој превенције криминала и остваривање других безбедносних потреба заједница. Полиција развија професионалне капацитете, компетенције и етику полицијских службеника за друштвено одговорно деловање полицијске службе, уз пуно поштовање људских и мањинских права и

³⁸ С. Флере, *Предрасуде*, Енциклопедија политичке културе, Београд 1993, стр. 927-931.

³⁹ Збирка предлога практичне политике за реформу полиције у заједници, број. 8, јул 2013, Београдски центар за безбедносну политику, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 33.

слобода и заштиту свих рањивих група.⁴⁰ Концепт полиције у заједници је такав да је један полицијски службеник одговоран да покрије једну конкретну зону у граду или групи села. Они познају све представнике зона (сектора) и све грађане који су заинтересовани да се упознају и да комуницирају са њима, овај полицијски службеник задужен је с дужностима само у датој зони и поседује информације о развоју опште ситуације, догађајима, пријављеним случајевима и онима који су у току, или пре свега, остварује редовне контакте са представницима заједнице У датој зони сам познаје већину узрока забринутости и захтева грађана. Он и његове колеге из ове зона (сектора) сакупљају информације о карактеристикама ове зона и анализирају и оцењују информације садржане у бази података, коју непрекидно допуњују. Они знају све о својим сектору, непрекидно се састају са грађанима, примају информације од њих и консултују се са својим колегама и случајевима у којима кривична дела у њиховом сектору истражују специјализоване полицијске јединице.⁴¹ Овај приступ рада полиције у урбаним и руралним срединама значајан је из више разлога, полицајац у овом приступу није више пуки службеник, већ и разумевалац и слушалац проблема заједнице. Осим борбе против криминала, улога полиције укључује и свакодневну комуникацију са грађанима, као и заштиту жртава и сведока кривичних дела, што подразумева оспособљеност полицијских службеника/ца за њихов одговарајући третман, зависно од тога да ли се ради о женама, деци, малолетницима, припадницима етничких, религијских или језичких мањина, ЛГБТ популације или особама са инвалидитетом. Са аспекта препознавања и реаговања на дискриминацију посебна пажња у раду полицајаца на сектору треба да буде усмерена на случајеве насиља у породици, насиља према рањивим групама, старима, деци и женама, злочинима мотивисаним из мржње, ремећењу јавног реда и мира чији је узрок национална, расна, верска или политичка мржња и нетрпељивост, стању у школским срединама и у сарадњи са здравственим установама праћење стања, проблема и потреба особа са психичким сметњама, у сарадњи са локалним самоуправама праћење проблема и потреба старих особа и особа са инвалидитетом.

⁴⁰ Члан 27. Закона о полицији („Сл. Гласник РС.“ Бр. 6/2006).

⁴¹ *Полиција и безбедност у заједници, примена и ефекти на терену, Полицајац вашег насеља*, Приштина 2012, стр. 4-5.

Полицијске истраге, медији и ризик од дискриминације

Када је реч о медијима и полицијским пословима, медији могу бити значајан фактор помоћи полицији у решавању најтежих кривичних дела и средство притиска јавности да се одређена дела ефикасно и темељно истражују. Међутим, медији могу у жељи за сензационалистичким извештавањем да знатно отежају истраге, узнемире јавност, породице жртава и саму жртву и да је доведу до секундарне виктимизације. Секундарна виктимизација представља поопштавање примарне виктимизације кроз негативну реакцију социјалне средине и кроз неадекватну или чак погрешну реакцију медија, јавности, органа гоњења. Секундарној виктимизацији су посебно изложене оне категорије жртава које се, због узраста, психофизичких карактеристика или природе злочина коме су изложене, сматрају посебно рањивим (деца, стари, ментално оболела и хендикепирана лица, жртве сексуалних деликата, насиља у породици).⁴² Медији у трци за прибављањем занимљивих информација и придобијањем што бројније публике и читалаца, одувijek користе интересовање грађана за злочин и често своје информативне садржаје креирају у вези с најновијим дешавањима на том плану.⁴³ Стварање митова врши се: 1) стварањем и употребом криминалних стереотипа; 2) представљањем ставова као чињеница; 3) прикривањем сопствених ставова избором узорка; 4) употребом вредносно обојене терминологије; 5) селекцијом презентованих чињеница; 6) информационим менаџментом; 7) позивањем на анонимне ауторитете; 8) позивањем на чињенице истргнуте из контекста; и 9) селективним интервјуисањем.⁴⁴ У троуглу између извршеног кривичног дела, полицијских истрага и медија јавља се неколико обавеза и дужности полиције у погледу извештавања јавности и ризика од дискриминације: обавезе приликом обезбеђења лица места (места кривичног догађаја), обавезе по обрађеном лицу места, обавезе током трајања полицијске истраге, и обавезе по окончању полицијске истраге. Место кривичног догађаја се дефинише као место, односно локација где је извршено кривично дело и обухвата како место извршења, тако и сва места где је наступила последица кривичног дела, односно

⁴² Збирка предлога практичне политике за реформу полиције у заједници, број. 8, јул 2013, Београдски центар за безбедносну политику, Београдски центар за људска права, Београд, стр. 39

⁴³ С. Вуковић, *Превенција криминала*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2010, стр 116.

⁴⁴ Ђ. Игњатовић, *Митологија злочина*, Архив за правне и друштвене науке (1–2). Београд 2004, стр 15.

свако друго место где се могу наћи предмети и трагови подобни за доказивање кривичноправно релевантних чињеница. Израз место кривичног догађаја се може заменити и изразом лице места које се међу криминалистичким практичарима чешће употребљава. На месту кривичног догађаја се могу наћи предмети и трагови извршења, затећи и пронаћи лица у вези са догађајем.⁴⁵ Под криминалистичком обрадом места кривичног догађаја подразумева се систем мера и радњи (опште оперативних и истражних радњи, то јест радњи доказивања), које се применом адекватних криминалистичко-тактичких, криминалистичко-техничких, али и других научних метода и средстава, предузимају на месту кривичног догађаја у циљу што квалитетнијег очувања и фиксирања затеченог стања, односно утврђивања што је већег броја поузданих одговора на „златна“ питања криминалистике.⁴⁶ Након пријаве догађаја, односно добијања првих информација о извршеном кривичном делу, овлашћено службено лице излази на пријављену локацију места догађаја у циљу провере добијених информација. Приликом приближавања лицу места, анализирају се постојећа сазнања о догађају поводом ког се поступа, разматрају се потенцијални проблеми, ризици, односно питање безбедности чланова екипе за обраду места догађаја, планирају се мере и радње које ће бити предузете на месту догађаја, као и потребна средства и опрема за вршење увиђаја. Квалитет успешне обраде места догађаја умногоме зависи од прикупљених обавештења, информација од грађана присутних на месту догађаја. Овлашћено службено лице ће обавити разговор са присутним лицима у циљу сазнања шта се заправо догодило. Ова сазнања обухватају сва обавештења везана за догађај поводом кога се поступа, све околности случаја, лица, предмета и трагова који су са њим у вези. Пре обављања разговора са присутним и интересантним лицима мора се најпре утврдити њихов идентитет. Истовремено предузеће се мере којима ће бити онемогућено договор између лица у вези са околностима случаја, односно исказом датог полицији. Првенствено, овлашћено службено лице ће обавити разговор са учесницима догађаја. У фази прикупљања обавештења о догађају, службено лице треба избегавати непотребне разговоре са присутним лицима, али и надгледати понашање свих присутних лица на месту догађаја. Често су на месту догађаја присутна и лица, односно извршиоци кривичног дела, која гласним

⁴⁵ Ј. Вучковић, Систем заштите и чувања предмета и трагова кривичних дела пронађених на месту догађаја – специјалистички рад, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр. 4

⁴⁶ М. Жарковић, И. Бјеловук, Т. Кесић, *Криминалистичко поступање на месту догађаја и кредибилитет научних доказа*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2012, стр. 17.

комантарисањем или давањем лажних информација, сугерисањем усмеравају активности на расветљавању догађаја у супротном правцу. Доласком увиђајне екипе на лице места, активности на обезбеђењу лица места припадника полиције не престају. Напротив, они и даље предузимају радње на обезбеђењу лица места, ограничавају приступ неовлашћеним лицима, онемогућавају контакте лица која су дала и ли требају дати обавештења, дискретно надзиру понашање присутних грађана, а све у складу са упутствима руководиоца увиђајне екипе.⁴⁷ Вербални метод документовања места кривичног догађаја подразумева постојање записника о увиђају, извештаја и белешки које морају искључиво садржати чињенице. Другим речима, руководилац увиђајне екипе, односно криминалистички техничар/форензичар треба документовати оно што опази на лицу места, али не и оно што мисли. Сврха записника, службене белешке и других писмена је да пружи релевантне информације о лицу места и материјалним доказима на јасан, концизан и недвосмислен начин.⁴⁸ Коначни извештај треба представљати дескрипцију читавог догађаја. Општи модел писмена поводом конкретног догађаја може садржати: кратак опис околности догађаја, опис ситуације, опис поступања у вези са догађајем и на месту његовог одигравања, опис поступка претраживања места догађаја, опис прикупљених доказа и навођење необављеног, а потребног (немоновног).⁴⁹ И полиција и медији имају легитимне, професионалне циљеве и задатке које обје стране морају поштовати и ценити да би се постигла успјешна и узајамно корисна радна сарадња. И полиција и медији се морају понашати у складу са законом и поштовати етичке кодексе својих професија. Полиција треба да поштује права новинара, укључују и право на слободу изражавања, право на слободу кретања, укључују и неометано путовање кроз земљу, право на штампање, дистрибуцију, и емитовање програма. Полиција не може тражити од новинара да се код њих региструју током обављања свог посла осим ако за ту локацију није потребна посебна дозвола. Полиција може ограничити или забранити приступ новинарима и грађанима на местима која су легитимно и јасно ограђена или обележена или ако њихово присуство омета вршење полицијских мера и радњи. Полиција се не може

⁴⁷ Ј. Вучковић, *op. cit.*, стр. 18

⁴⁸ *Стандардне оперативне процедуре и принципи добре праксе*. Министарство унутрашњих послова Републике Србије, Национални криминалистичко-технички центар.

⁴⁹ М. Жарковић, И. Бјеловук, Т. Кесић, *Криминалистичко поступање на месту догађаја и кредибилитет научних доказа*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд 2012, стр. 17.

мешати или кажњавати новинаре током обављања њихових професионалних задатака. Новинари имају право да фотографишу, снимају, праве белешке, посматрају, раде интервјуе и/или праве извјештаје, а да притом не морају тражити дозволу од полиције. Полиција не може новинарима одузимати опрему и снимљене материјале. Изузетак могу бити материјали који могу послужити као доказ у кривичном поступку, или случајеви предвиђени одредбама Закона о кривичном поступку. Одузете предмете полиција је дужна да преда суду на чување. Полиција може од новинара захтевати да носи и покаже новинарску легитимацију само када тражи приступ местима или догађајима који су отворени за новинаре, али затворени за јавност. Професионална легитимација која садржи име, фотографију, адресу, знак медија или новинарске асоцијације је довољна да се утврди професионални идентитет. Полицијску легитимацију треба дати на увид свим грађанима који то траже. Такво право имају и новинари. Полиција не може присиљавати новинара да открије повјерљиве изворе информација. Полиција нарочито треба да истражи сва стварна дела или претње насиљем, застрашивање или малтретирање медијских радника, или она која укључују уништавање имовине медија.⁵⁰ Новинари треба да буду спремни да открију свој идентитет услужбеном контакту са полицијом. Док обављају професионалну дужност новинари треба са собом да носе новинарску легитимацију која садржи име, фотографију, адресу, знак медија или новинарске асоцијације. Новинари треба да поштују полицијске процедуре када прилазе местима с ограниченим приступом. Од новинара се може захтевати да од полиције или других надлежних органа траже допуштење за приступ посебним местима (нпр. место злочина), и могу бити подвргнути посебним органичењима понашања (нпр. без фотографисања) на овим местима. Услови приступа треба да буду унапред утврђени на јасан начин. Новинари не треба да намерно или свесно објављују материјале који ће угрозити полицијски рад и/или истрагу. Уколико буду предмет полицијског испитивања новинари имају право и обавезу да штите поверљиве изворе информација. Новинари, као и грађани, имају право да ангажују адвоката током полицијског испитивања. Новинари морају бити обазриви у откривању идентитета жртве насиља. Идентитет деце испод 18 година, без обзира да ли се ради о жртви или починиоцу кривичног дела, се не објављује. Материјал који је новинар направио легитимним новинарским путем, а може послужити као доказ у кривичном поступку, полиција може привремено одузети у складу са одредбама Закона о кривичном поступку. Полиција је дужна издати новинару копију

⁵⁰ Извор: <http://polis.osce.org> 27.07.2016.

записника о одузимању снимака и опреме, а ови материјали се предају суду на чување.⁵¹ Генерално посматрано, стратегија екстерне, али и интерне комуникације Министарства унутрашњих послова мора се заснивати на неколико основних постулата: *Транспарентност*: Комуникационим порукама Министарство унутрашњих послова Републике Србије не сме оставити места двосмислености, већ би требало да покаже отворен, разумљив и прецизно исказан став. *Објективност*: Поруке упућене јавности треба да одражавају праву слику о раду свих служби Министарства унутрашњих послова Републике Србије и полиције. *Одговорност*: Министарство унутрашњих послова Републике Србије у својим порукама јавности треба да без недоумица преузима одговорност за рад свих стручних служби, помоћ грађанима, остваривање права и обавеза грађана, превентивну и репресивну делатност. *Креативност*: Креативним и инвентивним порукама упућеним широј јавности треба да повећа заинтересованост за рад Министарства унутрашњих послова Републике Србије. *Проактивност*: Прецизним, брзим и тачним информацијама мора да буде увек «корак испред». *Безбедносна култура*: Културним и васпитаним опхођењем запослених у Министарству унутрашњих послова Републике Србије у јавности и у служби дати пример и показати спремност за комуникацију.⁵² Све постављене циљеве можемо постићи уз поштовање следећих стратешких препорука: Поставити комуникацију као центар свега што радимо. Омогућити да комуникација буде одговорност свих. Охрабрити отворен, поштен, мерљив, конструктиван двосмерни дијалог који омогућује информисаност, утицај, ангажованост, слушаоце и консултације са интерним и екстерним корисницима. Осигурати да све информације буду прослеђене на професионалан, тачан, циљан и благовремен начин и то интерној и екстерној публици уз поштовање различитости циљних група. Одржавати културу добре комуникације по линијама рада, како хоризонтално тако и вертикално, и кроз организацију као основни део доброг вођења. Поруке које шаљемо морају да буду једноставне и разумљиве, а запослени да стално промовишу углед организације. Стратегија дефинише интерне и екстерне циљне групе. Интерну групу чине запослени у Министарству унутрашњих послова Републике Србије. Екстерну групу представљају: 1) Медији – домаћи и страни, 2) Грађани, владине и невладине организације, 3) Међународна заједница – међународне организације и дипломатско – конзуларна представништва и 4) Државне институције.⁵³

⁵¹ Извор: <http://polis.osce.org> 15.05.2016.

⁵² Стратегија комуникације Министарства унутрашњих послова од 2012 до 2016. године, Министарство унутрашњих послова Републике Србије: www.mup.gov.rs

⁵³ *Ibid.*

Уместо закључка

Истраживање се бави сагледавањем и анализом појава и процеса у вези са дискриминацијом у раду полиције, почев од комплексне анализе полицијског система Србије, полицијских овлашћења и концепта полиције у заједници као проактивном приступу у решавању проблема дискриминације. Имајући у виду изложену материју, као и циљ рада можемо истаћи да је за свако људско бивствовање и деловање неопходно да почнемо од себе самих. На индивидуалном плану морамо константно радити на себи, на свом индивидууму, усавршавати се, тежити да помогнемо себи и другим, да разумемо туђе проблеме, потребе, различитости, да будемо објективни, јер сви смо ми само један сегмент, део система. На вишем организационом и хијерархијском нивоу основ поступања и заштите људских права је етичност и законитост у поступању. Након тога долазе они субјекти унутар система који евалуирају и контролишу наш рад. Најзад, када се исцрпе механизми надзора унутар система, долази спољна контрола, која мора бити мултисекторска и независна, контрола која тежи контроли ради унапређења рада и функционисања система, а не контроли ради саме контроле. Рецепт је у партнерском односу са друштвом и заједницом, јер нам је свима заједнички циљ, боље и безбедније друштво, коначно ту си и они који ће оценити рад и деловање система, контролисати и усмеравати. Треба истаћи да је управо кључ успешне контроле утврђивање система одговорности свих актера у систему безбедности, који мора бити схваћен на следећи начин: Одговорност је, уз остале кључне принципе – демократске изборе, поштовање људских права, владавину права, поделу власти између стубова владе, контролу власти, демократски надзор безбедносног сектора – незаобилазни принцип функционисања демократских држава. Одговорност се преваходно заснива на ваљано успостављеном и организованом командном ланцу. Одговорност подразумева поштовање принципа по коме правила и прописи постоје како би били поштовани, а свако њихово кршење мора бити кажњено. Одговорности се заснива на постојању механизма грађанске контроле и надзора свих безбедносних актера, укључијући у то и оружане снаге и остале „агенције моћи”. Одговорност подразумева постојање низа правила, процедура, метода и ресурса установљених законом како би било осигурано то да контрола и надзор сектора безбедности делотворно и успешно функционишу, као и то да сектор безбедности у потпуности обавља постављене задатке.⁵⁴

⁵⁴ Алманах о надзору сектора безбедности на Западном Балкану, Београдски центар за

Željko V. Lazić, PhD
Academy of National Security, Belgrade
Martin Matijašević, MSc
Faculty of Security studies, University of Belgrade

RECOGNITION AND REACTION ON DISCRIMINATION IN POLICE POSITION

Summary: *The transition from a state-centered security approach, in which the main goal was to protect state security, to a human-centric-oriented approach to security, entails an altered role for the subjects of the national security system. Security services, the army and the police are no longer bodies that only care about the protection of national security and the fight against crime, but they now have a much wider and greater social responsibility and significance. Members of the national security system today need to have multidisciplinary knowledge, they are protectors, someone who needs to hear, advise, understand the problems of citizens. Particularly in police work with the broadest layers of citizens, different relationships are established and it is simply necessary for police officers and police officers to have knowledge that will enable them to recognize and react to the threat or appearance of discrimination. The central part of the paper includes the analysis of the police system of the Republic of Serbia with emphasis on the concept of police in the community and the concept of human security as a proactive approach in solving the problem of discrimination. In this research, criminal offenses with an increased risk of discrimination are considered, above all, domestic violence, trafficking in human beings, crimes against sexual freedom, provocation of national, racial and religious hatred and intolerance, violence and misconduct at sports events. We hope that the article “Recognizing and Responding to Discrimination in Police Practice” will help readers “catch other people’s shoes”, i.e. to understand the problems of others and to understand the diversity that will always be in society and make society richer.*

Key words: *treatment, police, discrimination, human rights, freedom.*

ЗАКОНОДАТЕЛНАТА РЕФОРМА НА РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛЕН 51 ОТ ЗАКОНА ЗА НАСЛЕДСТВОТО КАТО ГАРАНЦИЯ ЗА УЕДНАКВЯВАНЕ НА СПОРНАТА СЪДЕБНА ПРАКТИКА ПО ПРИЛОЖЕНИЕТО Й

UDK: 347.65/.68(497.2)
Original research paper

***Анстракт:** Откриването на наследство и възникването на право на наследяване е съпроводено с възможността за наследниците да приемат наследството на своя наследодател или да се откажат от тази възможност. Упражняването на правото на наследяване зависи от волята на наследниците, но има огромно значение за много по-широк кръг правни субекти, включително за нормалното развитие на гражданския оборот и правната сигурност. Висящото (незаето) наследство, което остава без титуляр в продължителен период от време след неговото откриване създава предпоставки за неговото разпиляване. В чл.51, ал.1 от Българския закон за наследството е уредена възможността по искане на всеки заинтересуван районният съдия, след като призове лицето, което има право да наследява, да му определи срок, за да заяви приема ли наследството или се отказва от него. Втората алинея на чл.51 предвижда, че ако в дадения му срок наследникът не отговори, той губи правото да приеме наследството. След отмяната на срока за приемане на наследството особено значение придобива разпоредбата на чл.51 от Закона за наследството, която дава възможност да се иска такъв срок да бъде определен от съда. Кредиторите на наследството, кредиторите на наследниците, останалите сънаследници и други заинтересовани лица (общини, държавни органи и т.н.) използват производството по чл.51 ЗН все по-често, като то придобива особено значение през последните години. Съдебната практика по приложението на чл.51 ЗН придобива значителни количества, но за съжаление тълкуването*

* Врховен Касационен суд на Република Бугарија

** Судија во Дупница, хонорарен предавач на Правен факултет при Софискиот Универзитет

и прилагането на тази разпоредба е противоречиво и спорно. Настоящата статия цели да постави за обсъждане спорните въпроси в съдебната практика по приложението на чл.51 ЗН. Поставянето на тези въпроси на обсъждане е първата стъпка за целесъобразното им разрешаване и цели да предизвика предложения de lege ferenda към законодателя за усъвършенстване на уредбата. Много от брой спорни въпроси от материалноправен и процесуален характер са показателни за необходимостта от законодателна намеса, която да прецизира и допълни съдържанието на чл.51 ЗН. По този начин ще се гарантира еднаквото и правилно приложение на разпоредбата в практиката. В противен случай правораздавателната дейност на съдилищата при прилагането на чл.51 ЗН ще бъде лишена от желаната предвидимост, а принципите за еднакво приложение на закона и за правната сигурност ще останат само с пожелателен характер.

Ключови думи: *Закон за наследството, право на наследяване, откриването на наследството, определяне на срок за приемане/отказ от наследство, противоречива съдебна практика, предложения de lege ferenda.*

Въведение

Наследственото право засяга непосредствено и без изключение битието на всеки човек поотделно. Освен това наследственото право като обективно право следва да отразява и да обслужва актуалните обществени отношения. То, не на последно място, е тясно преплетено с националното своеобразие и историческата традиция. Действащата правна регламентация в ЗН разкрива слабости. В редица пунктове уредбата е остаряла. Тя съдържа правила, свързани с далечната изходна позиция на закона, продиктувани от идеи и принципи на социалистическия законодател. Те отдавна са задминати от общественото развитие и диманиката на гражданския оборот. Възникнала е необходимост от допълване на нормативната уредба с някои нови положения, свързани със съвременния етап на развитие. Наблюдва се и несинхронизираност с последващи нормативни актове. В Закона за наследството фигурират разпоредби, останали непроменени въпреки систематическата необходимост да бъдат отменени, изменени или допълнени. При приложението на закона се очертават и някои несъвършенства на конкретни нормативни решения. Те са свързани било с правната им конструкция, било с обществената им ефективност. Всичко това прави

сложна и отговорна задачата на законодателя за усъвършенстване на регламентацията. Нейното сполучливо решаване изисква задълбочени обсъждания за всестранното осветляване на проблемите и за издирване на оптималните решения.

В чл.51, ал.1 от Българския закон за наследството (ЗН) е уредена възможността по искане на всеки заинтересуван районният съдия, след като призове лицето, което има право да наследява, да му определи срок, за да заяви приема ли наследството или се отказва от него. Втората алинея на чл.51 предвижда, че ако в дадения му срок наследникът не отговори, той губи правото да приеме наследството. След отмяната на срока за приемане на наследството особено значение придобива разпоредбата на чл.51 от Закона за наследството, която дава възможност да се иска такъв срок да бъде определен от съда. Кредиторите на наследството, кредиторите на наследниците, останалите сънаследници и други заинтересовани лица (общини, държавни органи и т.н.) използват производството по чл.51 ЗН все по-често. Съдебната практика по приложението на чл.51 ЗН придобива значителни количества, но за съжаление тълкуването и прилагането на тази разпоредба е противоречиво и спорно.

Исторически преглед на дейвалата до 1949г. правна уредба в България

За да се вникне в съдържанието на чл.51 ЗН и значението на производството, което се развива въз основа на тази разпоредба, е полезно да бъде направен исторически преглед на възникването, развитието и приложението на института. Логично е този исторически преглед да започне с кратък анализ на системата на придобиване на наследство в Древния Рим.

Наследството се е придобивало по различен начин според предкласическото и класическото римско право в зависимост от това към коя от двете възможни групи наследници спадал конкретният наследник. В Древния Рим са били отграничени т.н. „домашни наследници“, т.е. наследници, намиращи се под властта на наследодателя (*heredes domestici*) от т.н. „външни наследници“ (*heredes extranei, voluntarii*).¹

Първата група от своя страна обхващала две категории лица.

¹ Вж. Жирар, П. Ф. История и система на римското право. Част III. С., 1915, с. 1247; Венедиков, П. Записки по римско право. С., 1994, с. 158-159; Андреев, М. Римско частно право. С., 1992, с. 441-443; Чолов, Р. Римското частно право. С., 2000, с. 146.

На първо място, това били подвластните на наследодателя - лицата, които са под неговата *patria potestas* или под неговата *manus*. Към тази група спадали, на второ място, и освободените чрез завещанието роби. Наследството преминавало към домашните наследници *ex lege* в момента на смъртта на наследодателя - както при наследяване по закон, така и по завещание. Според цивилното право домашните наследници не са имали право да извършат отказ от наследство. Те придобивали наследството не само без да изявяват воля, но дори и против волята си. Нещо повече, наследствената маса преминавала в патримониума на домашните наследници даже и в случай че те не знаят за откриването на наследството. Дори да са недееспособни, това не е пречело да настъпи наследственото правоприемство. Впоследствие обаче преторското (хонорарното) право дало възможност на подвластните на наследодателя да извършват отказ от наследство след неговата смърт. Те са могли да направят това само преди да са го приели. Това тяхно право било означавано като *ius abstinendi*². То се е изразявало във възможността подвластният да се въздържа от всякакви действия по отношение на наследството. В резултат на това се считало, че той не е приел наследството, като преторът му давал защита срещу искове на кредиторите на наследството. Такава възможност обаче не е била призната на освободените чрез завещанието роби на наследодателя. Те във всички случаи са приемали *ex lege* наследството, поради което са били наричани „необходими наследници“ (*heredes necessarii*)⁵ или „свои и необходими на-следници“ (*sui et neccessarii heredes*)⁶.

Всички останали наследници спадали към т.нар. външни наследници (*heredes extranei*). За да придобият наследството, те трябвало да извършат нарочно волеизявление, наречено *aditio hereditatis*⁷. То можело да бъде извършено по няколко начина. На първо място, външният наследник е можел да приеме наследството изрично, чрез едностранно формално волеизявление пред свидетели. Пред тях той е заявявал: „Понеже наследодателят ме е назначил в завещанието си за наследник, влизам в това наследство и се решавам за него.“. Това формално изявление се е наричало *cretio* (креция).

При действието на класическото римско право се предвиждат още две форми на приемане на наследството. Първият е т. нар. *nuda voluntas*. Подобно на крецията, той също се изразява в изрично волеизявление, но за разлика от нея е неформален. Последният способ за приемане на наследството е чрез конклюдентни действия, т.е. действия, от които може

² Така Венедиков, П. Цит. съч., с. 158.

да се направи недвусмислен извод за волята за приемане на наследството. Като такива традиционно се сочат разпоредителните действия с наследствената маса или с части от нея. Приемането с конклюдентни действия в класическото римско право се е наричало *gestio pro herede*.³ Впоследствие при вулгаризираното следкласическо право всички наследници - и домашни, и външни - са придобивали наследството само чрез приемане. Това е първообраза на системата на приемането, която е характерна и за действащото българското законодателство. Според Юстиниановото право обаче се възстановява гореописаното различие между придобиването на наследството от домашните и от външните наследници⁴.

Поради това, че външните наследници приемали наследството след извършване на волеизявление, а не по силата на закона след смъртта на наследодателя (а както бе посочено, в периода на следкласическото право това е важало за всички наследници), съществувала реална опасност едно наследство дълго време да остане незаето. Такива случаи не са били редки, когато не са били налице домашни наследници. Такова наследство се е наричало „спящо наследство“ (*hereditas iacens*). Това създавало едно състояние на несигурност и е застрашавало интересите на другите наследници, на кредиторите на наследодателя, както и на кредиторите на наследниците. Поради това в полза на кредиторите е била призната възможността да започнат процес срещу наследника, искайки от него да заяви дали има такова качество. Това запитване, отправено по съдебен ред, е било наречено *interrogatio in iure*. Ако не отговорел в този срок или ако отговорел отрицателно, той губел правата си върху това наследство и то се предлагало на следващите редове наследници. При липса на други наследници кредиторите имали право да започнат принудителна продажба на имуществените права, включени в наследството, и да се удовлетворят от получената цена. След един определен етап домашните наследници също са имали право да се въздържат от волеизявления, насочени към приемане на наследството, и по този начин да възникне несигурност относно това дали те приемат наследството или го отказват по посочения по-горе начин. Затова преторският едикт дава на кредиторите право да искат от претора да дадат на домашния наследник срок за решаване (*tempus ad deliberandum*). Този срок обикновено е бил 100 дни. В него наследникът е следвало да отговори дали приема или не наследството.

³ Вж. Базанов, Ив. Курс по римско право. С., 1940, с. 183 и с. 187; Жирар, П. Ф. Цит. съч., с. 1249-1250; Венедиков, П. Цит. съч., с.159; Андреев, М. Цит. съч., с. 442.

⁴ Така Андреев, М. Цит. съч., с. 443.

Ако не отговорел, считало се е че приел наследството⁵. Правото да се даде срок за решаване както при домашните, така и при външните наследници, е било дадено обаче само на кредиторите на наследодателя. Целта е била да се създаде яснота по отношение на това кой точно наследник е приел наследството, респективно срещу кой наследник те могат да предявят своите претенции. Такова право обаче не е възниквало в полза на кредиторите на наследника.

Предвид горепосочените разрешения може да се направи извод, че в Древния Рим по отношение на различните категории наследници в различните периоди са се прилагали различни системи на придобиване на наследството. Някои от наследниците не са имали въобще право да извършат отказ. Да се откажат от наследството по принцип са могли само външните наследници. Вътрешните наследници (без необходимите) пък са могли да извършат отказ само според преторското право. Налице са били и още две хипотези, които по своите правни последици са идентични с отказа от наследство. Външните наследници са имали възможност и да бездействат, т.е. да не извършат никакво волеизявление по отношение на наследството, поради което преторът да им даде *tempus ad deliberandum*, в рамките на който те отново да не приемат наследството. През периода на следкласическото право тази хипотеза е била приложима и по отношение на домашните наследници. В тези случаи, сходни с уредбата на чл.51 ЗН, макар и да не е извършен изричен отказ, настъпват същите правни последици - наследникът изгубва правото да приеме наследството и то се предлага на другите призовани наследници. В тази връзка Жирар пише, че „нещата се третират *jure praetorio*, тъй както ако той беше се отрекъл“⁶, т.е. неизвършването в дадения срок на волеизявление за приемане се приравнява на отказ.

От изложеното до тук може да се заключи, че институтът на даване на срок на наследника да заяви дали приема или се отказва от наследството, установен в българското и в редица други европейски законодателства, е имал своята уредба и приложение още в римското частно право. Древноримските юристи са отчели необходимостта от създаване на средства за защита на интересите на кредиторите на наследодателя и на останалите наследници. Генезисът на разглеждания правен институт, поставен в римското частно право, е развит в епохата на буржоазните революции. Позитивноправна уредба той получава във Френския граждански кодекс от 1804г., като е възприет е и в някои други

⁵ Така Венедиков, П. Цит. съч., с.159; Андреев, М. Цит. съч., с. 442.

⁶ Жирар, П. Ф. Цит. съч., с. 1249-1250.

гражданскоправни кодификации на западноевропейски държави от XIX и XX век (например в Швейцарския граждански кодекс от 1907г.), повлияни от френското законодателство. От него, чрез Италианския граждански кодекс (чл.951), той е реципиран и в българския Закон за наследството от 1890г. (чл.207), а от там и в сега действащия Закон за наследството от 1949г. (чл.51).

Чл. 207 от ЗН (отм.) има следното съдържание: „Обаче, ако наследникът по завещание или по закона се призове от лице, което има иск срещу наследството, пред съда за да обяви: желае ли да приеме наследството или се отрича от него, то съдебната власт назначава срок за това обявяване. Ако обявлението не се направи в определения от съда срок, наследникът се счита, че се е отрекъл от него.“ Съгласно чл.205 ЗН (отм.)⁷ наследникът е възможно да мълчи (бездейства) в продължение на двадесет години, като в този период той може да се откаже от наследството. Това мълчание (бездействие) е обосновано само в сроковете, предвидени в чл.214 и чл.216 ЗН (отм.), първата разпоредба дава тримесечен срок за опис, а втората още четридесет дневен срок за размисъл, да приеме ли наследството или да се откаже от него. Логично в чл.218 ЗН (отм.)⁸ е установена забрана до изтичането на тези срокове да бъде заставян да прави волеизявление за приемане или отказ от наследство. След изтичането на сроковете обаче всяко заинтересовано лице има право да призове наследника пред съда и да го накара да обяви, желае ли да приеме наследството или се отказва от него.

Цивилистичната доктрина приема, че заинтересованите от наследството лица могат да призват по реда на чл.207 ЗН (отм.) всеки наследник, бил той по закон или по завещание.⁹ Въпреки, че в законът не е било изрично предвидено се приема, че компетентен да се произнесе по искането е съдът, в района на който се е открило наследството. Като аргумент за това се сочи принципното положение, че всички искове, свързани с въпросите на наследството, до окончателната делба се предявяват пред съда, в района на който се е открило наследството. Поддържа се, че заинтересовано лице да инициира производство по чл.207 ЗН (отм.) е всеки сънаследник, заветник и кредитор на наследството,

⁷ Съгласно чл.205 ЗН (отм.) правото на отричане от едно наследство се просрочва с двадесет годишна давност.

⁸ Съгласно чл.205 ЗН (отм.) Догдето траят сроковете за правене опис и за размисление, наследникът не може да бъде принуден да вземе това качество, и не може да бъде добито срещу него съдебно осъждане.

⁹ Така Тончев, Д. Коментар на Закона за наследството. т. IV. 2 прераб. и доп. изд. С., с.152.

длъжник на наследството и т.н. Това са лицата с действителен интерес. Също така от разпоредбата на чл.207 ЗН (отм.) може да се ползват и лица с т.н. евентуален интерес, като например такива ще бъдат наследниците от следващия ред, които ще бъдат призовани към наследяване ако всички наследници от първи ред се откажат.¹⁰

Характерът на срока, който се определя от съда, се нарича решителен. Мълчанието по времето, докато тече срока и пропусъкът да бъде направено волеизявлението в този срок води до тежката последицата – презюмиране, че наследникът се отказва от наследството. В чл.207 ЗН (отм.) не са дадени ограничения относно продължителността на определения от съда срок, няма посочен минимален или максимален срок. От това се прави извод, че продължителността на срока е предоставена изцяло на преценката на съда. Последният следва да се ръководи при определянето на срока най-вече от възможността на наследника при всеки конкретен случай да събере информация за наследствената маса и съответно да прецени изгодността за себе си на приемането или отказа.

Напълно адекватно в теорията се акцентира на целта и значението на срока по чл.207 ЗН (отм.) за призования наследник.¹¹ Посочва се, че срокът се дава не просто, за да се произнесе (не само заради самото произнасяне), тъй като ако определящо е само произнасянето, то даването на срок би било излишно (загуба на време). За да може наследникът да осъществи волеизявление, приема ли наследството или се отрича от него, той следва преди това да се запознае с актива и съответно пасива на наследствената маса. Срокът, определен от съда, цели именно да даде време на наследника да събере необходимите сведения за съдържанието на наследството и за неговото състояние – размерът на правата и задължителията, които то включва. В тази насока при определяне на продължителността на срока съдът следва да съобрази размера и съответно безспорността на наследственото имущество. Например дори и наследството да включва само един или няколко недвижими имота, ако те са обременени с тежести или ако по отношение на правата върху тях имат претенции трети лица, то на наследника ще му е необходим обективно по-продължителен срок за преценка дали да приеме наследството или да се откаже от него.¹²

¹⁰ Вж. в този смисъл Венедиков, П. Система на българското наследствено право. Второ преработено издание. С., 1945, с. 227 и цитираната там литература.

¹¹ Подробни разсъждения по тези въпроси вж. при Тончев, Д. Коментар на Закона за наследството. т. IV. 2 прераб. и доп. изд. С., с.154.

¹² Наследството може да включва парични вземания на висока стойност, но задължените по тях физически лица да са неплатежоспособни (без секвестрируемо имущество) или пък търговски дружества в несъстоятелност.

Възможна е и обратната хипотеза, наследство което включва много на брой имущества, които са обаче са безспорни и за наследника ще бъде лесно да се ориетира за своя избор. Ето защо при определяне дължината на срока, съдът следва да съобразява големината на наследствената маса, евентуалните задължения, пръснатостта на имуществото и други обстоятелства.

Предвид обстоятелството, че в производството по чл.207 ЗН (отм.) съдът следва да съобразява интересите, както на заинтересованите лица, така и на призования наследник, обосновано в старата литература е поставен въпроса: подлежали на оспорване определеният от съда срок и по какъв ред? Ако съдът е определил неоправдано продължителен срок ще бъдат засегнати интересите на заинтересованото лице, което е инициирало производството. Ако пък съдът е определил неоправдано кратък срок ще бъдат засегнати интересите на призования наследник. Приема, че разпореждането на съда, с което е определена продължителността на срока подлежи на обжалване с частна жалба по реда на чл.734 от Закона за гражданското съдопроизводство (ЗГС) – отм.¹³

Ако призования наследник не се произнесе в дадения му от съда срок, то съгласно чл.207 ЗН (отм.) се приема, че се е отказал от наследството. Този отказ обаче има сила не само спрямо заинтересованото лице, по чието искане е образувано производството, а спрямо всички заинтересовани лица и независимо от участието им в конкретното производство. Ето защо съдът, пред който е протекло производството по чл.207 ЗН (отм.), следва да разпорежи вписването на това обстоятелство, което се приравнява по силата на закона на декларация за отказ, по реда на чл.199 ЗН (отм.) в регистъра на отказите.

От практиката на ВКС по приложението на чл.207 ЗН (отм.) могат да бъдат обобщени следните изводи:

Съдът не може да заключи за мълчалив отказ от наследство, нито пък може да се позове на чл.205 ЗН (отм.), когато наследникът е бил призован да участва в съдебно производство като ответник за дългове на наследството. Същият следва да приложи чл.207 ЗН (отм.), според който наследниците са длъжни да обявят, приемат ли или се отричат

¹³ Така Тончев, Д. Цит. съч., с.155. Принципно в старата процесуална теория се е приемало, че определенията на съда, с които се определят решителни срокове може да се обжалват от заинтересованите лица, макар и това да не е било изрично предвидено в чл.696 ЗГС (отм.), където изброяването е неизчерпателно. Вж. в този смисъл Малышев. Курс Гражданско Съдопроизводство. т. 1, с.371 и Абрашев, П. Гражданско Съдопроизводство. т. 3, с.59.

от наследството и не могат да чакат 20 години, за да се възползват от облагите на чл.205 ЗН (отм.).

Привличането на наследник като ответник по дело, многократното му получаване на призовки за участие като такъв по делото и невявяването му, не следва да се тълкува като мълчаливо приемане или отказ от наследството, доколкото такива последици за такова поведение не са предвидени в закона. Приложението на чл.207 ЗН (отм.) изисква *едно специално призоваване* на наследника от съда, в окръга на който се е открило наследството и даването му на подходящ срок, в който да заяви, желае ли да приеме наследството или се отрича от него.

Ако наследник, който е бил призован в съда в качеството на ответник по иск за наследствен дълг, поиска срок, за да прецени, дали да приеме или не наследството, то съдът е длъжен да му определи такъв срок. В противен случай съдът нарушава съществено чл.207 ЗН (отм.).

Според Венедиков и Тончев, който цитира две решения и три определения на ВКС от периода 1900-1905г. в горепосочения смисъл, юриспруденцията на касационния съд по тези въпроси е постоянна.¹⁴

Същност на действащата правна уредба

Съгласно чл.48 ЗН за да се придобие откритото наследство, то трябва да бъде прието. Системата за придобиване на наследството зависи от типа на правния механизъм, който е възприет от съответното законодателство. В ЗН е установена т.н. „система на приемането“. Изоставена е т.н. „система на отказването“, според която откритото наследство се включва автоматически в имуществото на наследника, а той може да се освободи от него чрез отказ. Тази втора система с определени условности е съществувала при действието на отменения ЗН до 1949г.

Откриването на наследство и възникването на право на наследяване е съпроводено с възможността за наследниците да приемат наследството на своя наследодател или да се откажат от тази възможност. Упражняването на правото на наследяване зависи от волята на наследниците, но има огромно значение за много по-широк кръг правни

¹⁴ Вж. Тончев, Д. Цит. съч., с.156. В този смисъл прави извод и Венедиков, П. Цит. съч., с. 227. Същият посочва, че предявяването на иск срещу едно лице в качеството му на наследник е очевидно, че не може да замести процедурата по чл.207 ЗН. Призованият да отговаря по такъв иск, ако не се яви пред съда, не се смята, че приема наследството.

субекти, включително за нормалното развитие на гражданския оборот и правната сигурност. Висящото (незаето) наследство, което остава без титуляр в продължителен период от време след неговото откриване създава предпоставки за неговото разпиляване. Това положение уврежда интересите на наследниците, кредиторите на наследството, кредиторите на наследниците и други заинтересовани лица (общини, държавни органи и т.н.). Ето защо наследственото законодателство трябва да се стреми към бързото и ясно уреждане на въпросите, свързани с наследственото правопримемство, което да се осъществява във възможно най-кратки срокове след откриването на наследството.

В чл.51 ЗН е уредена възможността по искане на всеки заинтересуван районният съдия, след като призове лицето, което има право да наследява, да му определи срок, за да заяви приема ли наследството или се отказва от него. Второто изречение на чл.51, ал.1 ЗН предвижда и възможността, когато има заведено дело срещу наследника, по искане на последния или на ищеца в производството такъв срок да се определи от съда, който разглежда делото. В чл.429, ал.2 ГПК е дадено правомощие и на съдебния изпълнител в хода на изпълнителното производство да определи срок съгласно чл.51 ЗН, когато наследникът не е приел наследството, след което да съобщи изявлението на наследника на съответния районен съдия, за да бъде вписано.

След отмяната на срока за приемане на наследството¹⁵ особено значение придобива правилото на чл.51 ЗН, което дава възможност да се иска такъв срок да бъде определен от съда. Кредиторите на наследството, кредиторите на наследниците, останалите сънаследници и други заинтересовани лица (общини, държавни органи и т.н.) използват производството по чл.51 ЗН все по-често, като то придобива особено значение през последните години. Този извод се подкрепя от множеството водени дела по реда на чл.51 ЗН, малка част от които намерили своя завършек и в съдебни актове на ВКС, а преобладаваща част на по-ниско ниво. Съдебната практика по чл.51 ЗН придобива значителни количества, но за съжаление вниманието на правната теория към това производство в последните десетилетия остава слабо и като цяло в исторически план е твърде скромно. Независимо от набралата скорост в приложението на чл.51 ЗН от страна на практиката, тълкуването и прилагането на тази разпоредба е противоречиво и спорно. При прегледа на съдебната практика по приложението на чл.51 ЗН могат да се открият доста спорни

¹⁵ Съгласно чл. 50 ЗН (Отм. - ДВ, бр. 60 от 1992 г.) правото да се приеме наследството, открито в страната, се погасява с изтичането на петгодишна давност от откриването му.

въпроси от материалноправен и процесуален аспект. Поставянето на тези въпроси на обсъждане е първата стъпка за целесъобразното им разрешаване и цели да предизвика предложения *de lege ferenda* към законодателя за усъвършенстване на уредбата.

Противоречиво разрешавани въпроси в практиката на съдилищата

В практиката на съдилищата като противоречиво разрешавани могат да бъдат обобщено посочени следните въпроси:¹⁶

Въпросът за реда и начина за определяне на срок по чл.51, ал.1 ЗН;

Въпросът подлежи ли на обжалване съдебният акт, с който съдът по реда на чл.51, ал.1 ЗН е разпоредил да се впише, че призован към наследяване е изгубил право да приеме наследството, с оплаквания, че определеният от съда срок е недостатъчен или с твърдения, че наследството е било прието преди подаване на заявлението;

Въпросът в открито или в закрито съдебно заседание се разглежда молбата по реда на чл.51, ал.1 ЗН;

Въпросът как следва да процедира съдът, когато призованият към наследяване не е бил намерен на посочения адрес, нито на постоянния или настоящия му адрес.

Въпросът как следва да бъде осъществено (в каква форма) волеизявлението за отказ или приемане на наследството от призования към наследяване наследник в производството по чл.51, ал.1 ЗН;

¹⁶ Обобщението на спорните въпроси се извлича от „Анализ на съдебната практика по някои производства по Закона за наследството”, реализиран в рамките на проект на Националния институт на правосъдието „Качествено професионално обучение за повишаване ефективността на правосъдието”, финансиран от Оперативна програма „Добро управление“, съфинансирана от Европейския съюз чрез Европейския социален фонд. Изследването е разработено от екип от съдии под ръководството на съдия Светлана Калинова от Върховния касационен съд. Предмет на изследване в рамките на проведеното в периода 29.01-30.06.2017 г. проучване на практиката на съдилищата са производствата по приемане и отказ от наследство, по назначаване на управител на незаето наследство, по назначаване и освобождаване от длъжност на изпълнителя на завещание, по запечатване, разпечатване и опис на открито наследство, както и аналогични производства в други държави-членки на ЕС и уредбата на тези производства в Закона за наследството (отм.).

Въпросът допустимо ли е производството по чл.51, ал.1 ЗН, ако призованият към наследяване е приел наследството или се е отказал от него преди подаване на искането;

Въпросът допустимо ли е определяне на срок по чл.51 ЗН за призовани към наследяване недееспособни лица и какво вписване в книгата по чл.49 ЗН следва да се извърши, ако те не направят изявление в рамките на определения срок;

Въпросът допустимо ли е вписване в специалната книга, че призовано към наследяване лице е изгубило правото да приеме наследството, когато производството по чл.51 ЗН е проведено от съдебен изпълнител по реда на чл.429, ал.2 ГПК;

Въпросът допустимо ли е в едно производство по реда на чл.51 ЗН да бъде определен срок за всички лица, призовани към наследяване на един общ наследодател или по искане за определяне на срок по чл.51 ЗН за всяко едно от тези лица следва да бъде образувано отделно производство;

Въпросът с какъв акт по същество се произнася съдът в производството по чл.51, ал.1 ЗН;

Въпросът ако при заявяване на искане по чл.51 ЗН извън висящ процес призованото към наследяване лице не се яви и не изрази пред съда воля дали приема наследството или се отказва от него, следва ли в специалната книга на съда да се впише, че е изгубило право да приеме наследството;

Въпросът кога следва да бъде платена дължимата държавна такса при заявяване на искане по чл.51 ЗН извън висящ процес, дължи ли се отделна държавна такса за вписване на направеното в това производство изявление за приемане или отказ от наследство и кой е длъжен да я плати – дали заявителят или призованото към наследяване лице.

Предложения de lege ferenda към законодателя

От посочените спорни въпроси може да се заключи, че уредбата на чл.51, ал.1, ал.2 и ал.3 ЗН е твърде лаконична и не дава ясно разрешение на възникващите в хода на прилагането ѝ проблеми. Без да се претендира за изчерпатеност по-надолу ще бъдат дадени няколко насоки за възможни законодателни изменения и допълнения на обсъжданите разпоредби.

По отношение на съдържанието на ал.1 на чл.51 ЗН е коректно

второто изречение да отпадне, като бъде заместено с изречение, което дава насоки за срока, който съдът следва да определи. Срокът може да бъде например от един до три месеца, определен конкретно от съда в зависимост от обема и характера на откритото наследство. Освен това целесъобразно е да бъде допусната възможност срокът да бъде удължаван по искане на наследника при наличието на уважителни причини за това. Във връзка с правния интерес на сезиращото съда лице е логично в искането да се обосновава не само неговото качество – наследник от следващ наследствен ред, кредитор и т.н., а и данни за съдържанието на наследствената маса. Такива данни биха ориентирали съда за продължителността на срока, който да определи.

Ако законодателят счита, че в хода на висящо исково производство може да бъде определян срок на наследника, то следва в отделна алинея да предвиди такава възможност. В този случай следва да бъде ясно посочено дали това става служебно от съда или по искане на заинтересованата страна. Също така дали заявлението, респективно мълчанието на наследника, ще подлежи на вписване в особената книга по чл.49, ал.1 ЗН или ще има значение единствено за разрешаването на конкретия исков процес.

Съдържанието на чл.51, ал.2 ЗН, предвид действащата в момента система на приемане на наследството, регламентирана в чл.48 и сл. ЗН, следва да остане същото.

Към съдържанието на чл.51, ал.3 ЗН следва да бъде изрично добавено, че на вписване в особената книга по чл.49, ал.1 ЗН подлежи, не само изявлението на наследника, но и загубването на възможността за приемане на наследството по реда на чл.51, ал.2 ЗН. Освен това е коректно да бъде посочено дали крайният съдебен акт (например разпореждане), с който приключва производство, принципно подлежи на обжалване или само когато искането е оставено без уважение, или производството е прекратено.

Заклучение

Противоречивата съдебна практика, която се дължи на състоянието на законодателството в момента, би могло да даде повод за образуване на тълкувателно дело, но решението на въпросите с оглед на действащата редакция на чл.51, ал.1, ал.2 и ал.3 ЗН не би било задоволително. Многото на брой спорни въпроси от материалноправен и процесуален характер

са показателни за необходимостта от законодателна намеса, която да прецизира и допълни съдържанието на чл.51 ЗН. По този начин ще се гарантира еднаквото и правилно приложение на разпоредбата в практиката. В противен случай правораздавателната дейност на съдилищата при прилагането на чл.51 ЗН ще бъде лишена от желаната предвидимост, а принципите за еднакво приложение на закона и за правната сигурност ще останат само с пожелателен характер. Целесъобразно ще бъде също така да се помисли за евентуално изменение на действащата концепция относно механизмът на приемане/отказ от наследството, регламентиран в чл.48 и сл. ЗН.

LEGISLATIVE REFORM OF THE PROVISION OF ARTICLE 51 OF THE INHERITANCE ACT AS A GUARANTEE OF UNIFICATION OF THE DISPUTED CASE – LAW ON ITS APPLICATION

Summary: The discovery of an inheritance and the right to inheritance is accompanied by the possibility for the heirs to accept the succession of their legacy or to give up this opportunity. The exercise of the right of inheritance depends on the will of the heirs, but it is of great importance for a much wider range of legal entities, including the normal development of civilian turnover and legal certainty. The pending (unpaid) heritage, which remains untitled for a long period of time after its discovery, creates preconditions for its dissolution. Article 51 (1) of the Bulgarian Inheritance Act provides for the possibility, at the request of any interested district judge, upon summoning the person entitled to inherit him to set a time limit to declare his inheritance or renounces him. The second paragraph of Article 51 provides that if the heir fails to answer within a given time limit, he loses the right to accept the succession. After the cancellation of the period for acceptance of the inheritance, the provision of Art. 51 of the Inheritance Act is of particular importance, which makes it possible to request such a term to be determined by the court. The creditors of the estate, the creditors of the heirs, the other co-heirs and other interested persons (municipalities, state bodies, etc.) are using the procedure under Art. 51 of the of the Inheritance Act more and more, and it is of particular significance in recent years. The jurisprudence on the application of Article 51 of the Inheritance Act acquires significant quantities, but unfortunately the interpretation and application of this provision is controversial and controversial. This article aims to discuss the controversial issues in the case law on the application of Article 51 of the Inheritance Act. Putting these issues under discussion is the first step towards their appropriate resolution and aims to bring *de lege ferenda* proposals to the legislator to improve the regulation. The many issues of substantive and procedural issues are indicative of the need for legislative intervention to refine and supplement the content of Article 51. This will ensure the uniform and correct application of the provision in practice. Otherwise, the judicial activity of the courts in the application of Art. 51 of the Inheritance Act will be deprived of the

foreseeability desired, and the principles of uniform application of the law and legal certainty will only be of a desirable nature.

Key words: *Inheritance Act, right of inheritance, discovery of heritage, setting a time limit for acceptance / denial of inheritance, contradictory case – law, proposals de lege ferenda.*

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

ПРЕКУ ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА ИЛИ КОНТРОЛАТА НА УМОТ ДО НОВ СВЕТ ЗА СИТЕ

UDK:342.72/.73:316.46058.5
Professional papers

***Апстракт:** Во овој труд авторите ќе направат истражување за тоа дали новиот свет кој е на повидок ќе се реализира преку поголемо зајакнување и универзалнирање на човековите права или пак со воспоставување на контрола врз умот на сите земјани. Правата и слободите на човекот и граѓанинот се основните критериуми што ја отсликуваат улогата на човекот и граѓанинот во едно општество. Истовремено тие се најясниот показател за карактерот на власта. Колку се понапредни тие, толку повеќе ја стеснуваат можноста на власта (властодриците) за злоупотреби и арбитрарност кон правата и слободите на човекот. Современата контрола на умот е и технолошка и психолошка. Светот е во ризична фаза каде контролата на умот има физичка и научна димензија која се заканува да прерасне во постојана состојба доколку не станеме свесни за алатките кои му се ставени на располагање на технократското диктаторство кое се одвива низ целиот свет. Денес на светската сцена се поизразаена е трката меѓу зајакнувањето и универзалнирање на човековите права и воспоставувањето на контрола врз умот на човекот. Кој се стигне прв и ќе биде основата на новиот свет за сите?*

Клучни зборови: човекови права, контрола на умот, нов свет.

* Вонреден професор на Воена академија „Ген. Михаило Апостолски“ Скопје,
tonigjorgiev@yahoo.co.uk,

** соработник на Воена академија „Ген. Михаило Апостолски“ Скопје
gocestoilovski1974@gmail.com

Вовед

Тежнењето кон заштита на човековото достоинство на сите човечки суштества се наоѓа во средиштето на концептот на човековите права. Тој концепт го поставува човекот во центарот на вниманието. Истиот се заснова врз заеднички универзален систем од вредности посветен на светоста на животот и обезбедува рамка за изградба на систем на човекови права, заштитен со меѓународно-прифатените норми и стандарди.

Сите луѓе се родени слободни и еднакви во достоинството и правата. Тие треба да дејствуваат заедно во духот на братството.¹ Судирите треба да се разрешуваат по мирен пат, врз основа на владеењето на правото и во рамки на човековите права. Меѓутоа, човековите права можат да се преклопуваат едни со други; тие се ограничени со правата и слободите на другите или поради потребите за заштита на моралот, јавниот ред и општата благосостојба во едно демократско општество.² Човековите права на другите мора да се почитуваат, не само да се толерираат.

Човековите права не смеат да се користат за прекршување на други човекови права, па така, сите судири мора да се разрешуваат со едновремено почитување на човековите права и покрај тоа што во време на вонредна состојба и во екстремни случаи може да се наметнат одредени ограничувања.³ Од почетокот на човековата историја, контролата на умот беше привилегија на оние кои го проучуваа човековото однесување со цел да потчинат голем дел од популацијата на волјата на мала “елитна” група.

Универзална декларација за човекови права (УДЧП)

Универзална декларација за човекови права (УДЧП) - декларација донесена од Генералното собрание на Обединетите нации на 10 декември 1948 г. во дворецот Шајо, Париз. Декларацијата произлезе директно од искуството од Втората светска војна и го претставува првото глобално изразување на права на коишто, по својата природа имаат право сите човечки суштества. Декларацијата се состои

¹ член 1 од Универзалната декларација за човекови права (УДЧП)

² член 29 од УДЧП

³ член 30 од УДЧП

од 30 члена коишто се елаборирани во подоцнежни меѓународни договори, регионални инструменти за човекови права, национални уставни закони. Меѓународната повелба за човекови права се состои од Универзалната декларација за човекови права, Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права и Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и неговите два Факултативни протоколи. Во 1966 година, Генералното собрание донесе два детални пакта коишто ја комплетираат Меѓународната повелба за човекови права и во 1976 година, откако двата пакта беа ратификувани од доволен број поединечни држави, Повелбата стана меѓународен закон.⁴

Правно дејство

Иако, Декларацијата самата по себе не е договор, таа беше експлицитно донесена за дефинирање на значењето на зборовите „основни слободи“ и „човекови права“ коишто се присутни во Повелбата на Обединетите нации којашто е обврзувачка за сите земји-членки. Токму затоа, Универзалната декларација е основен, суштински документ на Обединетите нации. Исто така, многу меѓународни адвокати веруваат дека Декларацијата е дел од меѓународното обичајно право и дека е моќна алатка при вршење дипломатски и морален притисок врз Владите коишто го прекршуваат кој било член од Декларацијата. На Меѓународната конференција за човекови права на Обединетите нации во 1968 година, беше сугерирано дека Декларацијата „претставува обврска на сите членови на меѓународната заедница“ кон сите луѓе. Декларацијата служи како основа за два обврзувачки пакта за човековите права на Обединетите нации, а тоа се Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права, како и начелата од Декларацијата кои се елаборирани во меѓународни договори како што се: Меѓународната конвенција за елиминирање на сите форми на расна дискриминација, Меѓународната конвенција за елиминирање на сите форми на дискриминација на жените, Конвенцијата за правата на детето на Обединетите нации, Конвенцијата против тортура на Обединетите нации и многу други. И понатаму многу влади, професори, поборници, уставни судови и луѓе кои се повикуваат на начелата од Декларацијата за заштита на нивните признати човекови права ѝ оддаваат огромно признание“.⁵

⁴ Види <https://mk.wikipedia.org>

⁵ Види <https://mk.wikipedia.org>

Методи на контрола на умот

Современата контрола на умот е и технолошка и психолошка. Тестовите покажуваат дека со едноставно изложување на медотите на контрола на умот, ефектите може да бидат редуцирани или елиминирани, барем кога се работи за рекламен и пропаганден програм. Потешки за мерење се физичките упади, кои воено-индустрискиот комплекс продолжува да ги развива и подобрува.⁶

Наноботови

Наноботите доаѓаат директно од научнофантастичните хорори. Која им е целта? Човечкиот мозок, секако! Директната мозочна модификација веќе е позната како “невроинженерство”. Еден озвучен материјал од почетокот на 2009 година истакнува дека директната манипулација на мозокот преку оптички влакна е малку неуредна, но кога еднаш ќе се инсталира “може да го направи некогo среќен само со притискање на копче.” Наноботовите целиот овој процес го доведуваат до автоматизирано ниво, обновувајќи го мозокот, молекула по молекула. Исто така, овие мини дроиди може да се саморазмножуваат, што не принудува да се запрашаме како духот ќе го вратиме повторно во ламбата, откако веќе еднаш ќе се ослободи. Очекувана дата на експанзија? Почетокот на 2020-тите.

Научниците веќе се ангажираат да го раководат и предвидат човековото однесување, со што диктаторската елита ќе може да ги контролира масите и да се заштити себеси од последиците од будното и слободно човештво. Само ако ги пресретнеме нивните обиди да не заспијат имаме можност да ја зачуваме нашата слободна воља.⁷

Телевизија, компјутери и „брзина на треперење”

Доволно лошо е сознанието дека тоа што е “програмирано” на вашиот телевизор (преку далечинско управување) е проектирано; сето тоа буквално ве наведува да заспиете, што далечинскиот го прави психо-социјално оружје. Тестовите за стапката на треперења покажуваат дека

⁶ Види <http://www.psiha.com>

⁷ Види <http://www.psiha.com>

алфа брановите во мозокот се променети, создавајќи вид на хипноза која делува така што светлата емитуваат кодирани Интернет податоци со “побрзо треперење од тоа што очите можат да го забележат.

Стапката на треперења на комјутерот е помала, но низ видео игрите, социјалните мрежи и основната структура која го преполнува мозокот со информации, брзиот напредок на современата комуникација доведува до АДХД состојба (хиперактивно пореметување поради недостиг на внимание). Истражувањето на видео игрите откри дека продолженото играње може да резултира со понизок проток на крвта во мозокот, намалувајќи ја емоционалната контрола. Понатаму, игрите на имитирање како воени или полициски сценарија служат за десентизација на врската со реалноста.⁸

Електромагнетен спектар

Електромагнетните импулси целосно не обиколуваат, создадени од современите направи за кои се докажа дека имаат директно влијание на функцијата на мозокот. Во премолченото признание за тоа што е возможно, еден истражувач работеше со “Божји шлем” за да индуцира визии преку менување на електромагнетното поле на мозокот. Современите импулси постојано ни го испираат мозокот со потенцијално мисловно-менувачки бранови. Исто така, на контролорите им се достапни и предавателите на мобилните телефони за подиректна интервенција врз човековиот ум.

Воено тестирање

Војската има долго минато на тестирање за мозочна контрола. Воениот ум веројатно е најпокорен, бидејќи оние кои бараат кариера во војската генерално функционираат според принципите за хиерархија, контрола и потребата за неоспорна послушност во мисија. За зголемената бројка на воен персонал кој ја преиспитува својата индоктринација, недамнешна статија ги истакна плановите на ДАРПА за шлемови за трансранијална контрола на умот, кои ќе ги задржат фокусирани.⁹

⁸ Види <http://www.psiha.com>

⁹ Види <http://www.psiha.com>

Лекови

Тоа може да биде супстанца која создава зависност, но мисијата на контролирачите е да бидете сигурни дека се навлекле на нешто. Голем удел во контролата игра психијатријата, чија цел е да ги дефинира луѓето преку нивните пореметувања, кои се спротивставуваат на нивниот човечки потенцијал. Тоа беше навестено во книгите како “Храбар нов свет”.¹⁰

Денес, медицинската тиранија ги казнува сите кои се “непослушни” и имаат некој вид на пореметување (а тоа е најлесно да се докаже) – особено оние кои го оспоруваат авторитетот на елитата. Употребата на лекови за смирување во војската доведе до рекорден број на самоубиства. Поразително делува податокот дека над 25% од американските деца се на лекови за смирување!

Храна, вода, воздух

Адитиви, токсини и други отрови од храната буквално ја менуваат хемијата на мозокот за да создадат послушност и апатија. Откриено е дека флуорот во водата за пиење ја намалува интелигенцијата. Аспартамот и моносодиум глутаматот се ексцитотоксини кои ги возбуждуваат клетките во мозокот се додека не изумрат; лесниот приод до брза храна која ги содржи овие отрови создаде популација која има недостиг на фокус и мотивација за секој тип на активен начин на живот. Поголемиот дел од современиот свет е перфектно уреден за пасивно примање и прифаќање на наредби од диктаторската елита. А доколку по некое чудо, сте успеале здраво да се храните, не заборавајте дека секогаш можат да го попрскаат воздухот со кемтрејлси.¹¹

Спорт, политика, религија

Некои го сметаат навредливо ставањето на религијата, па дури и политиката, веднаш до спортот како метод за контрола на мислите. Централната тема е сосема иста: подели и освој. Техниките се прилично

¹⁰ Види <http://www.psiha.com>

¹¹ Види <http://www.psiha.com>

едноставни: краток спој врз природната тенденција на луѓето да соработуваат за да преживеат, како и да ги научат да формираат тимови склони кон доминација и победа.¹²

Интуитивно програмирање

Многумина сеуште одрекуваат дека интуитивното програмирање е реално. За таа цел секој може да ја разгледа документацијата собрана од Алан Ват и да дојде до поинаков заклучок. Интуитивното програмирање има потекло од претежно елитистичкиот Холивуд, каде “големиот екран” може да понуди визија за насоката кон која се движи општеството.¹³

Рекламирање и пропаганда

Едвард Бернајс беше наведен како пронајдувачот на потрошувачката култура која првенствено беше насочена кон проекцијата која луѓето ја имаат за себеси, за да ја претвори желбата во потреба. Ова прво беше искористено во продуктите како цигарите. Сепак, Бернајс во неговата книга од 1928 година “Пропаганда” бележи дека “пропагандата е извршната рака на невидливата влада.

Ова најјасно може да се забележи во современите полициски држави и во растечката граѓанска поткажувачка култура, опседната со псевдо-патриотската војна против теророт. Зголемената консолидација на медиумите овозможи целокупната корпоративна структура да се спои со владата, што сега го употребува концептот на поставување на пропаганда.

Медиумите, печатниците, филмовите и кабелските вести сега може да работат неприметно при интегрирањето на целокупна порака за која се чини дека има “прстен на вистината” бидејќи доаѓа од толку многу извори истовремено. Кога некој станува свесен за идентификација на главната “порака”, ќе ја забележи оваа поврзаност насекаде. А

¹² Види <http://www.psiha.com>

¹³ Разгледајте ги книгите и филмовите од минатото за кои сметавте дека беа претерано напнати, или “научна фантастика” и забележете го одблиску денешното општество. За детална анализа на специфични пример, сајтот www.vigilantcitizen.com е одличен извор кој веројатно ќе направи да ја гледате “забавата” во сосема поинакво светло.

потсвесното праќање на пораки не мора нити да се спомнува“.¹⁴

Едукација

Ова е најочигледниот, но сеуште останува најтаен метод. Отсекогаш најголема фантазија на диктаторите беше “едукацијата” на природно надарените деца и како таква истата беше централна компонента во комунистичката и фашистичката тиранија.

Најзначајна личност во откривањето на агендата на модерната едукација е Шарлот Исербит - секој може да започне со истражување на оваа област преку симнување на бесплатно ПДФ од нејзината книга “Намерното ‘оглупување’ на Америка”, која ја разоткрива улогата на глобалистичките фондации во формирањето на иднина која има за цел да продуцира покорни трутови водени од потполно едуцирана, свесна елитна класа“.¹⁵

Заклучок

Разбирањето на принципите и постапките сврзани со човековите права ги оспособува луѓето да учествуваат во одлуките коишто ги одредуваат нивните животи, да дејствуваат во насока на разрешување на судири и одржување на мирот, раководејќи се од човековите права, а сето тоа претставува остварлива стратегија за човекот, општествен и економски развој во чие средиште се наоѓаат луѓето. Едукацијата и изучувањето на човековите права треба да ги спроведуваат сите фактори или засегнати субјекти, како граѓанското општество, владите и меѓународните компании. Преку изучување на човековите права може да се развие вистинска „култура на човековите права“, заснована врз почитување, заштита, исполнување, спроведување и практикување на човековите права.

Колку повеќе некој ја истражува мозочната контрола, толку повеќе ќе доаѓа до заклучок дека постојат координирани тенденции кои имаат за цел да ја претворат човечката раса во автомати.

Денес сме во ризична фаза каде контролата на умот има физичка

¹⁴ Види <http://www.psiha.com>

¹⁵ Види <http://www.psiha.com>

и научна димензија која се заканува да прерасне во постојана состојба доколку не станеме свесни за алатките кои му се ставени на располагање на технократското диктаторство кое се одвива низ целиот свет.

Човечкиот ум е и денес нистражена мистерија за обичните луѓе. Денешниот човек не користи ни 10% од можностите на својот ум. Значи дека сеуште не сме научиле во потполност да го користиме нашиот ум. Но, ако ние не сме научиле да го користиме нашиот ум, има некој кој се обидува забрзано да го направи тоа или можеби веќе го прави? Контролата на луѓето, широките народни маси и нивните умови стана едно од најважните оружја на луѓето кои тежнеат да станат планетарни владетели. Ако тие не се веќе. Во текот на 20-тиот век, човековите права се развија во морална, политичка и правна рамка и станаа водечка насока за развој на свет ослободен од страв и немаштија. Човековите права ги оспособуваат и им даваат моќ на поединците и на заедниците да бараат трансформација на општеството во насока на целосно остварување на сите човекови права.

На крајот се поставува прашањето дали трката меѓу зајакнувањето и универзалнирање на човековите права и воспоставувањето на контрола врз умот на човекот е завршена или сеуште трае? И кој се стигне прв и ќе биде основата на новиот свет за сите?

Toni Gjorgiev, PhD

Associate professor, Military Academy "Gen. Mihailo Apostolski" Skopje

Goce Stoilovski, LL.M

Military Academy "Gen. Mihailo Apostolski" Skopje

THROUGH THE HUMAN RIGHTS AND MIND CONTROL TO THE NEW WORLD FOR ALL

In this paper, the authors will do research on whether a new world in sight will be realized through greater empowerment and universalization of human rights, or by establishing control over the mind of all earthly people.

The rights and freedoms of man and citizen are the basic criteria that reflect the role of man and citizen in a society. At the same time they are the clearest indicator of the character of power. The more advanced they are, the more they reduce the possibility of power (power) for abuses and arbitrariness towards human rights and freedoms.

The contemporary control of the mind is both technological and psychological. Today we are at a risky stage where the mind control has a physical and scientific dimension that threatens to grow into a permanent state if we do not become aware of the tools that are available to technocratic dictatorship that takes place around the world.

Today, the race between the strengthening and universalization of human rights and the establishment of control over the mind of man is more pronounced on the world stage. Who will be the first to reach and will be the basis of the new world for all?

Keywords: *human rights, mind control, a new world.*

EUROPSKI ZAKONODAVNI OKVIR MEĐUBANKOVNIH NAKNADA ZA PLATNE TRANSAKCIJE PUTEM KARTICA

UDK 336.74:004.083.1:340.13 (4-672EU)

Review paper

Abstrakt: Kartično plaćanje, neovisno o tome radi li se o prekograničnom ili nacionalnom plaćanju te kupnja putem interneta, značajna su sastavnica trgovine unutar granica jedinstvenog europskog tržišta. Pravilno funkcioniranje tog cjelovitog tržišta zahtijeva kontinuiran rad na prepoznavanju i otklanjanju prepreka koje dovode do njegove fragmentacije. U radu se daje pregled recentnih zakonodavnih rješenja za međubankovne naknade za kartične platne transakcije u Europskoj uniji, s posebnim naglaskom na Uredbu 2015/751 Europskog parlamenta i Vijeća o međubankovnim naknadama za platne transakcije na temelju kartica, a koja su uslijedila nakon provedbe postupaka u predmetima Mastercard i Visa. Također, analizira se visina naknada za kartična plaćanja u državama članicama.

Gljučne riječi: međubankovne naknade, elektroničko plaćanje, Uredba 2015/751, europsko unutarnje tržište

1. UVODNO

Sustav plaćanja na europskoj i globalnoj razini već duže razdoblje prolazi faze transformacije i gotovo je nemoguće predvidjeti budući tijek njegova razvoja. Platne kartice predstavljaju elektronički platni instrument koji se najčešće koristi u maloprodaji. Pri svakoj kupnji koju potrošač realizira temeljem kartice, banka imatelja kartice naplaćuje banci trgovca određene međubankovne naknade. Te se naknade mogu naplaćivati izravno ili neizravno, putem treće osobe.¹ S obzirom na činjenicu da kartično plaćanje predstavlja

* Autorica je viši predavač na Veleučilištu „Lavoslav Ružička“ u Vukovaru, sanja.gongeta@gmail.com

najveći udio u bezgotovinskom plaćanju, jasno je kako je transparentan i jasan zakonodavni okvir, koji uvažava realne troškove i prednosti od takvih transakcija nužan za moderno i ujednačeno novčano tržište na jedinstvenoj europskoj razini.

Europski zakonodavni okvir kojim se regulira visina međubankovnih naknada za platne transakcije putem kartica čini nekoliko ključnih uredbi i direktiva iz područja platnog prometa i njima se uklanjaju izravne i neizravne prepreke pravilnom funkcioniranju cjelovitog europskog tržišta za elektronička plaćanja i otklanjaju razlike između nacionalnog i prekograničnog elektroničkog plaćanja. Recentne teorijske analize europskog zakonodavnog okvira za međubankovnih naknada za platne transakcije putem kartica ističu kako takav, ujednačen pristup zakonskih rješenja pozitivno utječe na prava potrošača i bolju prihvaćenost platnog prometa karticama na europskom tržištu.² Dosadašnja literatura iz ovoga područja većinom se bavila potencijalnim benefitima novih zakonskih rješenja, no vremenski odmak pruža priliku analize njihovog stvarnog utjecaja na kartične platne transakcije.

Rad je strukturiran kako slijedi. Nakon uvodnog dijela rada definiraju se osnovni pojmovi nužni za razumijevanje problematike te se pojašnjava sam značaj platnih transakcija putem kartica za europsko tržište. U istom poglavlju daje se i pregled kartičnog tržišta u Europskoj uniji kao i kratak pregled uredbi i direktiva koje čine zakonodavni okvir za za platne transakcije putem kartica na jedinstvenom europskom tržištu.

Treće poglavlje donosi prikaz Uredbe (EU) 2015/751 iz travnja 2015. godine te se detaljno analiziraju njezine odredbe o međubankovnim naknadama za transakcije potrošačkim debitnim i kreditnim karticama kao i predviđena pravila poslovanja prema novim ujednačenim pravilima.

U četvrtom poglavlju iznose se zaključna razmatranja te se iznošenjem dostupnih statističkih podataka koji uključuju razdoblje od donošenja Uredbe 2015/751 do danas odgovara na pitanje je li se postigao cilj same Uredbe 2015/751.

¹ Mirta Kapular, Međubankovne naknade za platne transakcije putem kartica i nova EU Uredba, Pravo i porezi, 7/2015, 58-68, str. 58.

² Nicole Jonker, Regulating Interchange fees for card payments in: Jakub Gorkov (ed.), Transforming payment system in Europe, University of Warsaw, Palgrave MacMillan, 2016., 174.

2. ZNAČAJ PLATNIH TRANSAKCIJA PUTEM KARTICA ZA EUROPSKO TRŽIŠTE

2. 1. Pojam i vrste platnih transakcija putem kartica

Kako bi se značaj platnih transakcija putem kartica za europsko financijsko tržište adekvatno pojasnio prethodno je potrebno definirati ključne pojmove. Platna kartica je platni instrument koji omogućuje njezinu imatelju izvršenje plaćanja robe i usluga bilo preko prihvatnog uređaja ili na daljinu i/ili koji omogućuje podizanje gotovog novca i/ili korištenje drugih usluga na bankomatu ili drugom samposlužnom uređaju te prijenos novčanih sredstava, a koje omogućuje iniciranje platne transakcije i njezino izvršavanje u okviru kartične platne sheme.³

Osnovna je podjela platnih kartica prema dospijeću i podmirenju troškova, tj. prema trenutku kada imatelj podmiruje iznos učinjenih troškova po platnoj kartici. U skladu s tim platne kartice dijele se na debitne⁴, koje podrazumijevaju plaćanje odmah, (engl. pay now), kreditne⁵ koje podrazumijevaju plaćanje kasnije, (engl. pay later) i prepaid kartice, koje podrazumijevaju plaćanje unaprijed (engl. pay in advance).⁶

Pojam platne transakcije temeljem kartice definiran je u članku 2. t. 7. Uredbe 2015/751 kao „usluga koja se temelji na infrastrukturi i pravilima poslovanja kartične platne sheme za izvršavanje platne transakcije bilo kojom karticom, telekomunikacijskim, digitalnim ili IT uređajem ili softverom ako je time izvršena transakcija debitnom ili kreditnom karticom“ i dalje se u definiciji nastavlja kako „platne transakcije na temelju kartice isključuju transakcije na temelju drugih vrsta platnih usluga“.

³ Čl. 3. t. 32. Zakona o platnom prometu, Narodne Novine 66/18

⁴ Debitne platne kartice omogućuju imatelju plaćanje robe i usluga te podizanje gotovog novca preko bankomata, drugih uređaja i na šalterima kreditnih institucija. Pri korištenju debitne kartice račun za plaćanje imatelja kartice tereti se za učinjeni trošak odmah nakon izvršenja kartične platne transakcije uz uvjet da na računu postoji pokriće. Pokriće na računu uključuje i iznos neiskorištenoga dopuštenog prekoračenja.

⁵ Kreditne platne kartice omogućuju imatelju plaćanje robe i usluga te podizanje gotovog novca preko bankomata i drugih uređaja. Upotreba kreditne kartice ne uvjetuje imatelju osigurano pokriće na računu za plaćanje za izvršenje platne transakcije u trenutku njezina zadavanja. Za izvršenje platne transakcije korisniku kreditne kartice odobren je kredit (limit). Troškovi nastali korištenjem kreditne kartice tijekom određenog razdoblja naplaćuju se u rokovima definiranim ugovorom o izdavanju kreditne kartice, tj. nakon određenog vremena. Kreditne kartice obuhvaćaju kreditne, charge, revolving, kartice s odgođenom naplatom i članske kartice.

⁶ Soren Korsgaard, Paying for Payments – free payments and optimal interchange fees, Working paper series No. 1682, European Central Bank, 2014.

Isti članak Uredbe 2015/751 definira i pojam prekogranične platne transakcije kao „transakciju na temelju kartica pri kojoj se izdavatelj i prihvatitelj nalaze u različitim državama članicama ili kada je platni instrument na temelju kartica izdao izdavatelj koji se nalazi u državi članici koja nije država članica u kojoj se nalazi prodajno mjesto“, a nacionalnu platnu transakciju definira kao „platnu transakciju na temelju kartica koja nije prekogranična platna transakcija“.

Kartična platna shema jest skup funkcija, procedura, postupaka, pravila i uređaja koji imatelju platne kartice omogućuju izvršenje platne transakcije i/ili podizanje gotovog novca kod pružatelja platnih usluga.⁷

Praksa je razvila dvije vrste kartičnih platnih shema. To su model s četiri sudionika, tzv. „četverostrana“ kartična shema i model s tri sudionika, odnosno tzv. „trostrana“ kartična shema. U četverostranoj kartičnoj shemi sudionici su obično: imatelj platne kartice platitelj, trgovac primatelj plaćanja, pružatelj platnih usluga izdavatelj platne kartice i pružatelj platnih usluga prihvatitelj platne kartice.⁸

U trostranoj kartičnoj shemi uobičajeni sudionici su: imatelj platne kartice platitelj, trgovac primatelj plaćanja, pružatelj platnih usluga izdavatelj platne kartice koji je ujedno i pružatelj platnih usluga prihvatitelj platne kartice.⁹

Gledaju li se pojedinačne brojke po državama članicama Europske unije, prema podacima Hrvatske narodne banke na primjer, trenutačno na teritoriju RH posluju četverostrane kartične sheme MasterCard i Visa. U sustavu četverostrane kartične sheme izdaju se i debitne i kreditne platne kartice i tijekom 2016. godine ukupno je evidentirano 26 izdavatelja sudionika četverostrane kartične sheme.

Glede trostrane kartične sheme u Republici Hrvatskoj obično su sheme kreditnih kartica te se u sklopu njih ne izdaju debitne kartice. U 2016. godine ukupno su evidentirana dva pružatelja platnih usluga sudionika trostrane kartične sheme. Na teritoriju RH trostrane kartične sheme su Diners Club International i American Express.

⁷ Platne kartice i kartične transakcije; Statistika platnog prometa 2016.- godina III • srpanj 2017., Hrvatska narodna banka, dostupno na: https://www.hnb.hr/documents/20182/2003108/h-pkkt_2016.pdf/e4b2dbb1-74d6-4e62-8472-e98a33bef18b (15.7.2018.), str. 9.

⁸ Ibid, str. 10.

⁹ Ibid, str. 12.

2. 2. Pregled kartičnog tržišta u Europskoj uniji

Kartična su plaćanja najčešće korišten oblik plaćanja u državama Europske unije i njihova uporaba bilježi stalan porast. Prema podacima Europske središnje banke u 2016. godini broj kartičnih platnih transakcija u Europskoj uniji povećao se za 8,5% u odnosu na 2015. godinu i iznosio je 122 bilijuna te zauzima 49% ukupnog broja novčanih transakcija.¹⁰

Stalan porast kartičnih plaćanja vidljiv je i iz prikaza broja platnih transakcija u razdoblju od 2011. do 2015. godine kada je njihov broj porastao za 47%.

Podatci Europske središnje banke navode kako je u 2011. godini izvršeno 37.092,02 milijuna kartičnih platnih transakcija godišnje, a u 2015. godini taj broj se popeo na 52.952,76 milijuna. Nadalje, u tom istom petogodišnjem vremenskom razdoblju vrijednost nacionalnih kartičnih platnih transakcija porasla je za 35%, i to s 1.911,32 bilijuna eura na 2.583,42 bilijuna eura.¹¹

Platne kartice u najvećem postotku se koriste u zemljama zapadne Europe te su tako kartične platne transakcije tijekom 2016. godine u Danskoj činile 81,3% ukupnih platnih transakcija, u Švedskoj 66,3%, Ujedinjenoj Kraljevini 65,1% nakon čega slijedi Portugal s ukupnim postotkom od 69,3 platnih transakcija.¹² Platne kartice najčešće su korišten platni instrument i u Republici Hrvatskoj kao članici Europske unije i upravo je na tržištu platnih kartica i kartičnih plaćanja zabilježen stalan rast i razvoj.

Tako je prema podacima Hrvatske narodne banke u deset godina broj nacionalnih kartičnih platnih transakcija porastao za 86%, i to s 203,68 milijuna koliko ih je izvršeno u 2006. godini na 379,05 milijuna koliko ih je izvršeno u 2016. godini. Nadalje, u istom razdoblju vrijednost nacionalnih kartičnih platnih transakcija porasla je za 55%, i to s 85.331,34 milijuna kuna na 131.904,86 milijuna kuna.

Uzme li se u obzir ovaj kontinuirani porast kartičnog platnog prometa i činjenica da države članice nisu imale ujednačen zakonodavni okvir za naplaćivanje međubankovnih naknada koje ih prate, jasna je potreba za donošenjem ujednačenih regulatornih mjera za ovu problematiku. Zakonodavni paket koji je regulirao kartični platni promet činilo je nekoliko direktiva i uredbi, kojima nisu bila obuhvaćena neka ključna pitanja, poput

¹⁰ <https://www.ecb.europa.eu/press/pdf/pis/pis2016.pdf> (8.7.2018.)

¹¹ Platne kartice i kartične transakcije; Statistika platnog prometa 2016.- godina III • srpanj 2017., Hrvatska narodna banka, dostupno na: https://www.hnb.hr/documents/20182/2003108/h-pkkt_2016.pdf/e4b2dbb1-74d6-4e62-8472-e98a33bef18b

¹² <https://www.ecb.europa.eu/press/pdf/pis/pis2016.pdf> (8.7.2018.)

gornjih granica za međubankovne naknade na različitim razinama, trgovačke naknade, pravila o prihvaćanju svih kartica i mjera za usmjeravanje te su se administrativne odluke znatno razlikovale među državama članicama. Direktivom o platnim uslugama 2007/64/EZ¹³ prvi put su se na jedinstven način uredile platne usluge za cijeli Europski gospodarski prostor. Uredbom (EZ) br. 924/2009 Europskog parlamenta i Vijeća¹⁴ uspostavljeno je načelo prema kojem su naknade koje korisnici plaćaju za prekogranično plaćanje u eurima jednake onima za odgovarajuće plaćanje unutar države članice, uključujući platne transakcije na temelju kartica koje su kasnije obuhvaćene Uredbom o bankovnim naknadama za platne transakcije na temelju kartica.

Uredbom (EU) br. 260/2012 Europskog parlamenta i Vijeća¹⁵ predviđena su pravila za funkcioniranje kreditnih transfera i izravnih terećenja u eurima na unutarnjem tržištu, ali su iz njezina područja primjene isključene platne transakcije na temelju kartica.

Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća¹⁶ usklađuje određena pravila o ugovorima koje sklapaju potrošači i trgovci, uključujući pravila o naknadama za korištenje sredstava plaćanja na temelju kojih države članice zabranjuju trgovcima da za korištenje određenog sredstva plaćanja potrošačima naplaćuju naknade koje prelaze trošak koji za korištenje tog sredstva snosi trgovac.

Premda su brojna pitanja bila obuhvaćena navedenim zakonodavnim paketom, integracija tržišta platnih kartica na razini Europske unije nije bila privedena kraju jer „se mnoga rješenja za plaćanje nisu mogla razvijati izvan nacionalnih granica te se novim sudionicima na razini Unije sprječavao ulazak na tržište. Bilo je potrebno ukloniti prepreke učinkovitim funkcioniranjem kartičnog tržišta, uključujući područje internetskog i mobilnog plaćanja na temelju kartica.“¹⁷

¹³ Direktiva 2007/64/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o platnim uslugama na unutarnjem tržištu. SL C 193, 24.6.2014.

¹⁴ Uredba (EZ) br. 924/2009 Europskog parlamenta i Vijeća od 16. rujna 2009. o prekograničnim plaćanjima u Zajednici i stavljanju izvan snage Uredbe (EZ) br. 2560/2001, SL L 266, 9.10.2009.

¹⁵ Uredba (EU) br. 260/2012 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. ožujka 2012. o utvrđivanju tehničkih i poslovnih zahtjeva za kreditne transfere i izravna terećenja u eurima i o izmjeni Uredbe (EZ) br. 924/2009, SL L 94, 30.3.2012.

¹⁶ Direktiva 2011/83/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 25. listopada 2011. o pravima potrošača, izmjeni Direktive Vijeća 93/13/EEZ i Direktive 1999/44/EZ Europskog parlamenta i Vijeća te o stavljanju izvan snage Direktive Vijeća 85/577/EEZ i Direktive 97/7/EZ Europskog parlamenta i Vijeća, SL L 304, 22.11.2011.

¹⁷ Uvod Uredbe (EU) 2015/751 Europskog parlamenta i Vijeća o međubankovnim naknadama za platne transakcije na temelju kartica, SL L 123, 19.5.2015.

3. UREDBA 2015/751 - ZAKONODAVNO RJEŠENJE ZA NEUJEDNAČENE MEĐUBANKOVNE NAKNADE ZA PLATNE TRANSAKCIJE NA TEMELJU KARTICA

Međubankovne naknade primjenjuju se između pružatelja platnih usluga u ulozi prihvatitelja kartice i pružatelja platnih usluga u ulozi izdavatelja kartice koji pripadaju određenoj kartičnoj platnoj shemi i glavni su dio naknada koje pružatelji platnih usluga u ulozi prihvatitelja naplaćuju trgovcima za svaku platnu transakciju na temelju kartica.¹⁸ Trgovci te kartične troškove, kao i sve svoje druge troškove, uključuju u opće cijene robe i usluga.

Prilikom provedbe postupaka iz područja zaštite tržišnog natjecanja u predmetima Mastercard i Visa, Europska komisija je utvrdila postojanje previsokih međubankovnih naknada i postojanje suprotnosti propisima o tržišnom natjecanju.¹⁹

Za razliku od uobičajenog disciplinirajućeg utjecaja na cijene koje tržišno natjecanje ima u tržišnom gospodarstvu, natjecanje među kartičnim platnim shemama dovelo je do većih, a ne manjih međubankovnih naknada na tržištu.

Slijedom toga, trebalo je urediti te naknade kako bi se osigurala dosljedna primjena pravila o tržišnom natjecanju na međubankovne naknade te poboljšalo funkcioniranje unutarnjeg tržišta i doprinijelo smanjenju transakcijskih troškova za potrošače.²⁰

Neujednačeno pravno uređenje međubankovnih naknada i njihova razina među državama članicama imalo je negativan učinak na trgovce i potrošače prije svega jer je ograničavalo pojavu novih sudionika na razini jedinstvenog europskog tržišta temeljem poslovnih modela s nižim međubankovnim naknadama ili bez međubankovnih naknada. Budući da su sudionici na razini Unije bili u obvezi bankama izdavateljicama ponuditi barem najvišu razinu međubankovne naknade koja prevladava na tržištu na koje žele ući, to je također dovelo do neprekidne fragmentacije tržišta, a tadašnje nacionalne sheme s nižim međubankovnim naknadama ili bez međubankovnih naknada često su bile prisiljene napustiti tržište zbog pritiska banaka za ostvarenjem viših prihoda od međubankovnih naknada. To je dovelo do ograničavanja prava potrošača, jer su kao i trgovci bili suočeni s ograničenim izborom, višim cijenama i nižom kvalitetom platnih usluga, uz, također, ograničenu

¹⁸ T. 10 uvoda Uredbe 2015/751, str. 2.

¹⁹ Više o predmetima Mastercard i Visa u Mirta Kapular, op cit. 2.

²⁰ Ibid

mogućnost upotrebe rješenja za plaćanje na razini Unije.

Uz navedeno, trgovci nisu bili u mogućnosti prevladati razlike u naknadama upotrebom usluga prihvaćanja kartica koje nude banke u drugim državama članicama.²¹

Slijedom takvih tržišnih prilika donošenjem Uredbe (EU) 2015/751 zapravo se nastojalo donijeti zakonodavni okvir koji će riješiti problem visokih i različitih međubankovnih naknada u državama članicama Europske unije te ukloniti prepreke za učinkovito funkcioniranje tržišta platnih kartica, uključujući i područje kartičnog plaćanja, te internetskog i mobilnog plaćanja na temelju kartica što svakako uključuje omogućavanje pružateljima platnih usluga da svoje usluge pružaju na prekograničnoj osnovi. S druge strane željelo se omogućiti potrošačima i trgovcima korištenje prekograničnih platnih usluga.

S tim ciljem Uredbom (EU) 2015/751 su propisane maksimalne gornje granice međubankovnih naknada za nacionalne i prekogranične platne transakcije na temelju platnih kartica.

3. 1. Međubankovne naknade za transakcije potrošačkom debitnom i kreditnom karticom

U članku 3. st. 1. uredba 2015/751 propisuje da pružatelji platnih usluga ni za koju transakciju debitnom karticom ne smiju nuditi niti zahtijevati međubankovnu naknadu po transakciji koja premašuje 0,2 % vrijednosti transakcije.

Za nacionalne transakcije debitnom karticom države članice mogu utvrditi nižu gornju granicu postotka međubankovne naknade po transakciji od 0,2 % vrijednosti transakcije te mogu uvesti fiksni maksimalni iznos naknade kao ograničenje iznosa naknade koji proizlazi iz primjenjivog postotka; ili dopustiti pružateljima platnih usluga primjenu međubankovne naknade po transakciji koja ne premašuje 0,05 EUR ili, u državama članicama čija valuta nije euro, odgovarajuću vrijednost u nacionalnoj valuti na dan 8. lipnja 2015., koja se revidira svakih pet godina ili kad god postoji značajna varijacija deviznih tečajeva. Takva međubankovna naknada po transakciji može se također kombinirati s maksimalnim postotkom od najviše 0,2 %, uvijek uz uvjet da zbroj međubankovnih naknada kartične platne sheme ne premašuje 0,2 % ukupne godišnje transakcijske vrijednosti nacionalnih transakcija

²¹ T. 11 uvoda Uredbe 2015/751, str. 2.

debitnom karticom unutar svake pojedinačne kartične platne sheme.²²

Uredba nadalje propisuje kako do 9. prosinca 2020. na nacionalne transakcije debitnom karticom države članice mogu pružateljima platnih usluga dopustiti primjenu ponderirane prosječne međubankovne naknade koja nije viša od ekvivalenta 0,2 % prosječne godišnje transakcijske vrijednosti svih nacionalnih transakcija debitnom karticom unutar svake pojedinačne kartične platne sheme. Države članice mogu utvrditi nižu gornju granicu ponderirane prosječne međubankovne naknade koja se primjenjuje na sve nacionalne transakcije debitnom karticom.²³

Kada su međubankovne naknade za transakcije potrošačkom kreditnom karticom u pitanju, pružatelji platnih usluga ni za koju transakciju kreditnom karticom ne smiju nuditi niti zahtijevati međubankovnu naknadu po transakciji koja premašuje 0,3% vrijednosti transakcije.

Za nacionalne transakcije kreditnom karticom države članice mogu utvrditi nižu gornju granicu međubankovnih naknada po transakciji.²⁴

Za primjenu navedenih gornjih granica međubankovnih naknada za kartične platne transakcije Uredba 2015/751 propisuje zabranu zaobilaženja te u članku 5. decidirano navodi kako one uz „sve dogovorene naknade uključuju i neto naknadu, s istom svrhom ili učinkom kao međubankovne naknade, koje izdavatelj primi od kartične platne sheme, prihvatitelja ili bilo kojeg drugog posrednika u vezi s platnim transakcijama ili povezanim aktivnostima“ te da se one smatraju dijelom međubankovne naknade.

3. 2. Pravila poslovanja

Uredba 2015/751 zabranjuje sva teritorijalna ograničenja unutar Europske unije ili pravila s istim učinkom u sporazumima o davanju ovlasti ili u pravilima kartičnih platnih shema u pogledu izdavanja platnih kartica ili prihvaćanja platnih transakcija na temelju kartica kao što su zabranjeni i svi zahtjevi li obveze stjecanja posebne dozvole koja vrijedi za pojedinu zemlju ili ovlaštenja za prekogranično obavljanje djelatnosti ili pravilo s istim učinkom u sporazumima o davanju ovlasti ili u pravilima kartičnih platnih shema u pogledu izdavanja platnih kartica ili prihvaćanja platnih transakcija na temelju kartica.²⁵

²² Čl. 3. st. 2. Uredbe 2015/751

²³ Čl. 3. st. 3. Uredbe 2015/751

²⁴ Čl. 4. Uredbe 2015/751

²⁵ Čl. 6. Uredbe 2015/751.

S ciljem postizanja transparentnog tržišnog natjecanja, kartične platne sheme i izvršitelji obrade moraju biti računovodstveno i ustrojbeno neovisni kao i prilikom donošenja odluka. Također, ne smiju prikazivati skupno cijene za aktivnosti kartične platne sheme i aktivnosti obrade te ne smiju provoditi unakrsno subvencioniranje takvih aktivnosti te ni na koji način ne smiju raditi razliku između svojih društava kćeri ili imatelja udjela s jedne strane te korisnika kartičnih platnih shema i drugih ugovornih partnera s druge strane, a osobito ne smiju uvjetovati ugovornom partneru pružanje bilo koje usluge koju nude prihvaćanjem bilo koje druge usluge koju nude.²⁶

Zabranjena su sva pravila kartičnih platnih shema i pravila sporazuma o davanju ovlasti ili mjere s istim učinkom kojima se izdavatelj ometa ili sprječava u co-badgingu dvaju ili više različitih platnih brendova ili aplikacija za plaćanje na platnom instrumentu na temelju kartica.²⁷

Svaki prihvatitelj svojem primatelju plaćanja nudi i naplaćuje pojedinačno navedene naknade koje se zaračunavaju trgovcima za različite kategorije i različite brendove platnih kartica s različitim razinama međubankovne naknade, osim ako primatelji plaćanja od prihvatitelja pisanim putem zatraže naplatu „miješanih” naknada koje se zaračunavaju trgovcima.²⁸

Uredba propisuje pravilo o prihvaćanju svih kartica te se u čl. 10. st. 1. navodi kako kartične platne sheme i pružatelji platnih usluga ne smiju primjenjivati nijedno pravilo koje primatelje plaćanja, koji prihvaćaju platni instrument na temelju kartica koji je izdao jedan izdavatelj, obvezuje da prihvate i druge platne instrumente na temelju kartica koji su izdani u okviru iste kartične platne sheme.

Transparentno tržišno natjecanje nadalje se osigurava čl. 11 i pravilom o usmjeravanju Uredbe 2015/751 koje propisuje kako su „zabranjena sva pravila u sporazumima o davanju ovlasti, u pravilima shema koja primjenjuju kartične platne sheme i u sporazumima koje sklapaju prihvatitelji kartice i primatelji plaćanja, a kojima se primatelje plaćanja sprječava u usmjeravanju potrošača na uporabu bilo kojeg platnog instrumenta kojemu primatelj plaćanja daje prednost. Navedena zabrana obuhvaća i sva pravila kojima se primateljima plaćanja zabranjuje da platne instrumente na temelju kartica određene kartične platne sheme tretiraju na povoljniji ili nepovoljniji način nego prema drugima.“

Za osiguranje provedbi Uredbe 2015/751 države članice imenuju

²⁶ Čl. 7. Uredbe 2015/751.

²⁷ Čl. 8. Uredbe 2015/751.

²⁸ Čl. 9. Uredbe 2015/751.

ovlaštena nadležna tijela, koja su ujedno nadležna i za istragu i provedbu.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Konkurentna i učinkovita tržišta financijskih usluga izrazito su važna za svako gospodarstvo, a jedan od ključnih segmenata za njegovo ostvarenje je adekvatan i transparentan zakonodavni okvir. U vrijeme sve veće rasprostranjenosti e-trgovine, nužno je osigurati učinkovita, konkurentna i inovativna elektronička plaćanja, a sve s ciljem kako bi potrošači, trgovci i trgovačka društva mogli u potpunosti iskoristiti prednosti unutarnjeg tržišta.

Kao najčešće korišten platni instrument sa kontinuiranim porastom u uporabi pokazale su se platne kartice. Međutim, potrošači vrlo često nisu upoznati s naknadama koje trgovci plaćaju za taj korišteni platni instrument.

Zakonodavni paket koji je regulirao kartični platni promet činilo je nekoliko direktiva i uredbi, kojima nisu bila obuhvaćena neka ključna pitanja, poput gornjih granica za međubankovne naknade na različitim razinama, trgovačke naknade, pravila o prihvaćanju svih kartica i mjera za usmjeravanje te su se administrativne odluke znatno razlikovale među državama članicama.

Neujednačena pravna rješenja u državama članicama Europske unije doveli su do fragmentacije unutarnjeg tržišta što je za posljedicu imalo narušenu konkurentnost na europskom tržištu financijskih usluga. Pravilno funkcioniranje tog cjelovitog tržišta zahtijeva kontinuiran rad na prepoznavanju i otklanjanju prepreka koje dovode do njegove fragmentacije.

Slijedom toga donesena je Uredba 2015/751, koja je za cilj imala upravo navedeno, a koja je predvidjela gornje granice međubankovnih naknada za kartične platne transakcije.

Dostupni podatci pokazuju kako se od stupanja na snagu Uredbe 2015/751 visina međubankovnih naknada snizila za 37 % što je rezultiralo većim prihvatom kod trgovaca.

To je jasan pokazatelj kako se cilj donošenja Uredbe 2015/751, odnosno osiguranje učinkovitog funkcioniranja tržišnog natjecanja uplatnom prometu putem kartica među državama članicama ostvario.

EUROPEAN LEGISLATIVE FRAMEWORK ON INTERCHANGE FEES
FOR CARD-BASED PAYMENT TRANSACTIONS

***Abstract:** Card payments, regardless of whether they are cross-border or national payments and online purchases, are a significant component of trade within the limits of a single European market. The proper functioning of this comprehensive market requires continuous work on identifying and eliminating obstacles leading to its fragmentation. This paper gives an overview of recent legislative solutions for interchange fees for card payments in the European Union, with special emphasis on Regulation 2015/751 of the European Parliament and the Council on interchange fees for card-based transactions, which followed after the Mastercard and Visa cases. The paper also analyses the amount of fee for card payments in the Member States.*

***Key words:** interchange fees, online payment, Regulation 2015/751, European single market*

НЕГАТИВНИТЕ СТРАНИ НА ГЛОБАЛИЗАЦИЈАТА

UDK: 005.44-022.212:355.02

005.44-022.212:341.4

Review paper

Денес светот се повеќе ги актуелизира проблемите со: глобализацијата (нејзините негативни страни), загадувањето на животната средина, глобалното затоплување, организираните криминалитет, тероризмот, еко тероризмот, компјутерскиот криминалитет, оружјето за масовно уништување... Сите погоре наведени појави имаат тенденција да поттикнат размислување кај човештвото, но за жал, сите само зборуваат за тоа, но се не преземаат никакви превентивни мерки, на прво место го ставаат сопствениот интерес, а од после кога ќе настане штетата, понекогаш таа штета е и во големи размери, кои одпосле се обидуваат да ја санираат.... но овде јас би го поставил прашањето, како може да се санира таква штета од големи размери, без претходно да се интервенира со отстранување на несоодветни статични матрици и модели, кои само фигурираат фрлени во архивата на безбедносните служби? Исто така би го поставил и прашањето, како може да се превенира тероризмот, транснационалниот организиран криминалитет, еко – тероризмот без меѓународното казнено право и неговите закони? Апсурдно е да се говори за сведување во рамки на минимум на погоренаведените форми на кривични дела без меѓународното казнено право и неговите конвенции како и меѓународните судови и трибунали за репресија и санкционирање на меѓународните сторители на кривични дела.

За погоре наведените негативни појави, за решавање на таквите проблеми, статичните модели на заштита водат само кон пропаст, затоа што тие не овозможуваат да се направи анализа на проблемот односно заканата, било таа да е латентна, видлива или хипотетичка. Пред се, треба да се тргне од компаративниот пристап,

* Вонреден професор на Воена академија Генерал Михајло Апостолски - Скопје

кој не овозможува правење на грешки, затоа што нивото на грешки се намалува доколку објективно се разгледа проблемот, и слободно може да се каже дека е повторлив процес. Овој повторлив процес содржи препознатлива матрица на анализа. Матрицата се менува во зависност од променливите индикатори. А токму индикаторот е тоа што ја предизвикува потребата за формирање на динамична матрица за анализа на проблемот, што ќе проектира соодветно да одговори на заканите, односно со нејзиниот соодветен безбедносен модел. На пример ЦИА е една од најмоќните и најсложените безбедносни служби. Таа има развиено разузнавачки процесен модел кој што се состои од неколку нивоа: прибирање, анализирање (обработка) на податоци, дистрибуција (важно е кому му се доставуваат обработените податоци), да не се прават анализите за потреби на самата служба, туку да има комисија која ќе може реално да ги согледа, и повратен одговор од оној на кој сме му ги дистрибуирале податоците. Кога сите држави во светот, би имале развиено ваков модел, и кога него би го креирал и со него би работел соодветен кадар, сметам дека погоре наведените облици на криминалитет не би биле искоренети, но сепак би биле сведени во рамка која би можела да се контролира доколку безбедносните служби на земјите ги почитуваат законите правилно и прецизно на меѓународното казнено право.

Клучни зборови: Глобаизација, Организиран криминал, Тероризам, Статична безбедносна матрица, Динамична безбедносна матрица.

1. ШТО Е ГЛОБАЛИЗАЦИЈА И КОИ СЕ НЕЈЗИНИТЕ НЕГАТИВНИ СТРАНИ?

Не е грешка и да се каже дека глобализацијата е тренд кој што произлегува од САД со почетокот на индустријализацијата како и компјутеризацијата. Идејата на глобализацијата била и е да се олесни човековото живеење и работење, од една страна, а од друга страна светот да биде ист во контекст, да има една култура, да нема граници луѓето да се движат слободно и слободно да комунираат преку интернетот и „паметните“ телефони. Но од друга страна, глобализацијата е „нож со две острици“. Со компјутеризацијата користењето на интернетот на криминалците му се овозможува и олеснува извршувањето на тешките кривични дела од видот на организираниот криминал, транснационалниот

организиран криминал, вршењето на терористички акти, еко-тероризмот, оружјето за масовно уништување и многу други кривични дела. Овде разузнавачките и контраразузнавачките служби имаат голема улога (се разбира доколку меѓусебно соработуваат). Но сепак за одредени тешки кривични дела следува и тешка кривична санкција, односно репресија. Затоа што се работи за кривични дела кои не се протегаат само внатре во националните граници во една држава, овде се вклучува и меѓународното кривично право кое го регулира меѓународниот криминал со меѓународните трибунали.

1. ОРУЖЈЕ ЗА МАСОВНО УНИШТУВАЊЕ

Оружјето за масовно уништување се појави како тренд за и старите и новите терористички организации со кој тренд се вршат се поголеми насилства и агресии за да ги продлабочат своите политички цели.¹ За остварување на својата цел, терористите се закануваат и употребуваат се понасилни и посмртоносни тактики, методи и оружја, што може да убива не стотици туку илјадници невини животи. Во ОМУ спаѓаат: отровните гасови, секое оружје кое има болест или организми што предизвикуваат болест, секое оружје што е опасно за човечкиот живот, како и секое уништувачко средство што има одредено погонско гориво и сл.

ОМУ се користи заради тоа што: со помалку финансиски средства, може да предизвика масовна смрт, паника и збунетост на населението, затварање и загадување на објекти, предизвикување недоверба во Владата дека не може да го заштити сопственото населението и да спречува терористички активности, предизвикување на недоверба во системот за реагирање во итни случаи и тн.

Логично е дека, за една терористичка организација е многу тешко да произведе или набави атомски средства односно нуклеарно оружје, но тоа не важи за други радиолошки материјали за распрскување врз одредено подрачје, токму поради причината да создаде радиолошко загадување.

Радиолошките материјали, хемиските и биолошките агенсии можат релативно лесно да се набават или произведат, и баш поради тој факт претставуваат голема закана на глобално ниво. Од друга страна, што

¹ Participant guide, курс за истрага на местото на терористички акт, организиран на Полициската академија 2004 год.

е олеснително за терористичките организации е тоа што, многу од материјалите и хемикалиите кои се користат како хемиско или пак биолошко оружје за масовно уништување, тешко се откриваат, и пред се, нивната инкубација е брза и наликува на некој вид епидемија, односно тешко се открива за што се работи, хемиските и биолошките агенсии не мора да бидат прочистени за да предизвикаат жртви. Агенсите кои можат да се користат како хемиско оружје за масовно уништување се стандардни отровни индустриски хемикалии и суперотровни хемикалии што се произведуваат и користат за намерно труење на жртвите.

Пред некое време имав прилика да гледам документарец направен од руската армија. Овде не се работеше за хемиско оружје за масовно уништување, туку за поголема доза на ЛСД дрогата, која руската армија ја тестираше на свои војници – доброволци, со цел да се види какво влијание ќе има врз нив и да ги следи нивните реакции, а целиот тој експеримент беше направен доколку ЛСД или слична дрога биде подметната во храната или пијалоците. Ист таков експеримент беше направен и во армијата на САД, а резултатите беа исти, поточно, војниците беа зашеметени, ЦНС (централен нервен систем) не функционираше нормално, односно беа во состојба која не може да одговора соодветно на дадената закана, односно ако бидат нападнати од непријателот. Видеата можат да се погледнат во фуснота број 7.²

Биолошките агенсии се живи организми или биотоксини што предизвикуваат болести кај луѓето. Био-токсините се специјални видови отровни хемикалии од категоријата на биолошки агенсии, бидејќи се создадени од живи организми.

Рдиолошките материи претставуваат акутна и долгорочна опасност за луѓето и животните, предизвикувајќи долгорочно оштетување на клетките. Овие агенсии не мора да се вдишат или пак да дојдат до директен контакт со кожата за да направат штета туку предизвикуваат радијација и можат да пробијат повеќеслоен заштитен материјал, на пример, рендгентските зраци. Цезиумот 137 претставува атомски нус- производ кој обично се наоѓа во атомскиот медицински отпад, а и не е некоја тајна

² <http://www.youtube.com/watch?v=zLCzR34HfVQ>, достапно 2017 година.
<http://www.youtube.com/watch?v=n-rWnQphPdQ> достапно 2017 година.
https://www.google.com/search?q=http%3A%2F%2Fwww.youtube.com%2Fwatch%3Fv%3Dn-rWnQphPdQ&oq=http%3A%2F%2Fwww.youtube.com%2Fwatch%3Fv%3Dn-rWnQphPdQ&aqs=chrome..69i58j69i57.5954j0j4&sourceid=chrome&es_sm=93&ie=UTF-8 достапно 2017 година.
<http://www.youtube.com/watch?v=MxCLXk6XgrQ> достапно 2017 година.
<http://www.youtube.com/watch?v=8ZIZtiWhnM8> достапно 2017 година.

дека и долги години се наоѓа на црниот пазар.

Особена опасност за примена на ОМУ е леснотијата за негово производство. Постројките потребни за култивирање и производство на многу биолошки оружја бараат само основни вештини и средства кои можат да се најдат во повеќето средношколски лаборатории.³

Последиците кои би настанале со примена на погоренаведените материјали се многу сериозни за целиот жив свет на планетата, загадувањата би биле од големи размери, а жртвите би биле многубројни. За разлика од другото терористичко оружје, со ОМУ, има потенцијал за убивање на илјадници луѓе. Жртвите би биле многубројни и тоа без разлика на полот, возраста, етничката припадност, верата или политиката.

Еве неколку примери за напади со ОМУ:

- 1994 (хемиски напад) – Јапонскиот култ „Аум Шинријо“ пуштајќи „сарин“ (нервен боев отров) во Маџумото, Јапонија што заврши со 8 мртви и над 200 повредени хоспитализирани жртви.

- 1995 година (хемиски напад) – низа напади во Јапонија со цијанид, фосген и пеперминтски спреј.

- 1995 (биолошки напад – обид) во САД беше уапсен еден член на организацијата „Ариска нација“ поради нарачување на бактерии на чума.

- 1995 (радиолошки напад – закана) – Чеченската сепаратистичка организација остави пакет од 13,5 кг со радиоактивен цезиум и експлозив во парк во Москва.

- 1995 година (експлозив напад со големо возило – бомба) 1814 кг амониум нитрат измешан со горивна нафта, беа наменети за уништување на Федералната зграда во Оклахома Сити при што загинаа 168 лица.

2005 (биолошки напад) – испуштен антракс преку поштенскиот систем во САД, загинаа 5 лица, а илјадници биле погодени.⁴

Овој вид на тероризам, односно тероризам со примена на ОМУ е сериозна закана во светски рамки, но за жал светот е несвесен и баш поради тоа е неспремен за овие био – терористички напади. Биолошкото, хемиското како и радиолошкото оружје претставува голема закана на 21-от век, и не само со катастрофални последици туку со последици кои

³ Ibid.

⁴ Z.Stojanovic, „Terorizam I srodnikrivicnidela, Terorizam I srodnikrivicnadela – teorija I praksa“ – str 17, Beograd, 1998

можат да траат и со векови. Карактеристично за овој вид на оружје е не тоа само што е токсично, туку и канцерогено. Ефектите од радиоактвното зрачење, на пример, Гама емитерите имаат електро магнетна енергија и продорност Со – 60, Бета емитери (стронциум 90), се користат за труење, се врзуваат за калциум, предизвикуваат гастроинтестинален синдром, Алфа – емитерите имаат голема радиотоксична моќ и канцерогеност (гастроинтестинален).

Ова дефинитиво може да се наведе и квалифицира како кривично дело на организираниот криминал, односно транснационалниот организиран криминал. Не се оспорува фактот дека и пред времето кога глобализацијата не бил застапен овој вид на криминал, но со самото отварање на границите, безвизниот режим и желбата за светот да биде едно големо „село“ на некој начин не се посветува доволно внимание на овој сериозен проблем.

Директната врска помеѓу кривичното дело тероризам и загрозувањето на здравата човекова околина, произлегува и од дефиницијата на тероризмот во Конвенцијата за тероризам на Европскиот совет, поточно во членот 1 од оваа Конвенција тероризмот се дефинира како „ деликти кои вклучуваат користење на бомби, гранати, ракети, атомско оружје или експлозивни писма и пакети, ако таквото користење ги загрозува луѓето...“⁵ Био-тероризмот е сериозна закана во светски рамки, но светот во суштина е не свесен и баш заради таа причина несеспремни за био-терористички напади. Моето мислење е дека многу малку држави во светот имаат некаков си модел, матрица, која ќе може да одговори соодветно она оваа сериозна глобална закана.

3. ТЕРОРИЗАМ

Потребата за дефинирање на тероризмот произлегува од фактот дека е неопходно да се дефинира соодветното однесување што не е прифатливо и што се смета за противзаконско од страна на системот на кривичното право на секоја држава. Тероризмот неминовно доаѓа во судир со правниот поредок на секоја држава како мошне опасен извор на загрозување на нејзината национална безбедност.⁶

⁵ С.Радак „Кривично правна заштита од сепаратизма, тероризма и других кривичних дела којима се угрожава територијална целовитост, уставни поредок и безбедност Републике Србије „Тероризам и сродна кривична дела - теорија и пракса“ стр. 97, Београд, 1998.

⁶ „Тероризмот-современо светско зло“ од Д-р Митко Котовчевски;

Како причини за создавањето на тероризмот се навадуваат следните две групи на околности:

-Објективните околности, неправдите и несовршеноста во економската основа и политичката надградба на општеството, нефункционирањето на неговите институции, недововолната образование, (всушност и необразованоста би ја тргнал од објективните околности, затоа што да се изврши еден терористички акт, не само што се потребни финансиски средства, туку и лидер, односно организатор на целиот тој криминален чин), сиромаштијата, изолираноста на поединците и на општествените групи, корупцијата, последиците од определени конфликтни состојби (пост-конфликтни одмазди) односно – **ако не се почитува историјата, таа се рефлектира во сегашноста или иднината**, општата општествена фрустрација, функционирањето на (не)демократските институции, етничките судири, постоењето на систем на формална демократија, губењето доверба во политичкиот систем, легитимноста на државната власт итн.

-Субјективните околности, под што се подразбира земање на правдата во свои раце, бидејќи според нивните проценки таквата состојба може да се промени само со насилство, односно дека насилството е единствениот и последен лек, најбрза, најцелосходна, најефикасна и во дадените критични околности единствено можна и ефикасна варијанта на дејство и реализација на поставените цели.

„Најзначајни фактори што во голема мера придонесуваат за создавање терористичко насилство се:

-политички - репресивна и корумпирана власт;

-општествени - непостоење средна класа или тотална дискриминација;

-економски - крајна(неподнослива) сиромаштија, односно тотално осиромашување на населението и висока невработеност;

-идеолошки-егзистирање на политички филозофии со силно изразена спротивставеност;

-геополитички - присуство на голем број жители од други држави, граѓански и други видови конфликти во непосредното опкружување;

-верски - верски судири или верски насилства;

-надворешни-надворешна поддршка на активностите на дисидентите или влијанието на екстремната непријателска политичка

емиграција“.⁷

Како што беше напоменато и на почетокот, тероризмот е однесување што не е прифатливо и што се смета за противзаконско од страна на системот на кривичното право на секоја држава, но загрижувачки е фактот дека не само што се врши тероризам само во една држава. За жал сме сведоци и живееме во време каде што се соединуваат повеќе држави, односно групи од повеќе држави со цел да извршуваат терористички акти во други држави. Ова сепак може да се поврзе со глобализацијата, односно како една од нејзините негативни страни.

3. ЕКО – ТЕРОРИЗАМ

Најпросто кажано еко-тероризмот е еколошко водење на војна, односно воена стратегија која може да се води за време на војна или вооружен конфликт, а која се состои од намерно и нелегално уништување, експлоатација или изменување на животната средина.

„Еко-тероризам, или еколошки тероризам или тероризам врз животната средина под кој се подразбира уништување или закана за уништување на животната средина со цел да се заплаши или принуди една влада ...“⁸

Еко-тероризмот, со овој поим се означуваат криминални дејства што се вршат против компании или владини служби а целта на тоа е да се наруши нивната работа бидејќи наводно, нивната работа претставува опасност за животната средина како и вклучување закани за загадување на снабдувањето со вода или уништување и оневозможување на енергетските постројки како и многу други закани, на пример може да се наведе примерот за употребата на портокаловиот отров од страна на војската на САД во војната со Виетнам, со кој отров се уништувале листовите на растенијата или пак примерот со уништување на изворите на нафта во Кувајт при повлекувањето на ирачките воени сили за време на војната во Персискиот залив во 1991 година.

Покрај активностите кои ги преземаат владите и владините органи, а се карактеризираат како еколошки тероризам, како и активностите на некои екологисти, исто така можат да се сметат како еко-тероризам. Овде спаѓаат нелегални преминувања на територии на приватни компании

⁷ Тероризмот-современо светско зло” од Д-р Митко Котовчевски;

⁸ „Британски енциклопедиски речник“ Г-3, стр. 136

што се занимаваат со сеча на шума и вршење саботажи со цел нивно попречување во работата. Исто така екологите во некои случаи вршат и еколошки модификации на природните ресурси со цел да се оневозможи нивно комерцијално искористување.

Најблизок облик на криминалитет со еко-тероризмот е оружјето за масовно уништување (ОМУ).

4. ТРАНСНАЦИОНАЛЕН ОРГАНИЗИРАН КРИМИНАЛ

Организираниот транснационален криминалитет се разликува од традиционалните форми на организираниот (пример: злосторничко здружување во рамките на една држава заради вршење на одреден вид организиран криминал). Со појавата на процесот на глобализација се поголем замав зема транснационалниот организиран криминалитет кој не познава никакви граници и не го одминува ниту една држава како и ниту едно општество во светот. Исто така и Република Македонија е подложна на оваа негативна појава. Криминалните организации настојуваат да се вградат во постојниот систем и институциите. Овие организации остваруваат разни форми на влијание (најчесто се работи за корупцијата) за да ги имаат во свои раце луѓето од државните органи и институции надлежни за давање на определени дозволи, кои ја водат стопанската политика и решаваат за покрупни стопански зделки. Тоа го прават на тој начин што вградуваат свои луѓе во највисоките органи на власта и со корумпирање на важни функционери.

Во различни регионални подрачја царува шверцот и трговијата со опојни дроги и оружје, кражба и трговија со предмети од национално и културно значење, изнудувањена паризаради заштита која не е барана (рекетирање), посредување при вработување со обврска за издвојување на дел од заработувачката за организацијата. Транснационалниот организиран криминалитет е голема закана по националната безбедност на секоја држава и подразбира најекстремни и најбрутални начини на измама за врбување на жртви заради проституција, трговија со луѓе, трговија со човечки органи, а со самото тоа се доаѓа до една голема контрадикторност. Со колективните безбедносни системи се промовира демократијата а на прво место основните човекови права и слободи на луѓето,(а со самото тоа се кршатгоеми дисозиии на меѓународното казнено право и меѓународното воено хуманитарно право) но со појавата на глобализацијата се доаѓа до погоре наведениот резултат.

Корупцијата, искористувањето на даночни разлики односно царински диференции, трговија со хартии од вредност, осигурителни измами, илегално вселување на странци, трговија со радиоактивни материи и изнесување на радиоактивен отпад, шверц со злато, накит, цигари и алкохол, фалсификување на пари и исправи се исто така негативности на самата глобализација.

Така, транснационалниот организиран криминал, во современи услови со своите карактеристики и белези, со огромна и виталност и флексибилност, со огромна финансиска и друга моќ што ја поседува, секако е еден од најсилните центри на моќ во сенка на легалните национални и меѓународни институции. По серијата војни во регионот, феноменот на транснационалниот организиран криминал доби исклучително поволен амбиент за дејствување и практично успеа да го постигне тоа што не им успеа на легално-државно правни идентитети. Конкретно за опасностите и заканите кои ги има нашата држава во поглед на транснационалниот организиран криминал во балканските, европските и светските криминални случувања во никој случај не можеше да остане оаза на некриминален простор. Република Македонија стана жртва на криминалните организации на Русија, Бугарија, Албанија, Италија, Турција и сл. Теоретските анализи укажуваат дека не е можно нашата економска и финансиска сфера да можеле да останат настрана од интересот на подземниот криминал. Тука се поставува и прашањето дали Република Македонија во моментот има способен, самостоен и независен безбедносен систем кој може да ги открие ваквите активности и ефикасно да им се спротивстави?

Овој криминалитет се јавува како загрозувачки фактор на правната држава: го загрозува принципот на владеење на правото, загрозена е моќта на државата во борбата против криминалот, се криминализира дел од државната структура, се парализира безбедносниот систем, се предзвикува општествена дезорганизација до степен на општ хаос. „По осамостојувањето на Република Македонија, како земја во транзиција криминалитетот беше доста застапен и во постојан пораст. Посебно во процесот на глобализацијата како и приватизацијата на општествениот капитал каде на многу сомнителен начин се изврши негово огромно разграбување од страна на поединци.“⁹

⁹ Јордан Спасески, “МАКЕДОНИЈА столб на безбедноста и мирот на Балканот“, стр.211

5. ШТО Е ПОДАТОК ШТО Е АНАЛИЗА И ШТО Е ПРОЦЕСЕН МОДЕЛ НА ПРОУЧУВАЊЕ?

Податокот е основна алатка за работа на еден разузнавач или пак контраразузнавач. Податокот не секогаш е во „чиста“ и разбирлива форма. Тој најчесто се добива во сурова форма, каде што вработените во безбедносните служби имаат за задача и мораат да го дешифрираат за да се дојде прво до информација а потоа во разузнавачка информација. Се работи за податок кој е обработува, понекогаш и со години за да се дојде до информација а потоа до разузнавачка информација со тенденција да се превенира во погоренаведените кривични дела. Превенцијата се врши на тој начин што кога ќе се соберат разузнавачките информации се создава една разузнавачка анализа за кривичните дела, а од таа анализа произлегува разузнавачкиот процесен модел, (кој по правило за секое кривично дело треба да постои поединечен процесен модел, затоа што и едно кривично дело не се извршува на еден начин па така тој процесен модел треба да биде динамичен а не статичен). Многу практичари и многу теоретичари тврдат дека процесниот модел има предвидувачка разузнавачка дејност. Во овој труд не туку така е споменато разузнавањето и контраразузнавањето, податоците анализата и процесните модели на заштита, туку се споменати заради рано превенирање на кривичните дела. А доколку се направи пропуст, тогаш се врши репресија и соодветно се санкционира.

5.1. ПРОЦЕСНИ МОДЕЛИ НА ПРОУЧУВАЊЕ И АНАЛИЗА НА ПОДАТОЦИ

Аналитичките безбедносни модели се повторлив процес и предметот на анализа е динамичен. Процесот е повторлив бидејќи криминалитетот и криминалците се менуваат, односно ги менуваат и ги усовршуваат методите и начините на извршување на кривичните дела, и со самото тоа менување се менува и предметот на заштита, па поради таа причина се менуваат и аналитичките безбедносни модели. Оваа карактеристика, односно променливиот и динамичниот процес, овозможува повеќе простор и предност во поглед на правењето на анализа на податоците.

Истовремено е важен да се напомене и компаративниот пристап. Компаративниот пристап не дозволува да се прават грешки. Нивото и обемот на грешките се намалуваат доколку објективно се истражува процесот. Овој повторлив процес содржи и препознатлива матрица на

анализа. Матрицата се менува во зависност од променливите индикатори, односно, тоа, нештото, причината, што ја предизвикала потребата за формирање на матрица за анализа за соодветниот безбедносен модел. Кај криминалитетот нема универзални карактеристики, туку социопатолошки белези.

За пример ќе ја земам ЦИА, една од најмоќните и најсложените безбедносни служби во светот. Таа има развиено разузнавачки процесен модел кој се состои од неколку нивоа :

1. Прибирање, анализирање (обработка) на податоци .
2. Дистрибуција на податоците (важно е кому му се доставуваат обработените податоци односно да не се прават анализите за потребите на самата служба и да не бидат несоодветни аналитичарите, туку да има комисија која ќе може реално и соодветно да ги согледа анализите).
3. Повратно ниво односно FEEDBACK од оној на кој му се дистрибуирале податоците.

Не случајно се спомнати разузнавачките и контраразузнавачките служби на една земја во борба против сите негативни појави што ги носи глобализацијата. Регионалната, меѓународната и дококу е возможно и глобалната соработка на овие безбедносни структури би ја ги довеле на минимум сите оние деструктивни појави кои се резултат на глобализацијата. Но сепак, овде не може а да не се спомене и правото, односно законите, регулативите, директивите и тн. Кои со нивно прекршување и повреда, следува соодветна рересија и санкција во зависност од делото што е извршено.

6. ЗАКЛУЧОК

Од се ова погоре напишано, може да се заклучи дека негативните страни на глобализацијата немаат тенденција да станат секојдневие, туку во суштина тие се секојдневие, а според мене не затоа што не можат да се сведат во рамка во која ќе можат да се контролираат, туку затоа што е потребен модел, динамична безбедносна стратешка матрица, која ќе биде флексибилна и ќе може да се менува и да одговори на соодветната закана но најпрво, почитување на меѓународното казнено право, како и меѓународното воено хуманитарно право како и репресијата од страна на меѓународните судови и меѓународните трибунили. „Категории на

однесување кои подлежат на санкција според меѓународното кривично право претставуваат:

- воени злосторства;
- злосторства против човештвото;
- геноцид;
- тортура;
- агресија;
- тероризам¹⁰

Меѓународното казнено право ја наметнува должноста на секоја држава да ги гони и да ги казнува односно санкционира сите индивидуи или пак групи кои извршиле кривични дела кои немаат негативна рефлексija само во државата каде што се извршени тие кривични дела, туку негативноста рефлексира на регионалното, меѓународното а и глобалното тло. Доколку е извршено такво кривично дело, меѓународното казнено право ги „изведува“ сторителите пред меѓународните судови и трибунали, соодветни за личности кои се осомничени за вршење на таков вид на кривични дела.

„Меѓународното кривично право е нова гранка на меѓународното право. Листата на меѓународниот криминал ги претставува делата за чие извршување меѓународното право ги прави криминално одговорни и станува реалност со постепен пораст. Новите категории на криминал беа развиени и усвоени од Втората светска војна додека тие воени злочини беа усвоени во 1945 и 1946 година беа усвоени статутите на Меѓународниот воен трибунал во Нуремберг и Меѓународниот воен трибунал за Далечниот Исток,¹¹

Од погоренаведените кривични дела кои се подетално разработени во самиот труд, може да се заклучи дека тие се релативно нови кривични дела и се тесно поврзани со глобализацијата, односно нејзините негативни појави. Компутеризацијата и интернетот од една страна (како дел од глобализацијата) го олеснуваат човековото живеење, функционирање и работење. Но од друга страна тоа е ужасно негативна страна на глобализацијата, затоа што со само еден повик или само едно кликање на соодветно копче може да се изврши терористички акт кои последиците би биле поголеми и од една конвенционална војна.

¹⁰ <http://justicia.mk/novost.asp?cnd=12056>

¹¹ <http://justicia.mk/novost.asp?cnd=12056>

THE NEGATIVE SIDES OF GLOBALIZATION

***Abstract:** Nowadays, problems regarding globalisation (its disadvantages), pollution of the environment, global warming, organised criminal, terrorism, eco terrorism, computer criminal, as well as weapon for massive destruction are being increasingly actualised. All of the above mentioned phenomena have a tendency to trigger humanity to think, but unfortunately enough, everyone is solely talking about it without implementing any precautionary measures. Everyone looks primarily after their own interest, and later when the damage, which can sometimes be quite significant, is done, they try to repair it. Here, I would raise the question “how could one repair such significant damage without previously intervening by removing inadequate static matrices and models which are only left in the archives of the safety agencies?” About the aforementioned negative phenomena and the tackling of those problems, the static models for protection lead only to destruction because they do not allow conducting an analysis of the problem, regardless whether it is latent, apparent, or hypothetical. First of all, one should start with the comparative approach, which does not allow making mistakes, because the level of mistakes is diminished if the problem is objectively looked at, and it can be easily said that it is a repetitive process. This repetitive process contains an identifiable matrix of analysis. The matrix changes depending on the variable indicators. And it is the indicator that causes the need of forming a dynamic matrix for the problem analysis, which would be designed precisely in order to face the threats, i.e. with its adequate safety model. For instance, CIA is one of the most powerful and most complex safety agencies. CIA has developed an investigating process model which consists of several levels: gathering data, analysis of the data, distribution (it is important who is provided with the analysed data), not carrying out the analyses for the needs of the agency itself, but to have a committee who will be able to perceive realistically, and a response from those who have been distributed with the data. If all of the countries in the world had developed such model, and if the model was created and worked with by adequate personnel, I reckon that all of the aforementioned types of criminal would not be eradicated, but still they would be minimised to a level which could be controlled.*

***Keywords:** Globalisation, Organized Criminal, Terrorism, Static Safety Matrix, Dynamic Safety Matrix.*

РЕФОРМИТЕ ВО СИСТЕМОТ ЗА СЛЕДЕЊЕ НА КОМУНИКАЦИИТЕ НАСПРЕМА ПРЕПОРАКИТЕ ВО ИЗВЕШТАЈОТ НА ПРИБЕ

UDK: 342.727:351.746(497.7)

Professional papers

Апстракт: Реформирањето на системот за следење на комуникациите е една од препораките содржани во Извештајот на групата високи експерти за системски прашања за владеење на правото во врска со следењето на комуникациите, во пошироката јавност познат како Извештај на Прибе. Со реформираното законодавство се очекува да се воспостават стандарди и практика кои ќе оневозможат повторно неосновано и неселективно навлегување во приватноста на граѓаните. Наспрема очекувањата, содржината на донесените закони кои го сочинуваат реформскиот пакет во оваа сфера, и покрај некои несомнено позитивни елементи, сепак остава впечаток дека одредени претходно утврдени приоритети, како и дел од суштинските препораки од Извештајот на Прибе, не се содржани во реформските зафати. Во процесот на креирање на реформскиот пакет не беа целосно отстранети одредени дискутабилни елементи кои се провлекуваа и во претходните закони. На тој начин, ја пропуштивме можноста за конечно поставување на легислативна основа која ќе оневозможи концентрација на моќ во еден орган и монопол во користење на опремата за следење на комуникациите. Во овој труд направен е осврт на законите кои го сочинуваат реформскиот пакет за следење на комуникациите, и во контекст на препораките од Извештајот на Прибе, нотирани се слабостите, но и некои позитивни елементи содржани во новите законски решенија.

Клучни зборови: реформски пакет, следење на комуникации, препораки, извештај на Прибе.

* Доцент на Воена академија „Генерал Михаило Апостолски” - Скопје

1. Вовед

Реформирањето на системот за следење на комуникациите во Република Македонија се наметна како потреба предизвикана од скандалот со неселективното и веројатно масовно незаконско прислушување кое беше обелоденето во текот на 2015 година. Целта на реформата во системот за следење на комуникации како дел од пошироката реформа во безбедносните служби, е создавање на балансиран систем кој ќе биде ефикасен во однос на функцијата заради која постои. Како таков тој треба да оневозможи пречекорување или злоупотреба на овластувањата и со тоа да обезбеди почитување на основните човекови права, и можеби најважно, да спречи секаква можност во иднина повторно да бидеме сведоци на масовни, неселективни и незаконски прислушувања.

Како насока кон која новата Влада на Р. Македонија се обврза да се движи во креирање на реформите беа препораките содржани во извештаите на групата високи експерти за системски прашања за владеењето на правото предводена од Рајнхард Прибе. Групата високи експерти беше формирана со цел да ја утврди фактичката состојба и да препорача соодветни реформи во областите каде ќе утврди соодветни недостатоци. Првиот Извештај од 2015 година содржи конкретни препораки за дејствување и всушност е основата на документот на Европската комисија насловен како Итни реформски приоритети (понатаму како Извештајот на Прибе).¹ Вториот извештај на Прибе од 2017 година содржи проценка за дотогашниот тек на реформите и препораки за понатамошните чекори во процесот.² Конкретните мерки препорачани особено во првиот Извештај од 2015 година се однесуваат на различни тела и институции, главно во пет сфери (следење на комуникациите, судство и обвинителство, надворешен надзор од независни тела, избори и медиуми). Препораките се јасни и прецизни и несомнено е дека беа дадени со намера правилно да го насочат реформскиот процес.

¹ http://ec.europa.eu/enlargement/news_corner/news/news-files/20150619_urgent_reform_priorities.pdf

² https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/2017.09.14_seg_report_on_systemic_rol_issues_for_publication.pdf

2. Констатации од Извештајот на Прибе за сферата на следење на комуникациите

Генерално, препораките од Извештајот на Прибе, како што е наведено во самиот Извештај, се однесуваат на системски недостатоци, но само неколку од нив налагаат неопходни промени во законодавството, додека останатите се однесуваат на постапки и избор во рамки на постојната уставна и законска рамка. Конкретно за сферата на следење на комуникациите, експертската група идентификуваше концентрација на моќ во националната безбедносна служба - Управата за безбедност и контрразузнавање (УБК). Експертите констатираа дека УБК има монопол на опремата за следење на комуникациите и ексклузивитет во следењето кое го врши во свои име, но и во име на полицијата, царинската управа и финансиската полиција. Тие посочија на одредбите од Законот за електронски комуникации согласно кој националните телекомуникациски оператори ја снабдуваат УБК со потребната техничка опрема, овозможувајќи и независно и слободно да ги следи комуникациите, без оглед дали е издадена судска наредба согласно Законот за следење на комуникациите. Понатаму, беше увиден и недостаток на обучена служба за основните права и правилата за заштита на податоците, но и постоење на посилни мерки на заштита на пристапот до мета податоците кој може да се обезбеди со спроведување на законот или преку агенциите за обезбедување преку доставување на судска наредба до телекомуникациските провајдери.

Експертите посебно се произнесоа во однос на надзорот како исклучително значаен сегмент од системот за следење на комуникациите и особено во однос на парламентарниот надзор над овластените органи за следење на комуникациите. Констатирани беа недостатоци во внатрешниот и надворешниот надзор над разузнавачките служби и над УБК, што пак за последица има недостаток на активности на сите надзорни тела, за што експертите изразија сериозна загриженост. Нотирано е дека теоретски е воспоставен систем во форма на собраниски комисији, но во пракса тие комисији всушност не функционираат, не вршат инспекции, не прибираат статистики за следење на комуникациите. Како причини за дисфункционалноста, експертите, помеѓу останатото, го посочија недостатокот на технички познавања за прибирање на податоци од апаратите на УБК или од телекомуникациските оператори со цел да направат споредба на бројот на прислушувања со бројот на издадени судски наредби, но и фактот дека од членовите на комисиите секогаш

постои еден или двајца кои немаат безбедносен сертификат за пристап до класифицирани информации. Освен тоа, утврдено е дека соодветното функционирање на комисиите е спречено и поради членовите на комисиите кои припаѓаат на опозиционата партија, а кои поради бојкот на работата на Парламентот не учествуваат во работата на комисиите.

3. Препораки од Извештајот на Прибе за сферата на следење на комуникациите

Препораките содржани во Извештајот на Прибе за сферата на следење на комуникациите се секако резултат на тоа што експертите го констатираа во оваа област. Во продолжение направен е осврт на препораките кои во Извештајот се насловени како Препораки во врска со причините за тековната состојба и Препораки во врска со парламентарниот надзор.

3.1. Препораки во врска со причините за тековната состојба

Една од најзначајните препораки се однесува на потребата од разделување или разликување на следењето на комуникациите во интерес на кривичните истраги од следењето во интерес на безбедноста и одбраната. Ова преклопување на овластувањата и доминантната улога на УБК со потенцијал да ја засени независноста на останатите овластени органи за следење, се дебатираше како проблематично и пред Извештајот на Прибе и се апелираше на потребата од прецизно уредување на овие овластувања на УБК. Во таа насока и во Извештајот на Прибе се препорачува да се одземе посредничката улога на УБК и да се отстрани можноста УБК да има директен пристап до техничката опрема која дозволува отсликување на комуникацискиот сигнал. Конкретно, експертите препорачаа медијациските уреди (proprietary switches) да бидат преместени во просториите на телекомуникациските оператори кои ќе ги активираат и пренасочуваат сигналите до надлежните органи за следење на комуникациите или до безбедносните органи само по добивање на релевантна судска наредба и само за целите на законското прислушување. Уште поконкретно, експертите препорачаа дека УБК не треба да има практична можност за директно пресретнување на комуникациите.

Во однос на разузнавачките служби, генерално Извештајот

потсетува дека тие треба да дејствуваат само во согласност со јасниот мандат даден со закон во рамки на дефинираните и ограничени задачи со цел заштита на националната безбедност и највисоките јавни интереси, а во никој случај не треба да им се овозможи собирање на податоци за политички или други цели. Имајќи ја предвид чувствителноста на разузнавачката работа и потребата за заштита од конфликт на интереси, експертите предводени од Прибе чувствувале потреба да напоменат дека вработувањето и селекцијата во овие служби треба да се заснова на строги критериуми, заслуги и интегритет и во таа насока препорачаа дека вработените во овие служби треба редовно да се обучуваат, помеѓу останатото, и за почитување на правилата за заштита на податоците, основните човекови права и професионалната етика и интегритет. Исто така, препорачуваат значително намалување на ресурсите и опремата на УБК и истовремено обезбедување добро обучен и солидно оперативен кадар кој ќе ја контролира работата на разузнавачките служби, како и поставување алатки за управување со ризик преку кои ќе се насочуваат и водат разузнавачките операции. Многу важен осврт во Извештајот е направен во однос на безбедноста на податоците од следените комуникации, што претставува една од ризичните точки во нашиот систем, ако се имаат предвид досегашните случувања, последиците, достапноста до податоците, па дури и нивно објавување. Разбирливо, Извештајот препорачува засилување на безбедноста на податоците, а со цел да се избегне неконтролирано или незаконско користење на следењето на комуникациите, особено во рамки на Министерството за внатрешни работи кое овие податоци треба да ги чува под посебен режим. Сугерирано е бришење на податоците прибавени со следење на комуникациите во интерес на безбедноста во разумен рок и согласно принципите на неопходност и пропорционалност, со напомена дека е премногу долг рокот од 5 години утврден со Законот за следење на комуникации.³

3.2. Препораки во врска со парламентарниот надзор

Како резултат на констатираната дисфункционалност во вршењето на парламентарниот надзор, за што и јавноста во Македонија сведочеше во годините наназад, во Извештајот се содржани препораки кои се насочени кон откочување на застојот во надзорот над безбедносните

³ Закон за следење на комуникациите, Службен весник на РМ, број 121/2006, 110/2008, 116/2012

служби. Првата препорака е дека парламентарните комисии за надзор над работата на УБК и за надзор над спроведување на мерката следење на комуникациите, треба да се состанат веднаш и да се среќаваат редовно и со учество на сите политички партии застапени во Парламентот. Не исклучувајќи ја можноста за повторен бојкот, експертите сугерираа да се изнајдат ad-hoc решенија со што ќе се оневозможи парламентарниот надзор да биде суспендиран на одложен период, како и решенија со кои ќе се попречи функционирањето во случај на повлекување на малцинството членови во комисиите. Конкретни препораки се дадени во однос на некои навидум технички препреки кои досега сериозно и во континуитет го блокираа надзорот. Имено, препорачано е постапката за доделување на безбедносен сертификат за членовите на комисиите да се забрза, да се дозволи ангажман на технички експерти кои ќе им помагаат на членовите на надзорните комисии, како и строго да се почитува обврската за доставување годишни извештаи од страна на надзорните комисии.

4. Како беше креиран и што содржи реформскиот пакет закони за следење на комуникациите

Реформирањето на системот за следење на комуникации несомнено е комплексен и деликатен процес. Тој процес нужно налага одреден степен на дискреција, пред сè, заради сензитивноста на самата сфера. Меѓутоа, од друга страна, за вистинска реформа потребно е отворање на вистинска дебата преку која ќе се согледаат досегашните недостатоци кои беа евидентни и пред тоа да го нотираат во својот извештај експертите предводени од Прибе. Дебатата и транспарентноста е нешто на што новата Влада на Република Македонија се обврза и се очекуваше дека соодветно и ќе ги почитува. Особено затоа што Владата на која и е даден мандат да ја реформира оваа сфера, беше избрана како резултат на сите случувања и политички потреси кои ги предизвикаа скандалот со нелегалното прислушување.

Реформскиот пакет во сферата на следење на комуникациите, всушност содржи два нови закони, Закон за следење на комуникациите⁴ и Закон за Оперативно-техничка агенција⁵, како и измени и дополнувања на Законот за електронските комуникации⁶ и на Законот за кривичната

⁴ Закон за следење на комуникациите, Службен весник, бр. 71/2018

⁵ Закон за Оперативно-техничка агенција, Службен весник, бр. 71/2018

⁶ Закон за измени и дополнувања на Законот за електронските комуникации, Службен весник, бр. 11/2018

постапка,⁷ и дополнување на Закон за класифицирани информации.⁸

Наспрема очекувањата, процесот на креирање на реформските закони се одвиваше недоволно транспарентно и притоа се создаде впечаток дека претходно утврдените приоритети се ставени во втор план. Најнапред, на зачуденост особено на стручната јавност, моделот за следење на комуникации беше избран без претходна јавна дискусија. Поради ова, следуваа критики дека заложбите на Владата за инклузивна дискусија преку која ќе се избере моделот за следење на комуникации, сепак останаа само декларативни. Избраниот модел воопшто не кореспондира со препораките од извештајот на Прибе, особено со оние кои јасно и прецизно сугерираа преместување на медијациските уреди во просториите на телекомуникациските оператори. Поради тоа, констатацијата која следуваше од стручната јавноста, генерално, е дека препораките содржани во Извештајот на Прибе, недоволно прецизно се преточуваат во реална реформа.

Во дебатата која следуваше по нетранспарентно направениот избор на моделот за прислушување, креаторот на новите законски решенија, Министерството за внатрешни работи (МВР), сепак не покажа целосна подготвеност за прифаќање на одредени издржани сугестии и предлози кои имаа за цел да придонесат кон креирање на издржани и прецизни законски решенија. Од друга страна, треба да се напомене дека и покрај ова, сепак во одредени сегменти од новата легислатива, особено во делот на надзорот и контролата над следењето на комуникациите, внесени се и одредени позитивни елементи со кои несомнено се прави чекор напред во оваа сфера.

Во продолжение на овој труд направен е осврт на Законот за следење на комуникациите и Законот за Оперативно-техничка агенција, како клучни во оваа сфера, како и на измените и дополнувањата во останатите закони кои се дел од реформскиот пакет. Освртот се однесува и на сегментите во кои евидентно се занемарени препораките содржани во Извештајот на Прибе, како и на оние сегменти во кои препораките од Извештајот се целосно почитувани.

⁷ Измените и дополнувања на Законот за кривичната постапка сеуште се во собраниска процедура

⁸ Закон за дополнување на Законот за класифицирани информации, Службен весник, бр. 21/2018

4.1. Реформите наспрема препораките од Извештајот на Прибе

Наспрема препораките на експертите предводени од Прибе дека провајдерите треба да ги активираат и пренасочуваат сигналите до надлежните органи (Полицијата, Царинската управа и Финансиската полиција) или до безбедносните органи (УБК, Агенција за разузнавање и ВСБиР во Министерството за одбрана) по добивањето релевантен судски налог и само за целта на законското прислушување, со новиот Закон за следење на комуникации се промовираше модел за следење кој вклучува основање на нова тн. Оперативно-техничка агенција (ОТА) која ќе има посредничка улога во процесот на следење на комуникациите. ОТА како технички сервис на сите со закон овластени органи за следење на комуникациите, ќе остварува оперативно техничка координација помеѓу давателите на телекомуникациските услуги и органите овластени за следење на комуникациите. Значи, ОТА ќе поседува опрема за следење на комуникациите и ќе ги поседува медијациските уреди заради самостојно активирање и спроведување на мерки за следење, а овластените органи нема да можат самостојно без ОТА да го активираат следењето и да ги следат комуникациите. Основањето на ОТА е уредено со посебен Закон за оперативно-техничка агенција. Согласно член 3 од Законот за ОТА, оваа агенција ќе активира и ќе создава технички услови за следење на комуникации и за таа цел ќе овозможува техничко поврзување помеѓу операторите и медијацискиот уред (LEIMD) сместен во ОТА, како и помеѓу техничките уреди (LEIMD и LEMF) сместени во ОТА, техничка поврзаност помеѓу техничкиот уред (LEMF) сместен во ОТА и работните станици што се користат за спроведување на следење на комуникации сместени во просториите на овластените органи. ОТА ќе врши и стручен надзор над работата на операторите. Процесот ќе се одвива на тој начин што по издавање на наредба за спроведување на посебна истражна мерка (ПИМ) следење на комуникациите, до ОТА се доставува анонимизиран примерок од таа наредба. По прием на судската наредба, а согласно член 64 од ЗСК, овластеното лице во ОТА е должно веднаш да ја активира и направи достапна комуникацијата за која што е издадена наредбата, како и да го запре спроведувањето на мерката за следење на комуникации во случај кога е истечено времето утврдено во наредбата или е издадена наредба за запирање на мерката.

Понатаму, воден веројатно од препораките во Извештајот на Прибе дека треба да се разграничи следењето на комуникации заради откривање на кривични дела, наспрема следењето заради заштита на интересите на безбедноста и одбраната на државата, и во обид да го направи тоа

разграничување, законодавецот во посебно поглавје ја уредува постапката и условите за спроведување на мерки за следење на комуникациите во интерес на безбедноста и одбраната, и покрај тоа што овие услови се уредени со Закон за кривичната постапка. Меѓутоа, поголем проблем во овој дел од Законот за следење на комуникациите е фактички конфузијата која е направена со пропишување на четири нови мерки за следење на комуникациите во интерес на безбедноста и одбраната, и тоа:

1. Следење и снимање на телефонски и други електронски комуникации;
2. Надзор и техничко снимање на внатрешноста на објекти, затворени простории и предмети и влез во тие објекти, затворени простории и предмети, заради создавање услови за спроведување на мерката;
3. Следење и набљудување со светлосно снимање на лица на отворен простор и на јавни места;
4. Следење и набљудување со звучно снимање на содржината на комуникациите на лица на отворен простор и на јавни места.

Како услов кој е предвиден за изрекување на некоја од наведените мерки ЗСК го утврди постоењето основи на сомневање дека се подготвува извршување на кривично дело против државата, против вооружените сили или против човечноста и меѓународното право. Освен тоа, крајно дискутабилно, предвидено е дека судот може да нареди мерки за следење на комуникациите заради превентивно дејствување во случај кога се подготвува, поттикнува, организира или учествува во вооружен напад против државата или во онеспособување на нејзиниот безбедносен систем да ги врши своите функции; како и во однос на активности за кривичните дела: терористичка организација (член 394 - а), тероризам (член 394 - б) и финансирање на тероризам (член 394 - в).

Исто така, наспрема препораката за засилување на безбедноста на податоците, во новиот Закон за следење на комуникациите предвидена е пашална обврска за операторите кои за потребите на безбедноста и одбраната, на барање на овластените органи за следење на комуникации, треба да им достават мета податоци. За ова барање, Јавниот обвинител на Република Македонија треба само да биде известен. Притоа, не е уредено кои видови на податоци може да се собираат, под кои услови и за кои цели ќе се користат, а не е утврден ниту временскиот период за кој тие можат да се користат и што ќе се случи со нив по нивното користење. Дискутабилно е тоа што увидот во мета податоците, во

актуелниот ЗКП,⁹ е утврден како посебна истражна мерка со назив „Увид во остварени телефонски и други електронски комуникации“. Оваа ПИМ мерка согласно член 252 став 1 т. 6 од ЗКП се применува *по наредба на јавен обвинител*. Освен тоа, доставување на податоци за остварени контакти во комуникацискиот сообраќај е предвидено и како обврска за операторите која тие треба да ја исполнат *по барање на јавен обвинител* (член 287 став 8 од ЗКП). Спротивно на овие одредби на Законот за кривичната постапка, новиот Закон за следење на комуникациите во однос на доставувањето на мета податоците утврдува дека Јавниот обвинител на Република Македонија само *ќе биде известен* дека до операторите е доставено барање за пристап до мета податоци од страна на овластен орган за следење на комуникации. Притоа, не е уредено кои видови на податоци може да се собираат, под кои услови и за кои цели ќе се користат, а не е утврден ниту временскиот период за кој тие можат да се користат и што ќе се случи со нив по нивното користење.

4.2. Позитивен исчекот во сферата на надзор и контрола над следењето на комуникациите

Во сферата на надзорот и контролата, а согласно препораките од Извештајот на Прибе и веројатно извлечените поуки од досегашните случувања, законодавецот успеа преку одредени интервенции да отстрани некои дискутабилни елементи. Сите тие елементи, иако се од техничка природа, сепак досега беа причина за отежнување, па дури и за комплетно парализирање на надзорот над следењето на комуникациите. Имено, во однос на Комисијата за надзор над примената на мерките за следење на комуникациите новиот ЗСК предвидува можност да ангажира национални и меѓународни технички експерти, со соодветно стручно знаење, кои врз основа на нивна акредитација, ќе можат активно да учествуваат во надзорот. Утврдено е право за Комисијатата да врши надзор без претходна најава, по потреба, а најмалку еднаш во три месеци, дури и во недостиг на мнозинство гласови. Освен тоа, преку интервенција во Законот за класифицирани информации, постапката за безбедносна проверка, наместо досегашните шест месеци, ќе трае еден месец. Безбедносната проверка се однесува на лицата назначени во надзорните тела кои вршат надзор над спроведувањето на мерките за следење на комуникациите, како и за ангажираните национални и меѓународни технички експерти во тие тела. Понатаму, се воведува и Совет за граѓанска контрола како надзорен орган над мерките кои се спроведуваат од овластените органи и

⁹ Закон за кривичната постапка, Службен весник бр. 150/2010, 09/2012

над ОТА. За својата работа Советот ќе доставува до Собранието годишен извештај, а ќе постапува по сопствена иницијатива или по претставка поднесена од граѓанин.

Во однос на контролата над следењето на комуникациите, која се спроведува од страна на јавниот обвинител кој ја води истрагата и судијата на претходната постапка кој ја издал наредбата за следење на комуникациите како ПИМ, односно Јавниот обвинител на Р. М. и судијата на Врховниот суд кој ја издал наредбата за следење на комуникации во интерес на безбедноста и одбраната, согласно член 59 од новиот Закон за следење на комуникациите, утврдено е дека контролните тела можат:

- да извршат увид во местото каде што се работните станици кои ги користат овластените органи, како и во просториите на ОТА каде се наоѓа опремата за следење на комуникациите и медијациските уреди, но и во местото каде што операторите ги чуваат уредите за пренасочување на сигналот до ОТА;
- да побараат или непосредно да пристапат до системот за електронски регистар;
- да побараат увид или да добијат копија од регистарот во писмена форма;
- да побараат или непосредно да ја преземат анонимизираната наредба за следење на комуникациите;
- да ги читаат сите логови кои се креирани, снимени или зачувани од системите што ги користат ОТА и операторите, како и од работните станици што ги користат овластените органи, вклучително и податоците кои при вршење на надзор се бараат од операторот, од ОТА и од овластените органи.

Со наведените новини во оваа сфера, направен е простор за создавање на солидни услови за ефикасен надзор и контрола над овластените органи за следење на комуникациите.

5. Заклучни согледувања

Извештајот на Прибе несомнено е одраз на фактичката состојба и во него објективно се идентификувани недостатоците во сферата на следење на комуникациите, а дадените препораки имаат за цел да го насочат и олеснат реформскиот процес.

Генералната констатација на авторот на овој труд е дека сепак не ги применивме во целост препораките на Прибе, оставајќи и понатаму одредени дискутабилни елементи во законите кои ја уредуваат оваа сфера. Ова првенствено се однесува на основата од каде почнува системот за следење на комуникации, односно на базичната поставеност на системот преку избраниот модел во кој дадените овластувања на новата агенција раѓаат сомнеж дека ОТА можеби ќе биде само продолжена рака на УБК. Со тоа, како да ја пропуштивме можноста да поставиме легислативна основа преку која ќе се отстрани секаква можност за концентрација на моќ во еден орган преку монопол во користење на опремата за следење на комуникациите и преку останатите законски овластувања. Ова секако не е модел за следење на комуникациите кој беше препорачан во Извештајот на Прибе. Дури и само фактот дека ОТА ќе ја поседува опремата за следење на комуникациите и ќе преземе дел од досегашните вработени во УБК, се доволни предуслови за сомнеж дека всушност ОТА е нов центар на моќ.

Проблематичен е и делот од Законот за следење на комуникациите во интерес на безбедноста и одбраната, предвидените четири нови мерки за следење на комуникациите, законската можност за нивна превентивна примена, како и одредбите за располагањето со мета податоците.

Покрај наведеното, во новиот ЗСК останаа и понатаму неуредени одредени прашања поврзани со потребните мерки на претпазливост при поништување на снимките од следените комуникации или при нивен транспорт до судот, категориите на лицата кои се одговорни за примена на следењето на комуникациите, карактерот на кривичните дела кои можат да произлезат од спроведувањето на наредбата за следење на комуникациите, итн. Сите тие елементи ќе треба да се уредат веројатно со некој нов реформски закон.

Од друга страна, со одредбите од новиот ЗСК сепак направен е позитивен исчекор во сферата на надзорот и контролата над следењето на комуникациите. Промените несомнено се рефлексција на досегашната практика во (не)спроведувањето на надзорот и контролата. Новините се насочени кон создавање на предуслови за ефикасен надзор и контрола и тие несомнено ќе придонесат за елиминирање на одредени потешкотии, особено оние со кои се соочуваа членовите на парламентарните комисии, дури и тогаш кога постоеше политичка волја за надзор и контрола над овластените органи за следење на комуникациите.

REFORMS IN THE SYSTEM OF INTERCEPTION OF COMMUNICATIONS VS. THE RECOMMENDATIONS FROM THE PRIEBE’S REPORT

The reforming of the system of interception of communications is one of the recommendations contained in the Report of the Senior Experts’ Group on systematic Rule of Law issue relating to the communications interception, in the wider public known as the Priebe’s Report. It is expected that with the reformed legislation, standards and practices will be established, which will prevent the illegal and non-selective intrusion into the privacy of citizens.

Contrary to the expectations, the content of the adopted laws, which make up the reform package in this sphere, despite some undoubtedly positive elements, leave the impression that certain previously established priorities, as well as some of the core recommendations of the Priebe’s Report, have not been contained into the reform.

In the process of the creation of the reform package, certain questionable elements contained in the previous laws, were not completely removed. In this way, we have missed the possibility of finally setting up a legislative basis that would prevent the concentration of power in one body and a monopoly in the use of equipment for monitoring communications.

In this paper, a review of the laws that make up the reform package for interception of communications is made, and in the context of the recommendations of the Priebe’s Report, weaknesses are noted, as well as some positive elements contained in the new legal solutions.

Key words: *Reform Package, Interception of communications, Recommendations, Priebe’s Report*

ПРЕПОРАКИ ЗА КРЕИРАЊЕ ПРАВНА РАМКА ЗА ЕФЕКТИВНА „БОРБА“ СО ДОЦНЕЊЕТО ВО ПЛАЌАЊЕТО НА ПАРИЧНИТЕ ОБВРСКИ

UDK: 657.432:340.13 (497.7)

336.717:340.13 (497.7)

Original research Paper

Апстракт: Преку елаборацијата на очекуваните ефекти од воведувањето на легислативата за спречување на задоцнетите плаќања во деловните трансакции и дадените препораки за креирање одржлив систем на норми во оваа област, се добиваат солидни сознанија за определувањето на пристапот во делот на спречувањето на задоцнетото плаќање на паричните обврски. Веќе измина еден референтен период од кој можат да се согледаат ефектите од донесувањето на Директивата 2011/7/ЕУ на европскиот простор, што секако важи и за Законот за финансиска дисциплина во нашата земја. Од анализата на состојбите во Република Македонија во оваа сфера произлегува дека постојат низа недоречености кои ја релативизираат вистинската функција на самата легислатива. Имено, покрај фактот што во континуитет бележиме прилично долги просечни рокови за плаќање на паричните обврски во деловните трансакции, забележуваме повеќе неусогласености помеѓу Законот за финансиска дисциплина и Директивата 2011/7/ЕУ. Од друга страна, роковите за исполнување на паричните обврски како суштинска придобивка од донесувањето на Директивата 2011/7, мора да бидат определени на начин што нема да дојде до груба повреда на начелото на слобода на уредување на облигационите односи. Без тенденција да се оспорат границите на слободата на договорање, секогаш мора да се води сметка и за потребите на учесниците во деловните трансакции по примерот на уреденоста на ова прашање во самата Директива 2011/7/ЕУ. Сепак, иако се очекува дека влијанието на Законот за финансиска дисциплина врз јакнењето на културата за навремено плаќање ќе биде значајно, мора да се нагласи дека се потребни и други механизми за подобрување на состојбите со плаќањето на паричните обврски.

Клучни зборови: парични обврски, дисциплина, легислатива.

* Директор на сектор за општи правни работи во АД Витаминка Прилеп.

Вовед

Овој труд е посветен на прашањето за оправдувањето или неоправдувањето на потребата од законска уреденост на спречувањето на задоцнетите плаќања во деловните трансакции. Иако е неспорна потребата од законско уредување на спречувањето на задоцнетите плаќања, сепак овие активности мора да бидат придружени со ефикасна правна рамка која постојано ќе биде во чекор со динамиката на паричните односи. За реализација на должничко доверителскиот однос, за успехот на работата и оптималниот степен на ликвидност и солвентност на субјектите, од особена важност е познавањето на правилата за наплата на паричните побарувања, што ќе рече правната рамка на паричниот систем што доаѓа до израз кога паричната облигација се извршува.¹ Тоа подразбира и умешно затворање или решавање на сите отворени прашања како би се постигнала посакуваната цел.

Новата Директива 2011/7/EU² беше донесена во услови кога светот се соочуваше со последиците од економската криза. Факт е дека во едни така комплицирани услови на работење, многу помалку од претходно може да се полага на чесност во деловните односи и доследно почитување на преземените договорни обврски. Безизлезната состојба во која се најдоа значаен дел од трговците во Унијата, ги развлече роковите за плаќање на обврските до степен тоа да стане неподносливо за работењето и на бројни поголеми субјекти со дотогаш релативно стабилни приходи. Недостатокот на средства кај друштвата всушност беше главниот проблем за навремено сервисирање на обврските. Задоцнетите плаќања силно ја погодуваат ликвидноста на трговците и со тоа го комплицираат финансискиот менаџмент. Проблемот се мултиплицира на начин што повеќе или помалку го погодува секој оној кој е дел од кругот на производство, менаџмент и дистрибуција. Тоа директно се одразува на конкурентноста на субјектите на пазарите од причина што недостатокот на средства го забавува развојот на друштвото. Имено, вложувањата во опрема и развој на нови производи се одлагаат за подобри времиња, маркетинг активностите стагнираат, вработувањата се замрзнуваат и се закануваат откази од деловни причини. Проблемите со ликвидноста, од своја страна, генерираат отежнат пристап до надворешно финансирање и поддршка од трети страни. Задоцнетите плаќања во деловните трансакции

¹ Кики, Мангова-Поњавик. “Парични побарувања, заштитни клаузули и македонското облигационо право.“ *Правник* 119 (2002) : 5.

² Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. *Official Journal of the European Union*, L 48, 23.2.2011.

од страна на јавната администрација и приватните субјекти имаат штетни ефекти врз бизнис средината, посебно преку зголемувањето на товарот на деловните потфати кои и онака веќе имаат ограничени финансиски ресурси и на коишто на крајот тоа може да им влијае да бидат принудени да излезат од бизнисот.³

Во Преамбулата на Директивата 2011/7/EУ се нагласува дека целта на овој пропис е обезбедувањето заштита на деловните субјекти од приватниот сектор, а пред сè на малите и средните деловни потфати. Наведената заштита се согледува во две насоки: (1) заштита на деловните субјекти од други деловни субјекти и (2) заштита на деловните субјекти од лицата од јавното право.⁴

Самиот факт дека веќе со Директивата 2011/7/EУ за спречување на задоцнетото плаќање во деловните трансакции се поставија прецизни рокови за исполнување на паричните обврски, можеме да го оцениме како историска придобивка за правните системи на европските држави. За прв пат, разбирајќи ја сериозноста на последиците кои со себе ги носат задоцнетите плаќања за европската економија, се усогласија ставовите на државите членки на Унијата по ова круцијално прашање, објавувајќи на тој начин позасилена борба со секое отстапување од принципите.

1. Очекувани ефекти од воведувањето на легислативата за спречување на задоцнетите плаќања во деловните трансакции

Ефектите од воведувањето на легислативата за спречување на задоцнетите плаќања во деловните трансакции се делат на *позитивни и негативни*. Тука говориме за очекувани ефекти кои треба да дадат некаков резултат уште во првите години по стапувањето на сила на Директивата 2011/7. Ургентноста на проблемот наложува итна акција заснована на решенијата на новата Директива 2011/7, кои ќе се менуваат и дополнуваат во согласност со утврдените потреби.

Позитивните ефекти од воведувањето на оваа легислатива во основа можат да се согледаат во следното:

- ќе се намалат последиците од економската криза врз економиите на земјите членки на ЕУ и аспирантите за членство;

- ќе се подобри ликвидноста на постабилните трговци и други

³ William, Connell. "Economic Impact of Late Payments." *Economic papers* 531 (2014): 7.

⁴ Zvonimir, Safranko. "Kriticki osvrt na provedbu Direktive 2011/7/EU u Hrvatsko pravo – drugi dio: Suzbijanje zakasnelih placanja i zlorabe ugovorne autonomija na stetu vjerovnika". *Pravo u gospodarstvu*: 5 (2012): 1231.

субјекти;

- ќе се елиминираат лошите плаќачи кои заради лошата ликвидност „се борат“ за опстанок, за сметка на оние кои се во релативно добра финансиска кондиција;

- ќе се зголеми довербата во деловните односи;

- заради заканата од соочување со одредени правни последици во случај на непочитување на правилата, ќе се поттикне или стимулира доследното исполнување на преземените обврски;

- ќе се зајакне позицијата на доверителот во деловната трансакција како резултат на одбегнувањето на неправедните договорни услови или постапувања;

- ќе се воспостави поголема рамноправност при договарањето на условите на соработка помеѓу учесниците во деловните трансакции;

- ќе се подобри благосостојбата на малите и средните потфати како носители на економскиот раст во рамките на Унијата и пошироко;

- ќе се забрзаат постапките за наплата на неспорните побарувања;

- ќе се охрабри прекуграничната трговија како резултат на постоењето исти или слични правила за исполнување на паричните обврски во одделните држави;

- ќе се обезбеди транспарентност во поглед на правата и обврските кои произлегуваат од Директивата 2011/7 и воопшто ќе се подигне свеста за навремено плаќање на паричните обврски од деловните трансакции.

Негативните ефекти од воведувањето на оваа легислатива во основа би можеле да се согледаат во следното:

- очекувано ќе се зголеми бројот на субјекти со блокирани сметки, а следствено на тоа ќе се зголеми и бројот на отворени стечајни постапки и престоаноци на трговци и други субјекти;

- ќе се ограничи слободата на договарање на договорните страни во поглед на утврдувањето на роковите за исполнување на паричните обврски (делумно или целосно, со варијации во различните држави);

- ќе се направат обиди за неосновано привилегирање на одредени субјекти од јавниот сектор на сметка на субјектите од приватниот сектор во поглед на роковите за плаќање, спротивно на целта на Директивата 2011/7/EУ;

- ќе се форсира единствениот пристап во поглед на роковите, без

оглед на реалните перформанси на одделните сектори во економијата;

- истакнувањето на правото на камата на задоцнето плаќање и надоместок за направените трошоци за наплата ќе се релативизира во интерес на осигурувањето подолгорочна соработка;

- би можело многу повеќе да се инсистира на прекршочна одговорност со определување високи глоби, заради што би можела да се изгуби функцијата на законот;

- ќе се појават разлики во однос на начинот на следење на спроведувањето на легислативата во националните правни системи на одделните држави, доведувајќи го во прашање и капацитетот на одделните државни надзорни органи за доследна контрола на прописите;

- би можеле од страна на должниците (купувачи, корисници на услуги и сл.) да се пролонгираат роковите за плаќање до законскиот максимум и покрај фактот што пред донесувањето на новата легислатива обврските објективно се плаќале и во пократки рокови од пропишаните.

Од претходното може да се констатира дека системот на норми во областа на спречувањето на задоцнетите плаќања постојано треба да се надградува како резултат на потребата да се намалат негативните ефекти од неговата примена. Во исто време, тој систем мора да се дополнува во насока на зголемување на неговото значење во современото работење, како стандард од кој нема отстапување.

2. Креирање одржлив систем на норми

Во оваа прилика, сметаме дека е потребно да укажеме на сериозноста на проблемот што имплицира еднаква сериозност на пристапот кон неговото разрешување или попрецизно речено, кон намалувањето на негативните последици од неговото постоење. Во овој дел го разгледуваме токму прашањето за креирањето одржлив систем на норми, кој ќе обезбеди стабилност на односите и најважно - сигурност и извесност во постапувањето и правните последици во случај на отстапување од статуираните правила. Примарната функција на системот на норми е да ја превенира појавата на задоцнети плаќања во деловните трансакции, да се нагласи нејзината штетност и секако, да се поттикне културата на навремено плаќање.

Пред донесувањето на новата Директива 2011/7, на ниво на ЕУ беше забележано дека доцнењето со исплатата предизвика големи проблеми во работењето и финансиската ликвидност, особено кај малите и средните претпријатија. И по донесувањето на Актот за мали бизниси (*Small Business*

Act) и Европскиот план за опоравување во 2008 година, во кој беше нагласена клучната улога на претприемништвото за излез од кризата, стана јасно дека постоечкиот систем на заштита од задоцнети плаќања не е доволен и дека е потребно дополнително да се обврзат земјите членки да го преиспитаат нивното законодавство и да ја унапредат културата на плаќање.⁵ После донесувањето на предметната Директива се унапредија и надградија правилата во оваа област, чија содржина треба да се анализира и соодветно ревидира.

За да можеме да дискутираме за *постоење одржлив систем на норми* во областа на спречувањето на задоцнетите плаќања, воопштено, *мора да се инсистира на следниот минимум:*

- фокусот во обезбедувањето заштита секогаш да се стави на малите и средните потфати заради на нивната носечка улога во економските процеси - од една страна, а од друга страна и како резултат на нивната ранливост на последиците кои со себе ги носат задоцнетите плаќања;

- јасно да се дефинираат сите поими карактеристични за оваа легислатива, а особено поимот „деловна трансакција“ од кој се установува нејзината цел;

- да се дефинираат разумни рокови за плаќање на обврските во B2B деловните трансакции, а особено во PA2B трансакциите каде субјектот од јавниот сектор се јавува во улога на должник на паричната обврска;

- да се определи максимален рок за сите случаи каде должник на паричната обврска е јавен субјект;

- рокот од 60 дена за исполнување на паричните обврски во PA2B деловните трансакции да биде само редок исклучок од правилото – 30 дена за плаќање, кој исклучок ќе се однесува само на субјектите од јавниот сектор кои обезбедуваат здравствена заштита;

- доколку се инсистира на тоа, да се пристапи кон креирање систем на санкции кој ќе корелира со висината на паричната обврска и кој ќе биде во пропорција со големината на субјектот од приватниот сектор;

- да се избегнуваат практиките на предвидување различни рокови со други специјални закони со кои ќе се дерогираат одредбите на легислативата за борба со задоцнетото плаќање во деловните трансакции;

- јасно да биде определено правото и висината на каматата на задоцнето плаќање како надомест на претпоставената штета што ја трпи доверителот поради задоцнување со исполнување на паричната обврска

⁵ Miljenko, A. Giunio. “Rokovi ispunjenja novčanih obveza u poduzetničkim ugovorima u direktive i hrvatski zakon”. *Zbornik Susreta pravnika – Opatija* (2012) : 6.

од страна на должникот⁶, како и правото, висината и начинот на наплата на надоместокот на трошоците настанати како резултат на задоцнетото плаќање;

- да се предвиди можност за надомест и на останатите штети што ги претрпела страната на доверителот заради ненавремената исплата;

- да се определат прецизни правила за времетраењето на постапките за наплата на неспорните побарувања;

- евентуалните привилегии во легислативата да бидат оправдани со дејноста на субјектите и реалните потреби;

- да се почитува начелото на слобода на договарање во B2B деловните трансакции на начин што ќе се овозможат, оправдаат, исклучоците од стриктните рокови доколку тие се базирани на волјата на двете договорни страни;

- да се определат критериумите за неправедните договорни услови или постапувања, од аспект на заштита на страната на доверителот.

Покрај претходно изнесеното, цениме дека во оваа прилика треба да се истакнат и останатите *поважни мерки и активности* кои е препорачливо да се преземаат или користат во интерес на постигнување на посакуваните ефекти со предметната легислатива, а најмногу во правец на обезбедување навремена наплата на доверителовото побарување. Во прашање се одредени проверени практики, чија основа повторно можеме да ја најдеме во Директивата 2011/7/ЕУ, но и во други пред сè правни механизми. Имено, препорачливо е да се преземаат и следните мерки и активности:

- водење редовни (месечни, квартални, полугодишни и годишни) статистики за плаќање на паричните обврски во B2B трансакциите, а особено за RA2B деловните трансакции;

- на редовна полугодишна основа јавно да се објавуваат каматните стапки на задоцнето плаќање;⁷

- да се издаваат стручни публикации, да се водат промотивни кампањи, односно да се користат сите функционални средства за подигнување на свеста за правните лекови за задоцнети плаќања во деловните трансакции;⁸

- да се формираат и поддржуваат разни тела и организации кои ќе

⁶ За ова види повеќе: Васил, Велковски. *Камата*. Скопје: Здружение на правници од стопанството на Република Македонија, 2000, 8.

⁷ Член 8 ставови (1) и (2) од Директивата 2011/7/ЕУ.

⁸ Ова произлегува и од член 8 став (3) од Директивата 2011/7/ЕУ.

вршат анализи на состојбите во оваа сфера;

- да се поттикнува воспоставувањето на кодекси за навремено плаќање во кои се наведуваат јасно одредени рокови на плаќање и соодветна процедура за решавање на спорните плаќања, односно да се поддржуваат сите оние иницијати кои се занимаваат со клучното прашање на задоцнетите плаќања и даваат свој придонес за развојот на културата на навремено плаќање во смисла на целта на Директивата 2011/7/ЕУ;⁹

- да се цели кон навремено обезбедување на побарувањата со: банкарска гаранција, засновање заложно право, издавање задолжница, предвидување солидарна одговорност, склучување договори за промена на доверител или должник (цесија, преземање на долг, пристапување кон долг и преземање на исполнување) или на трет погоден начин;

- да се осигуруваат побарувањата од краткорочни комерцијални ризици¹⁰;

- да се развива и користи факторингот како алтернативен начин на финансирање, што подразбира продажба на побарувањата заради обезбедување готовина која ќе ја подобри ликвидноста на друштвото/ отстапувачот без појава на зголемено задолжување во билансите¹¹;

- да се користат услуги на друштва кои професионално се занимаваат со наплата на побарувања¹²;

- да се прибегнува кон примена на посебни средства за присила –

⁹ Член 8 став (4) од Директивата 2011/7/ЕУ.

¹⁰ Во Република Македонија осигурување на побарувањата од краткорочни комерцијални ризици врши Македонската банка за поддршка на развојот АД Скопје (МБПР). Имено, МБПР обезбедува покритие за осигуреникот ако купувачот кој бил прифатен со т.н. додаток за кредитен лимит, стане несолventен или не плаќа 180 дена по договорениот рок на плаќање утврден во т.н. додаток за кредитен лимит. На овој начин трговските друштва може да се заштитат особено од комерцијалните ризици од деловните трансакции со странски правни лица.

¹¹ Факторингот е посебно корисен за трговците кои ги продаваат своите производи на одложено плаќање, а во исто време се обврзани да извршат авансно или на кратки рокови плаќање на репроматеријалите кои ги користат во процесите на производство. Од аспект на Законот за финансиска дисциплина во Република Македонија, потребно е да се нагласи дека со заживувањето на факторингот во голема мера би можеле да се намалат негативните ефекти од задоцнетите плаќања кои ги трпат доверителите и покрај фактот што отстапувачот ќе мора да оддели одреден надомест за факторот, што ќе биде цена за брзата реализација на побарувањето. Но, регулацијата на факторингот во нашата земја доцни, па затоа препорачливо е што побргу да се донесе посебен Закон за факторинг, како што е тоа случај во Република Србија (Zakon o faktoringu - Sl.Glasnik RS br. 62-2013), но и во многу други земји.

¹² Овие друштва постапуваат на основа на дадено овластување од корисник кога одредено

средствата за обезбедување на побарувањата, како би се создале услови за идна реализација на побарувањата на доверителите;

- доколку постои потреба да се иницира присилно извршување заради наплата на паричното побарување врз основа на квалификувана исправа која стекнала својство на извршност;

- правилно да се определи надзорната функција на јавните тела над спроведувањето на прописите во оваа област;

- да се преземаат и други мерки и активности за спречување на изигрувањата на доверителите.

3. Состојби во Република Македонија

Во поглед на Република Македонија, во продолжение ќе ги презентираме најважните заклучоци кои всушност произлегоа од спроведеното истражување од страна на авторот на овој труд во текот на 2016 година, а во врска со Законот за финансиска дисциплина¹³. Раритетните практики на внесување емпирија во правните истражувања треба да бидат поттикнати и охрабрувани во перспектива заради нивната вредност и значење. Она што е важно е тоа дека висок процент од испитаниците се запознаени со одредбите од законот кој започна да се применува од 1 мај 2014 година, што може да се оцени како логично со оглед на тоа што од почетокот на примената на оваа нова легислатива веќе изминал одреден референтен период за запознавање со истата. Генералната оценка е дека донесувањето на една ваква легислатива во Република Македонија е повеќе од потребно во овој период. Тоа се потврдува со 79,4% од економските оператори од приватниот сектор (учесници во истражувањето) кои ја оценуваат оваа легислатива како добра или многу добра, што е приближно со оценката на јавниот сектор каде високи 87,9% ја оценуваат легислативата како добра или многу добра.

Најголемиот број од испитаниците (65,6%) кои ја оценуваат оваа легислатива како добра и во исто време го оцениле како значајно нејзиното влијание врз јакнењето на културата за навремено плаќање, искусствено се соочиле со плаќања од страна на јавниот сектор (РА2В)

плаќање не е извршено на време. Најчесто се користат следните методи: издавање на писмени опомени, телефонски повици или лични посети, па дури и активирање на специјализирани друштва за правни услуги во овој дел.

13 Закон за финансиска дисциплина. *Службен весник на Р.М.* 187/2013, 201/2014, 215/2015.

кои биле подолги од 120 дена. Овој показател во одредена мера говори и за довербата на субјектите во оваа легислатива или за нивните очекувања за позитивниот импакт на оваа легислатива во насока на спречување на задоцнетите плаќања, вклучувајќи ги и оние од јавниот сектор.

Но, претходното не треба да се сфати во насока на тоа дека законското решение нема недостатоци. Недостатоците на актуелниот Закон за финансиска дисциплина, според респектираното мислење на учесниците во истражувањето се состојат во следното: определувањето високи глоби (54,3% од вкупниот број); привилегирањето на јавните субјекти наспрема економските оператори од приватниот сектор (50,6%); непостоењето на рокови за исполнување на обврските кога станува збор за повеќегодишни јавни набавки, каде јавниот сектор се јавува во улога на должник (48,8%); постоењето рок од 120 дена како апсолутна граница во договарањето на роковите во односите помеѓу економските оператори од приватниот сектор (36%); постапката за наплата на надоместокот од 3.000,00 денари (28,7%); определувањето на започнувањето на течењето на рокот за исполнување на паричните обврски (18,3%); примена на ЗФД во односите со странски елемент (14%); дефиницијата за „деловна трансакција“ (12,2%); нешто друго (12,8%).

Определувањето високи глоби е истакнато како голем недостаток на ЗФД, заради што мора да се позиционира високо на листата на приоритети за подобрување на работите во оваа област. Значајни 79% од оние испитаници кои одговориле дека целта на ЗФД е утврдување на прекршочна одговорност, во исто време одговориле и дека глобите во ЗФД се високо определени и не се поврзуваат со висината на паричната обврска. Важно е да се нагласи и тоа дека 78% од испитаниците кои не сметаат дека целта на ЗФД е утврдување прекршочна одговорност, одговориле дека глобите се високо определени и не се поврзуваат со висината на паричната обврска.

Обидите за привилегирање на јавните субјекти на сметка економските оператори од приватниот сектор се уште едно од низата прашања кои треба да бидат основа за вршење соодветни измени и дополнувања на предметната легислатива во перспектива. Од истражувањето јасно произлегува заклучокот дека и кај јавниот и кај приватниот сектор доминира мислењето дека примарна заштита со Законот за финансиска дисциплина би требало да се обезбеди за малите и средните потфати (МСП). Ваквиот став во целост конвергира со целта на Директивата 2011/7/ЕУ. Во прилог на ова говори и фактот што најголемиот број од субјектите кои учествувале во истражувањето, способноста за

навремено плаќање на обврските од страна на економските оператори од приватниот сектор, ја оцениле како просечна. Обратно, сосема мал број од испитаниците сметаат дека економските оператори од приватниот сектор имаат висока способност за навремено плаќање на паричните обврски. Значајни 71,3% од оние испитаници кои ја оценуваат способноста на економските оператори од приватниот сектор за навремено плаќање како просечна, сметаат дека ЗФД треба да обезбеди примарна заштита на малите и средните потфати. Таков став имаат и 60,7% од испитаниците кои способноста за навремено плаќање на приватниот сектор ја оцениле како ниска. Овие податоци се значајни од аспект на тоа што на овој начин, преку потврдата за ниската или просечната способност за навремено плаќање на приватниот сектор, акцентот се става врз обезбедувањето примарна заштита на малите и средните потфати. Според тоа, најголемиот број од субјектите од приватниот сектор се категорично против идејата за привилегирање на било кои субјекти од јавното право кога станува збор за ненавременото плаќање на обврските. Веќе истакнавме дека не постои цел или основа која може да ги оправда пролонгирањето на роковите или предвидувањето исклучоци за субјектите од јавниот сектор. Поделеност по однос на ова прашање постои кај јавните субјекти, на начин што речиси во изедначени делови, едни сметаат дека не треба да постои привилегирање на субјектите со законот, други дека таквите одредби од ЗФД се целосно прифатливи, а трети го застапуваат умерениот став дека сепак има оправданост да се привилегираат само одредени здравствени установи заради дејноста, но дека таа одредба не смее екстензивно да се применува. На истата линија се и заложбите за избегнување на дополнителни или следни пролонгирања на роковите за јавниот сектор, имајќи предвид дека со почеток од 01.01.2016 год. започнаа да се применуваат роковите утврдени како правило за исполнување на паричните обврски од нивна страна. Не би требало во иднина да се работи на изнаоѓање алтернативни начини за некакви развлекувања на роковите.

На претходниот недостаток се надоврзува и *непостоењето на рокови за исполнување на обврските кога станува збор за повеќегодишни јавни набавки*, каде јавниот сектор се јавува во улога на должник. Најголемиот број од економските оператори од приватниот сектор кои беа вклучени во истражувањето, сметаат дека треба да се определи рок ако се работи за договор чиј предмет е повеќегодишна јавна набавка. Без предвидувањето рок за повеќегодишните јавни набавки практично се повластуваат субјектите од јавниот сектор за сметка на економските оператори од приватниот сектор, што е спротивно на заложбите истакнати

во Директивата 2011/7/ЕУ.

Понатаму, постоењето рок од 120 дена како апсолутна граница во договарањето на роковите во односите помеѓу економските оператори од приватниот сектор, се определува како недостаток во ЗФД, на кој мора да му се посвети посебно внимание. Повеќе од половина од субјектите кои се засегнати со примената на Законот за финансиска дисциплина, сметаат дека рокот од 60 дена (релативна граница) за исполнување на паричните обврски во В2В деловните трансакции е правилно предвиден во членот 5 став (1) од Законот за финансиска дисциплина, но дека треба да се даде можност економските оператори под одредени услови, како исклучок да предвидат и подолг рок за исполнување на паричните обврски. Повеќето од испитаниците одговориле дека во деловните трансакции во кои должник бил економски оператор од приватниот сектор, паричните обврски се плаќале во просек од 60 до 120 дена. Воопштено погледнато, 61,6% од сите испитаници одговориле дека рокот на плаќање кога економски оператор од приватниот сектор бил должник, се движел од 30 до 120 дена. Но, не треба да се изостави и фактот дека значајни 20,7% од испитаниците одговориле дека рокот на исполнување на паричните обврски бил подолг од 120 дена.

Од друга страна, што се однесува до *роковите за исполнување на обврските во РА2В деловните трансакции*, половината од вкупниот број испитаници сметаат дека рокот во треба да се движи од 30 до 60 дена. Ваквото мислење несомнено се поклопува со заложбите истакнати во Директивата 2011/7/ЕУ. Најголемиот дел од оние кои ја оценуваат оваа легислатива како многу добра (62%) и добра (49,4%), сметаат дека рокот за исполнување на паричните обврски во РА2В трансакциите треба да се движи од 30 до 60 дена, што се поклопува со интенциите на европско ниво. Во нашиот закон¹⁴ рокот во РА2В трансакциите е определен на 60, односно 90 дена, а за случаите кога станува збор за повеќегодишна јавна набавка не е определен никаков рок. Високи 77,1% од испитаниците кои искусиле плаќање од јавниот сектор во просек подолго од 120 дена, сметаат дека рокот во РА2В деловните трансакции (кога јавниот сектор должи) треба да се определи максимум до 60 дена. Врз таа основа, повеќе од сигурно произлегува дека во наредниот период ќе мора роковите за плаќање на обврските од страна на јавниот сектор во целост да се усогласат со одредбите од Директивата 2011/7/ЕУ, што значи дека определбата ќе мора да биде во насока на тоа овие рокови да се намалуваат. Ова е уште повеќе важно ако се има предвид тоа дека најголемиот процент од економските

¹⁴ Види член 6 од Законот за финансиска дисциплина.

оператори од приватниот сектор, како и од субјектите од јавниот сектор, сметаат дека субјектите од јавниот сектор се најпроблематични кога станува збор за навременото плаќање на паричните обврски. Оценките на приватниот сектор се дека способноста за плаќање на обврските од страна на јавниот сектор се движи од ниска кон просечна. Затоа, основано може да се заклучи дека понатамошните активности и мерки во насока на финансиско дисциплинирање на субјектите во Република Македонија за навремено плаќање на обврските, доминатно треба да бидат насочени кон субјектите од јавниот сектор.

Кога сме кај состојбите со плаќањата на обврските од страна на јавниот сектор во Република Македонија, потребно е да презентираме уште неколку податоци кои одат во прилог на аргументот дека вниманието на законодавецот во перспектива треба да биде насочено кон поголемо дисциплинирање на субјектите од јавниот сектор. Имено, 63,4% од испитаниците кои ја оцениле способноста на приватниот сектор за плаќање на обврските како просечна и 60,7% од оние испитаници кои ја оцениле способноста како ниска, сметаат дека најпроблематични субјекти за плаќање на обврските се субјектите од јавното право. Во случаите кога јавниот сектор се јавува како должник на паричната обврска, побарувањата најчесто се наплаќаат во периоди подолги од 120 дена (вака одговориле 40,5% од испитаниците). Дури 61% од испитаниците одговориле дека јавниот сектор ги сервисира обврските во периоди подолги од 60 и 120 дена. Ваквите состојби јасно ја нагласуваат неусогласеноста која постои помеѓу одредбите од ЗФД (заложибите на законодавецот) и она што се случува во реалноста, во деловните трансакции помеѓу субјектите.

Во однос на недостатокот поврзан со *постапката за наплата на надоместокот од 3.000,00 денари*, поголемиот број од засегнатите субјекти со оваа легислатива имаат негативно мислење по однос на неговото влијание, чија доминантна улога е стимулирање на навремените плаќања. Во таа насока потребно е да се посвети посебно внимание на следните прашања: дали можеби е ниско определен износот на надоместокот кој треба да го плати должникот, дали причината за ова е непостоење соодветна процедура за пријава и наплаќање на надоместокот доколку не биде платен доброволно, дали основата на таквиот став лежи во стравот трајно да се изгубат деловните релации или во откажувањето од побарувањето на надоместокот во интерес на понатамошната соработка ит.н. Од добиените одговори на посочените прашања ќе се креира најсоодветното законско решение. Интересно е да се забележи дека 63,9% од испитаниците кои ја сметаат оваа легислатива како добра,

сметаат дека надоместокот од 3000 денари нема да влијае позитивно во насока на навремено исполнување на обврските.

Претходно презентираниите емпириски податоци во основа ја презентираат состојбата со плаќањата на паричните обврски во Македонија и легислативната рамка во која истите се одвиваат. Меѓутоа, *de lege ferenda* мора да се внимава уште и на: усогласување на постоечката процедура на меѓусебно известување на различните органи; усогласување на одредбите за казнената камата; залагањето за обезбедување неселективен пристап во контролата; подобрување на капацитетите на УЈП и Финансиската инспекција во јавниот сектор за следење на оваа легислатива и сл.

4. Од загрозување на слободата на договарање кон гарантирање на автономијата на волја

Невнимателниот пристап во креирањето на легислативата за спречување на задоцнетите плаќања може да биде фактор на загрозување на слободата на уредување на облигационите односи или т.н. автономија на волја. Целта на легислативата за спречување на задоцнетите плаќања не е заштита на субјектите од јавниот сектор, туку заштита на трговските друштва, а особено на малите и средните потфати. Законот за финансиска дисциплина кој беше донесен во Република Македонија на крајот од 2013 година, во одредена мера отстапи од суштината на Директивата 2011/7/EУ. Имено, во Република Македонија се избегна флексибилноста во делот на роковите за исполнување на паричните обврски и се загрози начелото на автономија на волја преку доследното спроведување на процесот на финансиско дисциплинирање. Создавањето економски бенефит за трговските друштва во деловните трансакции, а не ограничување на нивната деловна активност преку загрозување на слободата на уредување на облигационите односи, која е еден од гарантите за нивниот просперитет, всушност лежи во суштината на донесувањето на Директивата 2011/7/EУ за спречување на задоцнетото плаќање во деловните трансакции. Непостоењето никакви исклучоци од ова правило дополнително ќе ја проблематизира или блокира нивната работа, пред сè заради можноста да се плаќаат глоби, надоместоци, штети и слично, па иднината на некои потфати би станала крајно неизвесна.

Ваквите тези недвосмислено се потврдија со добиените резултати од спроведеното истражување. Така на пример, 72,3% од испитаниците кои сметаат дека приватниот сектор има просечна способност за навремено плаќање на обврските, се согласуваат со утврдениот рок од 60 дена за исполнување на обврските во B2B трансакциите, но ја нагласуваат и потребата за постоење

исклучоци од ова правило, без определување максимален рок од 120 дена за исполнување на паричните обврски во ваквите деловни трансакции, бидејќи тоа би значело ограничување на слободата на договарање. Истиот овој став доминира и кај испитаниците кои сметаат дека приватниот сектор има ниска способност за навремено плаќање на паричните обврски. Повеќе од две третини (67,6%) од оние кои навеле дека обврските кога должен приватниот сектор во просек биле плаќани во рокови подолги од 120 дена, сметаат дека предвидувањето апсолутна граница на слободата на договарање во В2В трансакциите би можело да го повреди начелото на „автономија на волја“ (слобода на договарање). Тоа всушност е израз на потребата да се гарантира слободата на договарање. Јасно е дека во услови кога приватниот сектор се соочува со просечна до ниска способност за навремено плаќање на паричните обврски, така што најчесто плаќањата се вршат во периоди подолги од 120 дена, може да се цели кон некаква релативна граница на слободата на договарање во поглед на роковите и тоа до 60 дена, но никако да се цели и кон поставување апсолутна граница на слободата на договарање (со рокот од 120 дена). Од презентираниите податоци неспорно е тоа дека субјектите во основа прифаќаат релативна граница на слободата на договарање, но не и апсолутна граница на слободата на договарање во овој дел. Ваквата платежна способност се надополнува и со друга исто така објективна причина, која се однесува на веќе истакнатата потреба за продолжување на воспоставената деловна практика за плаќање во подолги периоди, што е резултат на волјата и на двете договорни страни.

Но, во Република Македонија со право може да се забележи дека можеби основата на поставувањето апсолутна граница на слободата на договарање во В2В деловните трансакции, е утврдувањето прекршочна одговорност. Имено, две третини од испитаниците (66,3%) кои сметаат дека со поставувањето на апсолутната граница на слободата на договарање (120 дена) во В2В трансакциите се врши повреда на начелото на автономија на волја, во исто време сметаат дека целта на ЗФД е утврдување на прекршочна одговорност. Дури 62,5% од оние кои не сметаат дека рокот од 120 дена би ја повредил слободата на договарање, во исто време се изјасниле дека целта на ЗФД е утврдување токму на прекршочна одговорност. Значајно мнозинство од испитаниците сметаат дека рокот од 120 дена определен во членот 5 став (3) од ЗФД не претставува ништо друго, освен основа за прекршочна одговорност на субјектите.

Сумирајќи го она што претходно беше изнесено, ќе констатираме дека во нашата земја мора напорно да се работи во насока на подобрување и целосна хармонизација на легислативата за борба против задоцнетото плаќање со европското законодавство. Поставувањето апсолутна граница на слободата на договарање во поглед на роковите за исполнување на паричните обврски не е карактеристика на Директивата 2011/7/ЕУ.

5. Заклучоци

Преку елаборацијата на очекуваните ефекти од воведувањето на легислативата за спречување на задоцнетите плаќања во деловните трансакции и дадените препораки за креирање одржлив систем на норми во оваа област, се добиваат солидни сознанија за определувањето на пристапот во делот на спречувањето на задоцнетото плаќање на паричните обврски. Веќе измина еден референтен период од кој можат да се согледаат ефектите од донесувањето на Директивата 2011/7/ЕУ на европскиот простор, што секако важи и за Законот за финансиска дисциплина. Без оглед на тоа што процесот на хармонизација на националните законодавства на државите членки во оваа област веќе е завршен и постои високо ниво на усогласеност помеѓу поединечните решенија, во периодот што следува мора да се инсистира на доследно спроведување или верификација на очекуваните позитивни ефекти од оваа легислатива. Од друга страна, мора објективно да се идентификуваат и можните негативни ефекти од примената и да се преземаат соодветни мерки и активности за нивно елиминирање или миноризирање на нивната улога. Одговорот на прашањето во која насока ќе се развива легислативата во перспектива, логично треба да произлезе од опсежните анализи на состојбите во делот на задоцнетите плаќања, кои веќе се вршат во Европа.

Состојбите во Република Македонија се покомлицирани во споредба со состојбите во најголемиот број држави членки на Европската унија. Имено, покрај фактот што во континуитет бележиме релативно долги просечни рокови за плаќање на паричните обврски во деловните трансакции, забележуваме на повеќе неусогласености помеѓу Законот за финансиска дисциплина и Директивата 2011/7/ЕУ. Роковите за исполнување на паричните обврски како суштинска придобивка од донесувањето на Директивата 2011/7, мора да бидат определени на начин што нема да дојде до груба повреда на начелото на слобода на уредување на облигационите односи. Без тенденција да се оспорат границите на слободата на договорање, секогаш мора да се води сметка и за потребите на учесниците во деловните трансакции по примерот на уреденоста на ова прашање во самата Директива 2011/7/ЕУ. Од изнесените причини со право може да се оцени дека процесот на финансиско дисциплинирање во Република Македонија, а со цел навремено плаќање на обврските, нема да биде лесен и едноставен за реализација. Можеме да заклучиме дека влијанието на ЗФД врз јакнењето на културата за навремено плаќање ќе биде значајно, но дека потребни се и други механизми за подобрување на состојбите со плаќањето на паричните обврски.

**RECOMMENDATIONS FOR CREATING LEGAL FRAMEWORK
FOR EFFECTIVE COMBATING LATE PAYMENTS IN
COMMERCIAL TRANSACTIONS**

***Abstract:** Through elaborating the expected effects of implementing legislation for preventing late payments in business transactions and the given recommendations for creating sustainable system of norms in this area, we can get solid knowledge on determining the access to the late payments in commercial transactions prevention. One reference period has already passed, and it can show the effects of the Directive 2011/7/EU throughout Europe, which of course applies to the Law for financial discipline in our country, as well. From the analysis of the situation in R. Macedonia in this area, it seems there are many understatements that relativize the true function of the legislation itself. Namely, besides the fact that we have continuously seen rather long average payment terms in the commercial transactions, we can also see many incompliances between the Law for financial discipline and the Directive 2011/7/EU. On the other hand, the terms for fulfilling the commercial transactions as a vital benefit of the Directive 2011/7 enactment, have to be determined in a way which will not violate roughly the principle of freedom in regulating the obligations. Without tendency to dispute the contracting freedom limits, we always must take into account the needs of the participants in the commercial transactions according to the Directive 2011/7/EU. However, although it is expected that the Law for financial discipline influence on enhancing the culture for in due time payment, will be significant, we have to outline that other mechanisms for improving the situation in the commercial transactions, are also needed.*

***Key words:** commercial transactions, discipline, legislation.*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАШТИТА МАЊИНСКИХ АКЦИОНАРА У СВОЈСТВУ СТРАНИХ ИНВЕСТИТОРА

UDK:339.727.22-05:341.24

Review paper

***Апстракт:** Нормативни оквир за дефинисање појма инвестиције и инвеститора, директних и портфолио инвестиција, чине најпре прописи домицилне државе и/или међународни инвестициони инструменти. Страна инвестиција се дефинише методом *patetis clausus*, кроз позитивну, или супсидијарно кроз негативну енумерацију. Посредно се на основу елемената дефиниције, одређује и појам инвеститора. С друге стране, компанијски и прописикојимасерегулишепреузимањеакционарскихдруштава, као и инструменти меког права, поред осталог, дефинишу појам акционара, права и обавезе, као и материјално правну и процесно правну заштиту одређених права. У раду анализирамо различите системе заштите права акционара, указујући нато да се права акционара могу штитити на националном и међународном нивоу, као и механизме заштите и дозвољеност накнаде директне (енг. *direct injury*) и индиректне (енг. *reflective or derivative loss*) штете. Због генералног тренда економских интеграција неретко се дешава да страни инвеститор инвестира у акционарско друштво кроз докапитализацију, ИПО, куповину акција на секундарном тржишту или на други начин, када стиче статус акционара. Интеграцијом ове две улоге, кумулирају се и правна средства заштите права акционара и страног инвеститора, чиме се повећава број и врста инструмената правне заштите који су на располагању страном инвеститору у односу на домаћег инвеститора, почев од ICSID Конвенције, трибунали за решавања спорова између држава и инвеститора, преко заштите кроз механизме Европске конвенције за људска права. Постојање и коришћење појединих механизма међународноправне заштите доводи домаће акционаре у неравноправан положај и нарушава основни принцип акционарства, а то је једнакост акционара исте класе.*

* Марија Тасић је адвокат и оснивач адвокатске канцеларије Тасић & Партнери у Београду

Кључне речи: мањински акционари, страни инвеститори, заштита мањинских акционара, међународна заштита акционара, ICSID Конвенција, investor-to-state спорови.

1. Увод

Теорија и емпиријске студије су доказале да је степен заштите инвеститора од кључног значаја за доношење одлуке о дестинацији за инвестирање, при чему се инвеститори одлучују за државу чији правни оквир садржи норме које пружају добру заштиту инвеститорима и ефикасно примењују прописе.¹ Због наведеног, важно је утврдити којим прописима међународног и националног значаја се дефинишу појмови инвеститора, инвестиције, акционара, мањинског акционара и на који начин се опредељују механизми заштите.

Заштита права мањинских акционара, као институт компанијског и права преузимања, нема дугу традицију у праву држава у транзицији, због дисконтинуитета у тржишној економији, те је са успостављањем тржишних принципа, преузет као правни трансплант из англосаксонског система.

2. Општа питања заштите права мањинских акционара

Корпоративно управљање је механизам за превазилажење сукоба интереса различитих интересних група у оквиру једног привредног друштва, који се у правној и економској теорији називају агенцијским проблемима. Први је овај појам препознао и описао Адам Смит у својој књизи Богатство народа (*Wealth of Nation*).²

Превасходно, агенцијски проблем се дефинише као уговорни однос у коме принципал (акционар), ангажује другу особу (агента) ради пружања одређених услуга, уз делегирање дела права одлучивања са принципала на агента, при чему у пракси није могуће постићи да агент у потпуности доноси одлуке у корист принципала у правцу максимизирања профита и

¹ Rafael La Porta and others, 'Investor Protection And Corporate Governance' [2000] SSRN Electronic Journal 58 (1-2), 3-27

² Adrian Cadbury, *Corporate Governance And Chairmanship* (Oxford University Press, 2002) 5, преузето са <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199252008.001.0001/acprof-9780199252008>

без проузроковања додатних трошкова за принципала.³

У зависности од врсте односа који постоји у конкретном акционарском друштву, теорија разликује три основна агенцијска проблема:⁴ (1) однос управе и акционара – први агенцијски проблем; (2) однос већинског и мањинског акционара – други агенцијски проблем и (3) однос друштва (већинског акционара и/или управе) и других носилаца ризика пословања – трећи агенцијски проблем.

Из наведеног се може закључити да се први и други агенцијски проблем искључују, док трећи агенцијски проблем може егзистирати у сваком акционарском друштву, независно од структуре власништва.⁵

Истичемо да је за питање заштите права акционара релевантан други агенцијски проблем, који у својој основи садржи елементе злоупотребе права већине или незаконита поступања управе. Наведена ситуације се може разрешити искључиво императивним правним нормама, које треба да пропишу минимални сет загарантованих права и омогуће њихову ефикасну реализацију, као што су принцип равноправног третмана акционара свих класа, фидуцијарне дужности већинског акционара према мањинским акционарима, остваривање права гласа мањинских акционара, право мањинских акционара да партиципирају у органима управљања,⁶ право мањинских акционара на излазак из друштва и право на судску заштиту и заштиту од стране управних органа. Наведени корпус права представља стандард у већини јурисдикција.

Агенцијске проблеме је могуће разрешити кроз различите механизме корпоративног управљања и успостављањем сваке друге врсте баланса између акционара и управе. Универзално препознати механизми који ублажавају или решавају постојећи агенцијски проблем су делимична концентрација власништва и контрола у рукама једног или више великих инвеститора, непријатељско преузимање и „борба пуномоћја“ (енг. *proxy voting contest*), усаглашавање интереса управе са интересом инвеститора кроз компензационе уговоре, јасно дефинисане фидуцијарне дужности директора и могућност подношења колективних тужби.⁷

³ Michael C. Jensen and William H. Meckling, 'Theory Of The Firm: Managerial Behavior, Agency Costs And Ownership Structure' (1976) 3 Journal of Financial Economics 310

⁴ Вук Радовић „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“ (2008) Корпоративно управљање – зборник радова 238

⁵ Ibid

⁶ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр.36/2011, 99/2011, 83/2014 и 5/2015, члан 384, став 3

⁷ Marco Becht, Patrick Bolton and Ailsa Roell, 'Corporate Governance and Control ' (2005) 02/2002 European Corporate Governing Institute Working Paper Series in Finance 1.

Модели корпоративног управљања су се формирали у односу на историјско наслеђе и структуру власништва у друштву, тако да теорија традиционално разликује два основна модела корпоративног управљања. Први модел је англосаксонски, а назива се још и акционарски, аутсајдерски (енг.*outsider*), тржишни или отворени модел. Карактеришу га дисперзија власништва над акцијама у условима развијеног тржишта капитала и корпоративне контроле и висок ниво заштите права акционара,⁸ као и одвојеност власништва од управљања и једнодомно управљање. Структура управљања у оквиру одбора директора је дуална, јер су личности председника одбора и генералног директора развојене, при чему председник одбора директора има примат, јер поседује већу моћ при доношењу одлука.⁹ Други модел је континентални, континенталноевропски, инсајдерски или немачки модел, присутан доминантно у већини држава чланица Европске уније. Основне карактеристике су концентрисано власништво у рукама банака и институционалних инвеститора, као и менаџера или чланова надзорног одбора, уз укључивање запослених у одлучивање и уважавање интереса других интересних група.¹⁰

Поред наведена два основна модела корпоративног управљања, разликује се и јапански (*keiretsu*) модел корпоративног управљања. Главна карактеристика овог модела се заснива на специфичној власничкој структури која се састоји од једног доминантног акционара, најчешће банке која кумулира више различитих улога (поверилац, кредитор, посредник при издавању хартија од вредности, саветник) и осталих мањинских акционара сачињених од купаца и добављача из мреже компанија које имају узајамно власништво (*keiretsu*). Одбор директора се састоји од великог броја менаџера, уз незнатно учествовање независних чланова, на који начин се штите интереси компаније, тако да запослени уживају велика права, док је заштита мањинских акционара минимална. Јапански модел је добрим делом напуштен 90-тих година прошлог века, због последица економске кризе, те се концепт корпоративног управљања приближио англосаксонском моделу, који је постао доминантан.

Историјски су се као противтежа моделима који су засновани на структури власништва јавили модели који су стављали у центар

⁸ La Porta and others, 3-27

⁹ Robert A. G Monks and Nell Minow, *Corporate Governance* (John Wiley & Sons 2002) 171

¹⁰ Hubert Ooghe and Tine De Langhe, 'The Anglo-American Versus The Continental European Corporate Governance Model: Empirical Evidence Of Board Composition In Belgium' (2002) 14 *European Business Review.*) 437–449, преузето са doi.org/10.1108/09555340210448794 дана 22.10.2016.године.

посматрања различите интересне групе, као што су менаџмент (енг. *managerial-oriented model*), запослени (енг. *labor-oriented model*), или држава (енг. *state oriented model*).¹¹

Поред наведених, модел корпоративног управљања у транзиционим државама се јавља као посебна подврста континенталног модела корпоративног управљања, јер се јавља у државама са наслеђем *civil law* правног система, уз комбинацију са трансплантима преузетих из *common law* система. Развој института корпоративног управљања у овим државама је био повезан са креирањем потпуно новог правног оквира тржишне економије с једне стране и процесом приватизације с друге стране. Трансформација државног и друштвеног власништва у приватно власништво је уједно и био *conditio sine qua non* за успостављање механизма корпоративног управљања. Иако је регулатива транзиционих држава у овом домену често на нивоу развијених држава, овакав степен заштите ипак није допринео еквивалентном развоју финансијског тржишта, а разлог томе је недостатак ефикасних правних институција које примењују позитивно законодавство.¹² Показује се да резултати истраживања која су вршена у развијеним државама и која доводе у корелацију степен заштите права мањинских акционара са степеном развијености финансијског или тржишта капитала, нису применљиви у транзиционим економијама.

3. Нормативни оквир заштите мањинских акционара

Анализу института и механизма заштите права мањинских акционара, започећемо дефинисањем правног оквира, полазећи од конвенционалне подела извора права, на међународне изворе којима се уређује заштита инвеститора и националне изворе компанијског права и права преузимања.

Правни оквир заштите инвестиција можемо посматрати у оквиру међународног права (међународно трговинско право, међународно пословно право и др.) и аутохтоно као посебну грану правног система под

¹¹ Henry Hansmann and Reinier H. Kraakman, 'The End Of History For Corporate Law' [2000] SSRN Electronic Journal 3-4

¹² EBRD. 'Law and finance in transition economies', 48 Working paper European Bank for Restructuring and Development 25. Транзиционе државе се морају и саме обавезати да ће поштовати приватна права и иста заштитити, односно да иста неће умањити, а ради успостављања ефикасног система екстерног финансирања.

називом међународно инвестиционо право.¹³ Сами механизми заштите инвестиција и инвеститора су дефинисани пре свега билатералним и мултилатералним уговорима о трговини и заштити инвестиција, *soft law*,¹⁴ препорукама, кодексима пословања, моделима закона или моделима билатералних уговора, интерном компанијском регулативом и националним законодавством.

Билатерални инвестициони уговор садрже одређене обавезне елементе као што је преамбула, одредбе о начину уласка инвестиције, третману страних инвеститора и инвестиција, одредбе о експропријацији и национализацији, репатријацији капитала и решавању инвестиционих спорова, а може садржати и одредбе о пореском третману, реципроцитету, одредбе о потпуној заштити и сигурности, недискриминацији, националном третману и третману најповлашћеније нације, или тзв. „кишобран клаузуле“.¹⁵

Поред права која се дефинишу билатералним инвестиционим уговорима, од посебног значаја за стране инвеститоре је и питање регулисање режима репатријације добити и опорезивања, а која се регулишу уговорима о избегавању двоструког опорезивања (енг.*duble taxation treaties, DTT*).

Питања заштите су разматрана и у оквиру Светске банке у чијем окриљу је донета ICSID Конвенција (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*)¹⁶, која регулише стране инвестиције на процесном нивоу и представља својеврсну кодификацију процесноправних одредаба, док је у оквиру ИFC-а је донета је Конвенција о оснивању мултилатералне агенције за гарантовање

¹³ Марија Тасић *Стране директне инвестиције у Србији: Правни аспекти аквизиције акционарског друштва*. (Необјављена Магистарска теза, 2014).

¹⁴ Душанка Ђурђевић, *Soft Law у европском комунитарном праву*. у Драгиша Дракић (уредник) *Зборник радова Правног факултета Нови Сад* (2013) 47 (1), 101-116

¹⁵ „Кишобран клаузула“ (енг.*umbrella clause*) је први пут формулисана 1956-59.године и представља обавезу државе домаћина да поштује обавезе предузете у односу на држављане друге државе уговорнице, при чему се кршење појединачне обавезе, сматра кршењем самог билатералног инвестиционог споразума, са последицом да се уподобљава деликту међународног права. Више о томе: Anthony C. Sinclair, ‘The Origins Of The Umbrella Clause In The International Law Of Investment Protection’ (2004) 20 *Arbitration International* 411-434

¹⁶ ICSID Конвенција је отворена за потписивање 19.03.1965. године, а ступила је на снагу 14.10.1966. Њоме је формирана аутономна међународна институција-Међународни центар за решавање инвестиционих спорова у оквиру Светске банке (ICSID центар). Србија је једна од 155 држава потписница, почев од 08.06.2007. године када је Конвенција ступила на снагу у односу на нашу државу. Више о томе на www.worldbank.org

инвестиција (*Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*, MIGA).¹⁷ ОЕЦД је израдио предлог Мултилатералног инвестиционог споразума (*Multilateral Agreement on Investment*, MAI), који је на целовит начин обрадио како материјалноправни, тако и процесноправни аспект страних инвестиција.¹⁸

Поред наведених извора, материја инвестиција на међународном плану се дефинише и бројним регионалним споразумима, при чему и извори меког нормативитета необавезујућег карактера садрже одређене принципе третмана и заштите страних инвестиција.¹⁹

Наведеним билатералним и мултилатералним инвестиционим споразумима се прописују одредбе о решавању сукоба закона и одређују релевантне јурисдикције и арбитраже. Ови инструменти неретко прописују претходно исцрпљивање домаћих правних средстава, као предуслова за покретање поступка пред међународним форумима.

2.1. Домаће и стране инвестиције

Појам инвестиције се са нормативно дефинише кроз одређивање обима правне заштите која се на територији државе рецептора пружа страном инвеститору и страном инвестицији. Да ли ће једна инвестиција бити категоризована као домаћа или страна зависиће од резидентности инвеститора, односно места инвестиције.

Елемент одређивања стране инвестиције је трансфер средстава или материјала из једне државе у другу, ради остваривања директног или индиректног учествовања у заради одређеног привредног друштва²⁰ или као „трансфер фондова или других материјалних вредности из једне државе (држава извозница капитала) у другу државу (државу увозницу капитала) ради коришћења тих средстава у пословању привредног друштва у тој држави, а у циљу директног или индиректног учешћа у добити привредног друштва“.²¹ Најчешћа подела страних инвестиција је

¹⁷ Више о MIGA је доступно на www.miga.org

¹⁸ MAI је израђен 1995.године, када се у оквиру држава чланица ОЕЦД-а приступило преговорима. *The Multilateral Agreement on Investment, commentary to the consolidated text*, преузето са www.oecd.org/daf/investment дана 05.11.2016.године.

¹⁹ Кодекс понашања транснационалних компанија (*UN Code of Conduct on Transnational Corporations*), донет у оквиру UN-а, затим Водич Светске банке за третман страних директних инвестиција (*World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment*) и ОЕЦД Водич за мултинационалне компаније (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*).

²⁰ Muthucumaraswamy Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2010) 4

²¹ *Encyclopedia of Public International Law* (Oxford Univ Press 2013) 246

на стране директне и стране портфолио, као и „нове форме инвестиција“.²²

Стране инвестиције се најчешће деле на стране директне инвестиције (СДИ)²³ и стране портфолио инвестиције, при чему су основни критеријуми разликовања трајност инвестиције (енг.*long-term, short-term*), интенција за управљањем и евентуално и величина власништва у структури капитала, уз честу примену критеријума из Упутства за биланс плаћања Међународног монетарног фонда,²⁴ или критеријума из публикације Реперна дефиниција стране директне инвестиције Организације за економску сарадњу и развој (ОЕЦД)²⁵.

На међународном нивоу се ICSID Конвенција бави темом заштите страних инвестиција, при чему се појам инвестиција не одређује експлицитно већ се тумачи у сваком конкретном случају на основу међународних инвестиционих инструмената.

Други међународни извори, као што су билатерални уговори, дефинишу инвестицију на два начина. Према једном критеријуму полазе од формулације позитивно одређене листе предмета инвестиције, или тако што се поред дефинисаног предмета СДИ одређују и бројни изузеци.

²² Нове форме инвестирања су настале 60-тих година прошлог века и подразумевају уговорне форме инвестиција у којима су уговорне стране држава и инвеститор, а инвеститор не стиче прво својине, већ само одређено облигационо право над својом инвестицијом.

²³ Према једној од класификација теорија СДИ, постоје макро и микро, односно теорије међународних портфолио инвестиција, теорија монополских предности, теорија интернализације и еклектичка (ОЛИ) парадигма. Више о томе: Robert Read and others, 'Foreign Direct Investment In Developing Countries: The Case Of Germany.' (1992) 103 *The Economic Journal*, 7-8

²⁴ International Monetary Fund, *Balance of Payment Manual* (6th edn. 2009) 101. Директна инвестиција је дефинисана као категорија прекограничне инвестиције повезана са резидентом једне привреде који има контролу или значајан степен утицаја на управљање у привредном друштву које је резидент друге привреде, док је страни инвеститор појмовно дефинисан као ентитет или група повезаних ентитета који су у могућности да остваре контролу или значајан степен утицаја на други ентитет који је резидент друге привреде. Појам директне контроле је утврђен на нивоу поседовања више од 10% учешћа у капиталу.

²⁵ OECD, *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* (4th edn. 2008), преузето са <http://www.oecd.org/investment/fdibenchmarkdefinition.htm> дана 14.10.2016. године. Појам СДИ се дефинише као категорија прекограничног инвестирања коју врши резидент једне привреде са циљем успостављања трајног интереса у привредном друштву које је резидент привреде различите од привреде страног инвеститора, уз узимања у обзир мотива за управљање привредним друштвом и поседовања најмање 10% права гласа.

3. Акције као форма стране инвестиције

Појам, издавање и располагање хартијама од вредности, регулишу се домаћим законодавством. С друге стране, међународни инвестициони инструменти ретко дефинишу појам акција, иако *ratione materie* ова категорија спада у СДИ, као и удели у привредним друштвима. Хартије од вредности, фјучерси, опције и други финасијски деривати су само у појединим билатералним уговорима експлицитно дефинисани као такви, а налазе у делу који се односи на састав имовине која се квалификује као инвестиција. Илустрације ради, Трилатерални уговор између Кине, Јапана и Кореје експлицитно дефинише акције као форму инвестиције, кроз формулацију „удели, акције и друге врсте учествовања у капиталу привредног друштва, укључујући и пратећа права“. Енергетски споразум (*Energy Charter Treaty, EC Treaty*), акције наводи кроз следећу формулацију - „удели, акције и друге форме учествовања у капиталу компаније или пословном предузећу“. С друге стране, иако се међународни инвестициони инструменти не баве детаљнијом регулативом минималне количине акција које инвеститор треба да поседује да би добио правну заштиту, постоји пример искључивања права на заштиту портфолио инвестицијама у моделу билатералног инвестиционог уговора (*SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*).²⁶

Пореднаведеног, утврђено је да поједини инвестициони инструменти лимитирају дефиниције инвестиција, тако што кроз материјалне одредбе националних законодавастава или инвестиционих кодекса, искључују из домена заштите конкретне врсте инвестиција.²⁷

4. Инвеститор као акционар

Због генералног тренда економских интеграција долази до интеграције улога страног инвеститора и акционара, када страни инвеститор инвестира у акционарско друштво кроз докапитализацију, ИПО, куповину акција на секундарном тржишту или на други начин.

Статусно је инвеститор одређен као правно или физичко лице,

²⁶ Southern African Development Community, *SADC Model Bilateral Investment Treaty Template with Commentary*, (Botswana 2012) преузето са <http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> дана 16.10.2016.године.

²⁷ Thomas Pollan *Legal Framework for the Admission of FDI*. (Eleven International Publishing 2016) 40

предузетник или друга корпоративна или организационо или правно призната форма, при чему наглашавамо да је категорија професионалних инвеститора регулисана посебним прописима.²⁸ Слично као и инвеститор, акционар по свом правном статусу може бити домаће и страно правно или физичко лице, група, организација, установа, институција или фонд који инвестира у акције акционарског друштва ради реализације краткорочног или дугорочног финансијског интереса.

На овом месту ћемо се осврнути на неколико посебних категорија акционара, који се разликују од мањинских акционара по квалификацијама, учешћу у управљању или пак посебној регулативи.

Тако су директни акционари непосредни акционари у акционарском друштву и као такви су регистровани у регистрима за евидентирање власништва над акцијама (централни регистри, централни депозитари), док су индиректни акционари они који поседују акције у посредничким копанијама које су директни или индиректни акционар конкретног акционарског друштва у односу на које се посматра власничка структура.²⁹

Специфичност групе друштава огледа се у томе што се на њих примењују како општи институти компанијског права, тако и посебан економски режим.³⁰ Међутим, у оквиру групе друштава постоји посебна категорија „спољних акционара“, односно у случају када је контролни акционар у једном друштву, друго привредно друштво које је уједно и матично у односу на друштво у коме постоје мањински акционари. Већински акционар ради у интересу свог контролног акционара, а не и самог друштва и осталих, спољних акционара, што представља основну разлику између управљања и заступања интереса акционара у самосталном друштву и друштву из групе друштава, Интерес спољног акционара ће бити заштићен само док је у складу са интересом групе друштава.³¹

²⁸ Инвестициони фондови подлежу посебној регулативи у највећем броју држава, међутим на пример, хедџ фондови (eng. *hedge fund*) који представљају приватне и нерегистроване инвестиционе механизме који инвестирају на колективној основи, према законодавству САД нису у обавези да се региструју код регулатора уколико управљају имовином испод одређеног прописаног минимума (преко 25, односно 100 милиона долара). Види више на https://www.sec.gov/investor/alerts/ib_hedgefunds.pdf 18.10.2016.године.

²⁹ Ibid

³⁰ Тајјана Јевремовић – Петровић, *Групе привредних друштава*. (Правни факултет Универзитета у Београду 2014) 21

³¹ Simon Johnson, Florencio Lopez-de-Silanes, and Andrei Schleifer, ‘Tunneling’ in Hopt, K., & Wymeersch, E. (eds). *Capital Markets and Company Law*. (Oxford University Press 2003) 611. Као пример сукоба интереса између групе и спољних акционара често се

Посебну, хибридную категорију мањинских акционара блокхолдери, акционари који поседују тзв. блокове акција (енг. *blockholders*), од пет или више процената акција и чине их професионални инвеститори или инвестициони посредници. Специфичност блокхолдера је у тенденцији удруживања ради успостављања одређеног степена контроле кроз учешће у управљању, што их је учинило видљивом категоријом инвеститора и предметом бројних истраживања.³² Из наведеног се може утврдити постојање разлике између блокхолдера и мањинских акционара, јер ове две категорије акционара често могу бити супротстављене, а нарочито када блокхолдери имају личних користи од контроле и власништва у друштву.³³

Институционални инвеститори су се појавили 90-тих година прошлог века, када су незадовољство радом управе решавали успостављањем контроле, уместо продајом пакета својих акција.³⁴ Иако се према величини поседованих акција могу у формалном смислу изједначити са блокхолдерима, статусно се ове категорије акционара разликују, јер групу институционалних инвеститора чине пензијски фондови, узајамни фондови, инвестициони трастови, осигуравајуће компаније и непрофитни фондови.³⁵ Такође, имајући у виду фидуцијарни карактер делатности институционалних инвеститора, на њихово пословање се примењују императивне правне норме у вези са правилима за инвестирање.

Поред утврђивања врсте акционара, важна одредница при пружању међународноправне заштите мањинским акционарима и одређивања надлежног форума, је и националност акционара. Као критеријуми се користе националност или пребивалиште за физичка лица, односно седишта у држави различитој од државе у коју се инвестира.³⁶

наводи „тунеловање“ (енг. *tunneling*), које подразумева пренос неке користи, добити или имовине (зависног) друштва у корист контролног друштва и самим тим контролног акционара тог друштва. 2003

³² Marco Becht and Ailsa Roell, 'Blockholdings in Europe: An international comparison, (1999) 43 (4-6) *European Economic Review* 1049-1056, 1051. Емпиријски је потврђено да постоје различити типови блокхолдера на различитим тржиштима, као на пример у Великој Британији су то корпоративни инсајдери (управа друштва, менаџери), а у континенталној Европи велике породице (50-60% друштава) и неколико кастоди банака.

³³ *Ibid* 43

³⁴ Michael Useem, *Shareholder power and corporate reorganization* (Harvard University Press 1993) 28

³⁵ *Ibid*

³⁶ Peter Muchlinski (2009) 'The Diplomatic Protection of Foreign Investors: A Tale of Judicial Caution' in Christina Binder and others (eds), *International Investment Law for the 21st*

5. Механизми заштите мањинских акционара

Нормативно гледано, страним инвестицијама се може пружити национални третман, третман најповлашћеније нације и преференцијални третман у држави у коју се инвестира (пријемник), а поред евентуалног повлашћивања на основу домаћег законодавства, стоје им на располагању и механизми заштите из међународних инвестиционих инструмената.

Наиме, законодавство држава полази од једнакости акционара исте класе акција. Међутим, *de facto* и *de jure* заштита права акционара који има статус страног акционара, може резултирати различитим правним третманом и вишим степеном заштите права. Консеквентно, оваквим паралелним регулисањем права страног акционара кроз национални и међународноправни поредак долази до нарушавања основног принципа једнакости акционара, који је загарантован компанијским законима, јер сви акционари у реализацији истих повређених права, не поседују исти степен правне заштите, будући да страни акционари уживају преференцијални статус у односу на домаће акционаре.

Механизми заштите регулисани националним правом су норме које регулишу судски, репресивни и управни поступак и чине их одредбе како материјалног, тако и процесног права.

С друге стране, међународноправни механизми заштите су дипломатска заштита, где је држава која се позива на дипломатску заштиту заступала интересе свог држављанина на међународном плану, у своје име.³⁷ Механизам који у савременом свету има супремацију је свакако међународна арбитража, успостављена најпре међународним инвестиционим инструментима, али и националним законодавствима, у оквиру правних процедура датих у ICSID Конвенцији.³⁸

Посебну врсту међународних инвестиционих спорова представљају

Century Essays in Honour of Christoph Schreuer. (Oxford University Press 2009) 341-362, 349. Националност правног лица се одређује на основу три критеријума према месту инкорпорације седишту или критеријуму центра контроле. Националност физичког лица се одређује према два критеријума – *jus sanguinis* и *jus soli*. Према критеријуму *jus sanguinis*, националност се стиче рођењем од стране држављана одређене државе, док се према другом принципу *jus soli*, националност стиче рођењем од стране држављана или на одређеној територији, дакле комбинацијом ова два принципа. Више о томе: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press 2008), 388

³⁷ Christoph H. Schreuer, *Shareholder Protection in International Investment Law*. (TDM 3 2005) 1, преузето са www.transnational-dispute-management.com дана 15.02.2017. године, 1

³⁸ Ibid

спорови у којима инвеститор тужи државу у коју је инвестирао (енг. *investor-to-state dispute*, ISDS). Материјално право које се примењује у ISDS механизмима је најчешће навођени извори су инвестициони уговор, принципи међународног права, домаће право државе реципиента, домаће право о решавању сукоба закона државе реципиента, посебни уговор који је закључен у вези са предметном инвестицијом, уобичајено тумачење које су државе потписнице усвојиле и други уговори које су државе потписнице закључиле.

Приликом подношења захтева међународним трибуналима (судовима и арбитражама) већински и мањински акционари³⁹ уживају једнакост у процесном смислу.⁴⁰ Најчешће се против држава у којима компанија има седиште покрећу међународни поступци у којима се тражи накнада директне или индиректне штете.⁴¹ Ово из разлога, што је националним законодавствима већ дата могућност подношења тужбе против трећих лица, лица која имају дужност према друштву и/или акционарског друштва за повреде које ове категорије лица нанесу акционарима или друштву, кроз подношење индивидуалне и деривативне тужбе.

Инвестициони споразуми прописују најчешће заштиту директних права мањинских акционара од повреде. Права која се штите се односе на повреду права гласа и права на утврђену дивиденду, као и заштиту против експропријације имовине друштва, односно она која су везана за проузроковање директне штете, при чему је изостанак штете у корелацији са изостанком правне заштите. Међутим, поред могућности да своја права мањински акционари штите на основу инвестиционих споразума, омогућено им је да користе ISDS механизме за случај наступања индиректне штете (енг. *reflective loss*). Индиректна штета настаје услед повреде било ког права у друштву, које може да се односи и на повреду насталу због недостатка фер и једнаког третмана акционара, а резултира смањењем вредности акција компаније.

³⁹ Примери одлука ICSID Центра у којима подносиоци захтева били мањински акционари су: *Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. (June 1990). ICSID (W. Bank) Case No. ARB/87/3; *Lanco Int'l, Inc. v. Argentine Republic*. (Dec. 1998). ICSID (W. Bank) Case No. ARB/97/6; *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*. (July 2003). ICSID (W. Bank) Case No. ARB/01/8, 47; *Enron Corp. & Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*. (Jan. 2004). ICSID (W. Bank) Case No. ARB/01/3, 44, 49; *Gami Investments, Inc. v. Mexico*. (Nov. 2004) 37, UNCITRAL.

⁴⁰ Patrick Dumberry, 'The Legal Standing of Shareholders before Arbitral Tribunals: Has any rule of Customary International Law Crystallised?' (2010) 18(3) MJIL, 354-374, 357

⁴¹ Према доступним подацима, покренуто је више од 40 ISDS спорова који укључују потраживања акционара за директну и индиректну штету, више о томе Gaukrodger 11

Међутим, акционари у већини јурисдикција немају право да потражују индиректну штету од акционарског друштва, већ такав тужбени захтев могу поставити евентуално уз главни који се односи на потраживање директне, односно материјалну штете насталу у случају повреде права акционара. Разлог за овакав став се темељи на чињеници да би акционар могао двоструко да наплати накнаду штете и то како на основу директне штете, тако и на основу умањења вредности акција због директне штете (индиректна штета). С друге стране, уколико друштво само покрене и добије поступак за накнаду штете против лица које је штету скривило (управа, лица која имају дужност према друштву), те изврши *restitutio in integrum*, због наплате износа накнаде штете, дошло би до повећања вредности акција и *de facto* повећања вредности акција те успостављања пређашњег стања. У случају да друштво само не покрене овај поступак на накнаду штете, акционарима стоји на располагању могућност подношења деривативне тужбе (у име и за рачун друштва), на који корак се ретко опредељују због обавезе предујмљивања тршкова и неизвесног исхода спора.

У САД-у акционари немају право да посебно туже за накнаду индиректне штете (случај *Gaubert v. United States*).⁴² Британско право такође као општи принцип забрањује подношење тужбе за индиректну штету (случај *Johnson v. Gore Wood & Co.*),⁴³ а на истом становишту су и судови у Немачкој и Француској.

ICSID конвенција прописује да се захтеви за заштиту права могу подносити сепаратно и независно од захтева саме компаније, али се овај принцип примењује на акционаре, независно да ли имају већинско власништво или контролу над компанијом, али не и на мањинске без контроле.⁴⁴

Примери усвојених захтеви мањинских акционара поднетих на основу билатералних инвестиционих уговора су бројни, од којих наводимо *AAPL v. Sri Lanka*, на основу уговора између Уједињеног Краљевства и Шри Ланке, У овом поступку суд је донео одлуку о накнади у корист AAPL, јер је обим међународноправне заштите гарантоване страном инвеститору ограничен на вредност његових акција у *joint-venture* ентитету.⁴⁵

⁴² *Gaubert v United States*. (1989) 855 F.2d 1284

⁴³ *Johnson v Gore Wood & Co.* (2000). [2000] UKHL 65; [2002] 2 A.C. 1

⁴⁴ Stanimir Alexandrov, 'The „Baby Boom“ of Treaty-Based Arbitrations and the Jurisdiction of ICSID Tribunals: Shareholders as „Investors“ and Jurisdiction *Ratione Temporis*' (2005) 4(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 19-59, 27

⁴⁵ *Ibid* 30

Међународни суд правде признаје да су обичајна права међународног права промењена, јер државе имају право да модификују опште принципе међународног права за потребе споразума, или чак дозволити подношење захтева заснованих на потраживањима индиректне штете или проширити директна права акционара.⁴⁶

Мањински акционари су тестирали заштиту својих права и кроз подношење тужби Европском суду за људска права, на основу Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (Европска конвенција за људска права),⁴⁷ у случају постојања директне штете, декларишући се као „жртва“ сходно члану 34. У пракси је Европски суд за људска права, као и национални судови, забрањивао акционарима подношење тужбе за накнаду индиректне штете (осим изузетно), стајући на становиште да се на тај начин не би поштовала правна личност компаније.⁴⁸ Наиме, уколико подношење тужбе за накнаду штете компанији, не би било ограничено само на ту компанију, дошло би до правне несигурности у броју и врсти поднетих захтева акционара и кредитора против државе.

Закључак

На основу прегледа нормативне заштите права мањинских акционара, можемо закључити да на међународном нивоу може доћи до кршења основног принципа акционарства и то права на једнакост акционара исте класе. Наиме, као што је у раду наведено, давањем посебне заштите страним инвеститорима, кроз билатералне или мултилатералне инвестиционе споразуме, те кроз коришћење могућности подношења тужбе против државе седишта компаније у коју је инвестирано, омогућава се допунска правна заштита овој категорији акционара. Поред додатне процесне могућности да заштите своја права, овим акционарима је дата могућност подношења захтева за накнаду не само директне, већ и индиректне штете, што је начелно забрањено националним поретком.

⁴⁶ Ibid 21

⁴⁷ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom*, opened for signature 4th November 1950, преузето са http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf дана 05.02.2016.године, ратификована је Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Службени лист СЦГ – Међународни уговори, бр.9/2003, 5/2005, 7/2005 и Службеном гласнику РС – Међународни уговори бр.12/2010.

⁴⁸ Stanimir Alexandrov, 23

**СТАНДАРДИТЕ НА ХАШКАТА КОНФЕРЕНЦИЈА ЗА
МЕЃУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО И ЕУ ПОВРЗАНИ СО
ПРЕКУГРАНИЧНАТА НАПЛАТА НА ИЗДРШКА СО ОСВРТ НА
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА**

UDK: 347.615:340.13(497.7)

347.615:341.24

Original research paper

***Апстракт:** Правните правила во Република Македонија кои се однесуваат на прекугранична наплата на побарувањата за издршка се повеќе или помалку непроменети од донесувањето на Законот за решавањето на судирот на законите со прописите на другите држави (ЗРСЗ) од 1982 година. Тоа значи дека одредбите за определување на меѓународна надлежност и колизионите норми во Законот за меѓународно приватно право на Република Македонија (ЗМПП) полнат 35 години. Во меѓувреме Хашката конференција за меѓународно приватно право во рамките на своите овластувања создаде два нови меѓународни договора: Хашката конвенција за меѓународна наплата на издршка на децата и други форми на семејна издршка од 2007 година и Хашкиот Протокол за меродавното право на обврската за издршка од 2007 година кои предвидуваат нови правила за определувањето на меродавното право. Во исто време, Европската унија ја донесе Регулативата бр. 4/2009 која содржи правила за определувањето на надлежноста, меродавното право, признавањето и извршувањето на странските одлуки и соработката во делот на обврската за издршка. Во овој контекст, Република Македонија (како држава кандидат за членство во ЕУ) се соочува со современи предизвици да го прилагоди својот правен систем на овие нови јурисдикциони критериуми и колизионни норми создадени во рамките на Хашката конференција и ЕУ. Овој труд најпрвин ќе даде краток осврт на постојните правила во Законот за меѓународно приватно право од 2007 година кои се однесуваат на обврската за издршка во Република Македонија и ќе ги спореди со правните правила предвидени во Хашките*

* Доцент на научната област меѓународно приватно право, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ – Скопје, i.rumenov@pf.ukim.edu.mk

конвенции и регулативите на ЕУ и второ ќе се осврне на околностите кои и стојат на патот на Република Македонија во адаптирањето на правниот систем со правилата на Хашката конференција и ЕУ.

Клучни зборови: меѓународна надлежност, колизиони норми, издршка, ЗМПП, Хашката конвенција од 2007 година, Хашкиот протокол од 2007 година, Регулативата бр. 4/2009

1. Општо

Одредбите за меѓународно приватно право во Република Македонија се регулираат во Законот за меѓународно приватно право (ЗМПП).¹ Во Октомври 2007 година, Република Македонија како независна држава го донесе својата прв закон од областа на меѓународното приватно право, меѓутоа овој закон, историски, не преставуваше прво систематизирање на одредбите на меѓународното приватно право на овие простори.² По својата структура ЗМПП содржи голем број на поклопувања во решенијата со Законот за решавањето на судирот на законите со прописите на другите држави од 1982 година (ЗРСЗ)³ кој всушност претставуваше прв кодификуван закон од областа на меѓународното приватно право донесен на федерално ниво во Социјалистичка Федеративна Република Југославија (СФРЈ). Пред донесувањето на ЗРСЗ, одредбите на меѓународното приватно право или беа предвидени во посебни закони или одредени правни сегменти не беа законски регулирани.⁴ Поради тоа со право се смета дека кодификувањето на одредбите на меѓународното приватно право на просторот на СФРЈ започнува со ЗРСЗ.⁵ Овој закон остана на сила во Република Македонија петнаесет години по распадот на СФРЈ врз основа на Уставниот закон за примена на Уставот на Република Македонија.⁶

Сличноста помеѓу овие два закона (ЗМПП и ЗРСЗ) е евидентна.

¹ Објавен во „Службен весник на Република Македонија бр. 87/2007 и 156/2010.

² Гавроска П., Дескоски Т., *Меѓународно приватно право*, Скопје, 2011, 66.

³ Закон за решавање на судирот на законите со прописите на другите држави во определени односи, Службен весник на СФРЈ, бр. 43/1982.

⁴ Varadi T. Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunaodnoprivatnopravo*, desetoizdanje, JP „Službeni Glasnik“, Beograd, 2008, 61.

⁵ Повеќе за историските аспекти на донесувањето на ЗРСЗ види, Živković M., Stanivuković M., *Međunarodnoprivatnopravo (opštideo)*, Beograd, Službeni glasnik, 2006, 41-42.

⁶ Службен весник на РМ, бр. 52/1991.

Двата закона се систематизирани на ист начин, поделени се во шест глави во кои се предвидени одредби за одредување на меѓународната надлежност, судирот на законите, признавањето и извршувањето на странските судски одлуки и останати правила. Во контекст на семејно правните односи, ЗМПП е под силно влијание на неговиот претходник ЗРСЗ. Таквата поставеност сепак овозможува една теоретска и практична предност, а тоа е континуитет и конзистентност во толкувањето на одредбите и користењето со практични и академски материјали кои се однесуваат на двата закона.

Подрачјето на примена на двата закона е во голема мера идентичен⁷. Како еден од основните правни сегменти за што се предвидени посебни меѓународно приватно правни норми е семејното право. Постојат посебни колизиони норми, норми за определување на меѓународна надлежност и посебни правила кои се однесуваат на признавањето и извршувањето на странските судски одлуки насочени кон решавање на проблемите кои произлегуваат од семејно-правните односи каде се појавил странски елемент.

Конкретно, ЗМПП содржи одредби за определувањето на меродавното право за семејно-правните односи како што се на пример: брачни односи,⁸ брачни имотни режими,⁹ односи помеѓу родители и деца,¹⁰ признавање, воспоставување и оспорување на татковство и мајчинство,¹¹ издршка,¹² позаконување,¹³ посвојување,¹⁴ старателски права и привремени мерки.¹⁵

ЗМПП содржи и одредби за одредување на меѓународната надлежност на судовите и други органи на Република Македонија во односи со странски елемент. Општата меѓународна надлежност на судовите на Република Македонија во ЗМПП се определува врз основа на живеалиштето/седиштето на тужениот.¹⁶ Меѓутоа, во голем број на семејни односи, ЗМПП отстапува од општиот критериум за воспоставување на меѓународната надлежност (живеалиштето на тужениот) и за голем број од нив предвидува одредби

⁷ Член 1 од ЗМПП и член 1 од ЗРСЗ.

⁸ Член 38-41 од ЗМПП.

⁹ Член 42-44 од ЗМПП. Член 45 од ЗМПП се однесува на имотни односи на лица кои живеат во вонбрачна заедница.

¹⁰ Член 46 од ЗМПП.

¹¹ Член 47 од ЗМПП.

¹² Член 48 од ЗМПП.

¹³ Член 49 од ЗМПП.

¹⁴ Член 50-51 од ЗМПП.

¹⁵ Член 17 од ЗМПП

¹⁶ Член 52 од ЗМПП. Истите јурисдикциони критериуми беа предвидени и со ЗРСЗ (член 46).

за определување на посебна меѓународна надлежност како што се: брачни имотни односи,¹⁷ брачни односи,¹⁸ воспоставување и оспорување на татковство и мајчинство,¹⁹ родителски односи,²⁰ издршка,²¹ дозволување на склучување на брак на малолетници,²² посвојување,²³ права на старателство,²⁴ и привремени мерки.²⁵

Системот на прекугранична наплата на издршка во Европа е структуриран така што определени односи се регулирани од страна на конвенциите на Хашката конференција за меѓународно приватно право (Хашката конференција), додека друг дел е опфатен со регулативите на ЕУ.²⁶ Хашката конференција се занимава со проблематиката на прекуграничната наплата на издршка подолг период започнувајќи од 50-тите години на 20-век во облик на Хашката конвенција од 24 Октомври 1956 година за меродавното право на обврската за издршка спрема децата и Хашката конвенција од 15 Април 1958 година за признавањето и извршувањето на одлуки кои се однесуваат на издршка спрема децата. Во седумдесеттите години на минатиот век во рамките на Хашката конференција биле донесени втората генерација на меѓународни договори од делот на прекуграничната наплата на издршка и тоа Хашката конвенција од 2 Октомври 1973 година за признавањето и извршувањето на одлуки кои се однесуваат на обврската за издржување и Хашката конвенција од 2 Октомври 1973 година за меродавното право за обврската за издржување. Значењето кое е доделено на прашањето на прекуграничната наплата на обврската за издржување се согледува во фактот што Хашката конференција носи трета генерација на меѓународни договори во 2007 година: Хашката Конвенција од 23 Ноември 2007 година за прекугранична наплата на издршка за децата и други форми на семејна издршка и Протоколот од 23 Ноември 2007 година за меродавното

¹⁷ Член 72 од ЗМПП.

¹⁸ Член 73-75 од ЗМПП.

¹⁹ Член 76 и 77 од ЗМПП.

²⁰ Член 78, 81, 82 од ЗМПП.

²¹ Член 79 и 80 од ЗМПП.

²² Член 83 од ЗМПП.

²³ Член 87 од ЗМПП.

²⁴ Член 88 и 89 од ЗМПП.

²⁵ Член 90 од ЗМПП.

²⁶ Друга конвенција која е релевантна во овој контекст е Њујоршката конвенција за остварување на алиментациони барања во странство од 1956 год. (Република Македонија е членка), но оваа конвенција содржи одредби кои се однесуваат на прекугранична соработка помеѓу надлежни органи и не содржи одредби кои се однесуваат на директна меѓународна надлежност и колизиони норми.

определување на меродавното право за обврска за издржување.²⁷Од друга страна ЕУ во 2009 година ја донесе Регулативата на Советот (ЕК) 4/2009 за надлежност, меродавно право, признавање и извршување на одлуки и соработка во работи од обврската за издржување (Регулативата 4/2009).²⁸Со оваа регулатива се регулираат различни аспекти на меѓународното приватно право на ЕУ како на пр. правила за директна меѓународна надлежност, признавање и извршување на странски одлуки, правна помош и соработка. Сепак, иако во насловот е предвидено дека оваа регулатива содржи колизиони норми за определување на меродавното право за обврската за издршка, сепак такви норми во самата регулатива не постојат, туку постои големо преклопување со Хашкиот протокол од 2007 година кој всушност претставува правниот извор на овие одредби. Новитет во правното регулирање и стандардизирање во рамките на ЕУ²⁹е тоа што наместо Регулативата 4/2009 да содржи колизиони норми во неа е предвидена упатувачка клаузула со која се овозможува директна примена на одредбите на Хашкиот протокол од 2007 година за определувањето на меродавното право на односите кои се однесуваат на обврската за издршка.³⁰

За новите тенденции во модерното семејно право и развојот на меѓународното приватно право за овие односи во контекст на правото на Република Македонија потребна е поголема анализа која би ги надминала границите и целта на овој труд.³¹Овој труд ќе направи анализа на Европскиот

²⁷ Повеќе за позицијата на режимот за прекугранична наплата на издршка воспоставен со Хашката конференција види, Walker S., *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2015, стр. 18-24

²⁸ Регулативана Советот (ЕЗ) 4/2009 од 18 декември 2008 год. занадлежност, меродавното право, признавање и извршување на одлуки и соработка во областа на обврска за издршка [2009] OJ L7/1. Повеќе за позадината на донесувањето на Регулативата види, Ferrand F., *The Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, Latest Developments in Private International Law, Díaz C. B. (eds), Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, 83-90.

²⁹ Župan, M., *Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol*, The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide (Beaumont P., Hess B., Walker S. and Spancken S. ed.), Oxford and Portland, Oregon, 2014, 314.

³⁰ Член 15 од Регулативата 4/2009.

³¹ Повеќе за новите тенденции во меѓународното приватно право во делот на семејните односи види, Boele-Woelki K., *The principles of European family law: its aims and prospects*, Utrecht Law Review, Volume 1, Issue 2, 2005, стр.160-168; Župan, M., *Europaskapравосудна соработка и прекранични мобилски предмети (European judicial cooperation in cross border family matters)*, Правни аспекти прекраничне соработки EU интеграција: Мађарска–Хрватска, Правни факултет Свеучилишта Пеџуши Правни факултет у Осијеку, 2011, 591-618.

систем на прекугранична наплата на издршка и да ги спореди релевантните прописи со прописите на Република Македонија предвидени во ЗМПП со цел да се даде одговор на две едноставни прашања: Дали решенијата предвидени во ЗМПП одговараат на правилата за директна меѓународна надлежност во Регулативата 4/2009 и правилата за определувањето на меродавното право во Хашкиот протокол од 2007 година и кои идни мерки е потребно да ги преземе Република Македонија со цел да се прилагоди на стандардите кои постојат во одредби за прекугранична наплата на издршка во рамките на ЕУ и Хашката конференција ?

2. Правила за меѓународна надлежност

2.1. Правила за определување на меѓународна надлежност на судовите на Република Македонија содржани во ЗМПП кои се однесуваат на обврската за издршка

Во рамките на ЗМПП предвидени се петнаесет членови кои се однесуваат на определувањето на посебна меѓународната надлежност на судовите на Република Македонија за случаите од областа на семејното право. Од нив само три се однесуваат на обврската за издршка. Овие одредби се дадени во членовите 79, 80 и 81 од ЗМПП.

Одредбите од членот 79 од ЗМПП се речиси идентични со одредбите предвидени во членот 67 од ЗРСЗ.³² Со овие одредби се предвидува посебна меѓународна надлежност на судовите на Република Македонија во два случаја: во однос на законска издршка на деца и издршка на сопружници и поранешни сопружници. Во првиот случај судовите на Република Македонија имаат надлежност да расправаат за законска издршка на деца и во случаите кога тужениот нема живеалиште во Република Македонија доколку алтернативно се исполнети следните услови:

1. детето поднесува тужба и има живеалиште во Република Македонија;
2. тужителот и тужениот се државјани на Република Македонија, без оглед на тоа каде имаат живеалиште; или
3. тужителот е малолетно дете и е државјанин на Република Македонија.³³

³² Член 67 (2) од ЗРСЗ кој се однесува на одредување на меѓународна надлежност во случаите на издршка на лица кои не се деца, а тужениот нема живеалиште во СФРЈ и тужителот има државјанство на СФРЈ и има живеалиште во СФРЈ.

³³ Член 79(1) од ЗМПП.

Во вториот случај што се однесува на законско издржување меѓу брачни другари и поранешни брачни другари, судовите на Република Македонија ќе имаат надлежност и ако брачните другари имале свое последно заедничко живеалиште во Република Македонија, а тужителот во моментот на поднесувањето на тужбата има живеалиште во Република Македонија.³⁴ Во сите овие случаи кои се однесуваат на определување на меѓународна надлежност за обврската за издршка, можноста за избор на надлежноста е изречно исклучена.³⁵

Од претходно изнесеното може да се заклучи дека во случаите на определување на меѓународна надлежност на судна Република Македонија во однос на законската обврска за издршка на деца, јурисдикционите критериуми се: живеалиштето на тужениот, живеалиштето на детето, кумулативно државјанството на тужениот и тужителот (независно од живеалиштето) и државјанството на малолетното дете. Во вториот случај во однос на законската обврска за издршка на брачни другари и поранешни брачни другари главните јурисдикциони критериуми се: живеалиштето на тужениот и кумулативно последното живеалиште на брачните другари како и живеалиштето на тужителот.

Членовите 80 и 81 од ЗМПП предвидуваат определување на меѓународна надлежност на судовите на Република Македонија врз основа на други критериуми од оние кои се основаат врз основа на субјектите на спорот. Така членот 80 од ЗМПП предвидува воспоставување на меѓународна надлежност на суд на Република Македонија доколку тужениот има имот во Република Македонија од кој може да се наплати издржувањето, додека членот 81 од ЗМПП предвидува одредби со кои се овозможува постоење на атракциона надлежност во случаите на обврска за издршка на деца (како и за случаите на заштита и воспитување на деца) доколку овие спорови се решаваат заедно со споровите од позаконување или споровите за утврдување или оспорување на татковство или мајчинство (случаи кај кои преодоминантно е државјанството како јурисдикционен критериум).³⁶

³⁴ Член 79(2) од ЗМПП.

³⁵ Член 56(4) од ЗМПП.

³⁶ Види член 76, 77 и 82 од ЗМПП.

Членови од ЗМПП	Јурисдикционен критериум			
Чл. 52 (Општа меѓународна надлежност на суд на РМ)	Живеалиштето на тужениот се наоѓа во РМ			
Чл. 79 (обврска за издршка на деца, брачни другари и поранешни брачни другари)	Детето ја поднесува тужбата и има живеалиште во РМ;	Кумулативно државјанството на тужителот и тужениот се наоѓа во РМ (независно од нивното живеалиште)	Детето ја поднесува тужбата и има државјанство во РМ;	Кумулативно последното живеалиште на брачните другари било во РМ и тужителот има живеалиште на РМ
Чл.80 (законско издржување врз основа на имот од кој може да се наплати издржувањето)	Имотот на тужениот се наоѓа во РМ			
Чл. 81 (атракциона надлежност на споровите за одлучување за заштита воспитување и издржување на деца коа тие спорови се решаваат заедно со споровите за позаконување или спорови за утврдување на татковство или мајчинство)	Атракциона надлежност врз основа на членовите 76, 77 и 82 (врз основа на државјанството (на РМ) на субјектите			

Ако се погледнат јурисдикционите критериуми предвидени во ЗМПП во однос на обврската за издршка може да се заклучи дека живеалиштето

или некаква комбинација на живеалиштето и државјанството преставуваат преобладавајќи основи за воспоставување на меѓународната надлежност на судовите на Република Македонија.³⁷ Токму ваквата поставеност на националното законодавство било причина зошто СФРЈ се воздржувала од ратификување на Хашките конвенции од оваа област.³⁸

2.2. Правила за определување на меѓународна надлежност содржани во Регулативата 4/2009

Одредбите за определување на меѓународна надлежност содржани во Хашката конвенција од 2007 година и оние предвидени во Регулативата 4/2009 се разликуваат суштински бидејќи правилата предвидени во конвенцијата се однесуваат на определување на индиректна меѓународна надлежност³⁹ додека одредбите предвидени во Регулативата 4/2009 се однесуваат на директна меѓународна надлежност.⁴⁰ Друг значаен аспект предвиден со Регулативата на ЕУ 4/2009 е тоа што правилата за определување на меѓународна надлежност имаат универзална примена, односно со овие одредби се заменуваат националните правила за определување на меѓународна надлежност и се применуваат на сите ситуации (кои потпаѓаат под подрачјето на примена на регулативата) од страна на судовите на државите членки.⁴¹ Основниот јурисдикционен критериум предвиден во Регулативата 4/2009 е вообичаеното престојувалиште на тужениот/доверителот.⁴² Самата регулатива предвидува можност на *prorogatioiusdiriction* односно страните можат да договорат надлежност. Оттука произлегува дека и автономијата на волјата е предвидена како јурисдикционен критериум со Регулативата 4/2009.⁴³ Исто така со цел

³⁷ Повеќе за доминацијата на државјанството како јурисдикционен критериум и како точка на врзување во ЗРСЗ види, Stanivuković M., *Srpsko međunarodno privatno pravo u vremenutranzicije: promenjeni značaj državljanstva i prebivališta*, Državljanst voimeđunarodnoprivatnopravo, Haškekonvencije (eds. G.Knežević, V. Pavić), Beograd 2007, стр.45-47

³⁸ Sajko, K., *HaškaKonvencija o dječjožjaštiti od 19.Listopada 1996; Značajni segment budućeg Hrvatskog Prava*, Novejše tendence razvoja otroškega prava v evropskih državah - prilagajanje otroškega prava v republiki Sloveniji, 1997, Maribor, стр.50.

³⁹ Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance; AlegriaBorrás& Jennifer Degeling, 2013 (Borrás/Degeling Report), 59-63

⁴⁰ Walker S., *Maintenance and Child Support in Private International Law*, (n.27), 52

⁴¹ Ferrand F., (n. 28), 91.

⁴² Член 3 од Регулативата 4/2009.

⁴³ Hess B., Spanken S., *Setting the Scene – The EU Maintenance Regulation, The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Beaumont P., eds.), Oxford and Portland, Oregon,

да се обезбеди ефикасен пристап до правдата, Регулативата предвидува и други јурисдикциони критериуми како субсидиерна надлежност⁴⁴ и *forumnecessitatis*.⁴⁵

Од вака поставената анализа на националните правила за определувањето на директна меѓународна надлежност кои се однесуваат на обврската за издршка на Република Македонија предвидени во ЗМПП и на правилата предвидени во Регулативата 4/2009 може да се заклучи дека јурисдикционите критериуми се разликуваат во голема мера. Во ЗМПП доминира живеалиштето или некаква комбинација на живеалиштето и државјанството, додека во државите членки на ЕУ определувањето на меѓународната надлежност во делот на обврската за издршка се темели на вообичаеното престојувалиште⁴⁶ и автономијата на волјата. Поради тоа потребни се промени во ЗМПП со цел тоа да биде во корелација со новите сфаќања во теоријата и праксата за тоа кој суд е во најдобра позиција да расправа за случаите на меѓународна наплата за издршка.

3. Меродавно право

3.1. Одредби за определување на меродавното право во ЗМПП кои се однесуваат на обврската за издршка

ЗМПП не содржи единствени правила кои се однесуваат на определување на меродавното право за обврската за издршка. Пристапот предвиден во ЗМПП е постоењена повеќе одредби за определување на меродавно право за обврската за издршка кои се разликуваат според основот врз кој настанал правниот однос помеѓу доверителот и должникот на обврската за издршка. Така, во ЗМПП предвидени се посебни колизиони норми кои се однесуваат на брачни и вонбрачни другари, родители и деца, посвоеник и посвоител и издршка на други лица. Оттука, одредбите за определување на меродавно право за обврската за издршка во ЗМПП се предвидени во следните членови:

2014, 333.

⁴⁴ Член 6 од Регулативата 4/2009. Членот 6 предвидува воспоставување на субсидиерна надлежност врз основа на државјанството на двата сопружника.

⁴⁵ Член 7 од Регулативата 4/2009.

⁴⁶ Повеќе за вообичаеното престојувалиште види, Bouček V., *Uobičajenoboravište u hrvatskommeđunarodnomprivatnompravu*, Zbornikpravnogfakulteta u Zagrebu, Zagreb, 2015, стр. 885-915; Rumenov I., *Determination of the Child's Habitual Residence According to the Brussels II bis Regulation*, *PravniLetopis*, Ljubljana 2013, 57-81; Dutta A., *Habitual Residence versus nationality – In search of the European personal connecting factor in family matters*, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, (Župan, M ed.), Faculty of Law Osijek, 2015, 320-327;

- Брачни другари – Членовите 42,43 и 44 од ЗМПП
- Вонбрачни другари – Членот 45 од ЗМПП
- Родители и деца – Член 46 од ЗМПП
- Посвоеник и посвоител – Член 51 од ЗМПП
- Други лица – Член 48 од ЗМПП

-

Членови во ЗМПП	Точки на врзување			
	Заедничкото државјанство на брачните другари	Заедничкото живеалиште	Последното заедничко живеалиште	Правото на РМ
Чл.42 (Лични и законски имотни односи на брачните другари)				
Чл. 43 (Договорни имотни односи на брачните другари)	Ограничена автономија на волја: - државјанството на еден од брачните другари - живеалиштето на еден од брачните другари - за недвижности, местото каде недвижноста се наоѓа	Доколку не го избале меродавното право точките на врзување од чл. 42 се применуваат		
Чл. 44 (Лични, законски и договорни имотни односи на брачните другари во случај на неважност или престанок на бракот)	Истите точки на врзување како и во членовите 42 и 43 од ЗМПП			
Чл. 45 (Имотни односи на лица кои живеат во вонбрачна заедница)	Заедничкото државјанство на двете лица	Заедничкото живеалиште на двете лица		

Чл. 46 (Односи меѓу родители и деца)	Заедничкото државјанство на родителот и детето	Заедничкото живеалиште	Државјанството на детето	
Чл. 51 (Дејство на посвојувањето)	Заедничкото државјанство на посвоеникот и посвоителот	Заедничкото живеалиште	Државјанството на детето	
Чл. 48 (Обврска за издржување)	Државјанството на сродникот од кого се бара издржување			

Од ваквиот приказ на точките на врзување предвидени во колизионите норми на ЗМПП кои се однесуваат на определувањето на меродавното право за обврската за издршка може да се заклучи доминација на заедничкото државјанството или заедничкото живеалиште. Исто така анализата покажа и постоење на ограничена автономија на волја како точка на врзување, но само за договорните имотни односи на брачните другари.⁴⁷

3.2. Одредби за определување на меродавното право во Хашкиот протокол од 2007 за меродавното право на обврската за издршка

Одредбите за определување на меродавното право во рамките на ЕУ не се содржани во Регулативата 4/2009, туку Хашкиот протокол од 2007 за меродавното право на обврската за издршка.⁴⁸ Овој протокол има универзална примена, односно одредбите од овој протокол се применуваат на сите ситуации од неговото подрачје на примена.⁴⁹ Членот 3 од Хашкиот протокол од 2007 предвидува општо правило, додека членовите 4, 5, 6, 7 и 8 предвидуваат други точки на врзување. Примарната точка на врзување определена во членот 3 од Хашкиот Протокол од 2007 претставува вообичаеното престојувалиште на доверителот. Исто така Хашкиот протокол од 2007 година предвидува двоен каскаден систем со субсидиерен карактер.⁵⁰ Членот 4 од Хашкиот протокол содржи посебни правила кои

⁴⁷ Повеќе за автономијата на волјата во семејните односи во ЗМПП види, Deskoski T., Dokovski V., *Connecting Factors, Party Autonomy, and Renvoi in Family Matters in Macedonian and EU Private International Law*, *Private International Law in the Jurisprudence of European Courts – Family at Focus*, (Župan, M ed.), Faculty of Law Osijek, 2015, 394.

⁴⁸ За разликите помеѓу Хашката конвенција за меродавното право на обврската за издршка од 1973 година и Хашкиот протокол од 2007 година види, Župan, M, *Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol*, (n.29), 318

⁴⁹ Article 2 of the 2007 Hague Protocol. More on the issue see, Bonomi Report, para 34-35; Župan, M, *Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol*, (n.29), 316

⁵⁰ Župan, M, *Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol*, (n.29), 320

одат во прилог на некои од доверителите за кои се смета дека правото на државата на нивното вообичаено престојувалиште е во спротивност на нивниот интерес.⁵¹ Ова правило предвидува неколку алтернативи на вообичаеното престојувалиште на доверителот како на пример *lex fori* или заедничкото државјанство како последна солуција.⁵² Членовите 5 и 6 од Хашкиот протокол од 2007 содржат посебни правила кои се однесуваат на брачни другари и поранешни брачни другари и правило за посебни средства за одбрана. Што се однесува до членот 5 од Хашкиот протокол од 2007 година точка на врзување претставува последното вообичаено престојувалиште (во комбинација со принципот на најтесна врска). Новитет во Хашкиот протокол од 2007 година е можноста страните сами да го изберат меродавното право. Таквата позиција отстапува од традиционалниот пристап во семејно правните односи според кој страните не можат слободно да располагаат со своите права и обврски дури и во ситуации со меѓународен елемент.⁵³ Новиот пристап во семејното право (исто така и кај обврската за издршка) се обидува да ги охрабри страните во семејно правните односи да размислуваат за своите потреби и да ги организираат овие односи на амикабилен начин.⁵⁴ Во овој контекст членовите 7 и 8 овозможуваат на страните да го изберат меродавното право (ограничено *optio iuris*), со поставување на различни ограничувања.⁵⁵

Врз основа на изнесеното може да се заклучи дека одредбите во ЗМПП и во Хашкиот протокол од 2007 година кои се однесуваат на определувањето на меродавното право за обврската за издршка системски и супстанцијално се разликуваат. Во ЗМПП се предвидени повеќе одредби кои се разликуваат според основот на правниот однос помеѓу доверителот и должникот на обврската за издршка, додека Хашкиот протокол од 2007 година предвидува едно општо правило и определени исклучоци. Исто така точките на врзување (државјанството, заедничкото живеалиште и ограничена автономија на волја) предвидени во ЗМПП и точките на врзување предвидени во Хашкиот протокол од 2007 година (вообичаено престојувалиште, автономија на волја) се разликуваат супстанцијално. Оттука Република Македонија во блиска иднина потребно е да го прилагоди сопственото законодавство на овие нови тенденции.

⁵¹ Explanatory Report on the Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations prepared by Andrea Bonomi, 2013, para 45.

⁵² Повеќе за овие точки на врзување види, Walker S., (n 27), 78-83.

⁵³ Župan, M, *Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol*, (n.29), 320

⁵⁴ *ibid.*

⁵⁵ Walker S., (n 27), 87-91.

4. Заклучок

Потребно е Република Македонија да превеземе сериозни системски мерки со цел сопствениот правен систем да го доближи до стандардите кои се прифатени во рамките на Хашката конференција за меѓународно приватно право и ЕУ. Тоа значи дека Република Македонија треба да изврши ратификација на Хашката конвенција за обврската за издршка од 2007 година како и Хашкиот протокол од 2007. Ова произлегува од новите околности кои се потврдени и од страна на ЕУ, во однос на промените во правните системи во однос на прекугранична наплата на обврската за издршка, а кои имаат за цел избегнат судир помеѓу Хашките конвенции и правото на ЕУ. Поради тоа Република Македонија мора да преземе неколку чекори: најпрвин како земја кандидат за членство во ЕУ мора да изврши апроксимација на правниот систем со стандардите во ЕУ преку ратификација на Хашките конвенции од 2007 година, а особено Хашкиот Протокол од 2007 година. Второ, потребно е овие нови тенденции во меѓународното приватно право да бидат инкорпорирани во ЗМПП со тоа што би се преземало вообичаеното престојувалиште како јурисдикционен критериум и точка на врзување. Судот на вообичаеното престојувалиште на доверителот претставува најсоодветен форум за расправа на овие ситуации поради близината што судот ја има со самиот случај. Овие нови тенденции на зголемен број на прекугранични бракови, а со самото тоа и зголемен број на луѓе кои живеат надвор од територијата на државата чие државјанство го поседуваат, го намалува апсолутниот супремат на државјанството како точка на врзување во ЗМПП на Република Македонија и дава основ за полиберално прифаќање на можноста за примена на правото на државата каде доверителот има вообичаено престојувалиште. Ваквата позиција заедно со јурисдикционионите критериуми предвидени во Регулативата на ЕУ 4/2009 и одредбите за определување на меродавното право предвидени во Хашкиот протокол од 2007 година го позиционираат вообичаеното престојувалиште на доверителот на издршката (во крајна линија тоа би значело примена на *lex fori*) како најсоодветен форум за разрешување на случаите за обврска за издршка на начин што таквата позиција би овозможила гаранции за правични и ефикасни постапки и поедноставно разбирање на социјалната позадина на самиот случај. Исто така, идејата дека страните можат самите да го определат меродавното право преставува позитивен развој на настаните. Современото разбирање на односите во семејството е во полза на ваквиот развој, особено охрабрувањето на лицата кои подлежат на семејно правни односи да размислуваат однапред на нивните потреби и соодветно да ги организираат тие односи на

амикабилен начин со што би се напуштил традиционалниот пристап во семејно правните односи каде страните немаа слобода во разлагањето со нивните права и обврски дури и во ситуации со странски елемент.

**THE STANDARDS OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE
INTERNATIONAL LAW AND EU REGARDING THE CROSS-
BORDER RECOVERY OF MAINTENANCE WITH PARTICULAR
REFERENCE TO REPUBLIC OF MACEDONIA**

***Abstract:** The legal rules in the Republic of Macedonia regarding cross border recovery of maintenance have been more or less unchanged from the Yugoslav Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other States in Certain Matters (PIL act of 1982). This means that most of the jurisdictional rules and the conflict of law rules are now turning 35 years. Meanwhile the Hague Conference of Private International Law has provided for two new legal acts, the 2007 Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance and the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations which introduce new conflict of law rules regarding maintenance obligations. Moreover, the EU has adapted a new Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. In this context the Republic of Macedonia (as a EU candidate country) now faces contemporary challenges to adjust its legal system to the new jurisdictional criteria and conflict of law rules developed by the Hague Conference of Private International Law and the EU. This article firstly gives a brief overview of the current PIL rules regarding recovery of maintenance in the Republic of Macedonia, comparing them to the rules provided in the 2007 Hague Protocol and the Maintenance Regulation and secondly it will address the means of the adjustment of such rules in the Republic of Macedonia.*

***Key words:** Jurisdiction; Conflict of law rules; Maintenance; 2007 PIL Act of R. Macedonia; 2007 Hague Maintenance Protocol; Maintenance Regulation (EC) 4/2009*

ПОТРЕБИТЕ ОД ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА АКТУЕЛНИОТ ЗАКОН ЗА НОТАРИЈАТ

UDK: 347.961:340.13(497.7)

Review paper

І.Вовед

Актуелниот и трет по ред Закон за нотаријатот¹ е донесен во месец април 2016 година, а започна со примена од 1 јануари 2017 година, со кој за разлика од претходните два закони, се воведоа суштински промени во функционирањето и делокругот на работа на нотарската служба кој го има прифатено латинскиот (континентален) тип² на нотаријат.

Најзначајни новини кои се воведоа со овој закон, кој е во примена неполни две години се: поинакви услови и постапка за именување нотар,

* Нотар во Куманово.

¹ Законот за нотаријатот е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 72 од 12.4.2016 година. Овој закон влезе во сила осмиот ден од денот на објавувањето во „Службен весник на Република Македонија“, а требаше да започне да се применува по четири месеци од денот на неговото влегување во сила. Со Законот за изменување на Законот за нотаријатот објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 142 од 1.8.2016 година примената се одложи од 1 јануари 2017 год.

² Во Европската унија застапен е системот на т.н. латински нотаријат, којшто е прифатен и во Македонија. Тој се одликува со делумно отстапување на суверенитетот на државата. Тоа е првиот услов за да се увери јавноста во правната важност на правните работи и доказните средства. Нотарот е носител на јавна служба којшто е именуван од страна на државата. Нотарот го гарантира чувањето на исправите составени од него во својата архива, веродостојноста, извршноста, точноста на датумот и податоците итн.

Латинскиот нотаријат во повеќето случаи е слободна и независна дејност што ги опфаќа сите приватни правни работи, со исклучок на правните спорови. Дејноста на нотарот особено се состои во советување и поддршка на странки во правни работи. Државата го пренесува составувањето на приватни исправи за одредени правни работи на нотарите. Оваа исклучива надлежност за составување исправи за одредени правни работи ја одделува нотарската служба од другите правнички советодавни професии.

За ова повеќе кај проф. д-р Енес Биќиќ, Универзитет во Зеница, Правен Факултет – Нотариус бр. 27, 2015 година, стр. 91.

делумна извршност на нотарска исправа, задолжителност на адвокатски потпис и печат на приватни исправи и на предлози и редовни правни лекови во постапка по нотарски платен налог, нотарски платен налог, нов начин на достава на нотарските писмена, задолжително учество на адвокат во оставинска постапка, електронска нотарска исправа, електронски нотарски деловни книги, Централна електронска нотарска архива, Регистар на полномошна и Регистар на тестаменти, Нотарска академија, промена во начинот на водењето на дисциплинската постапка и нов концепт за полагање на испити за нотар, за помошник нотар, за заменик нотар и за стручен соработник.

Дел од овие новини се покажаа како оправдани и потребни во нотарското работење, но дел се покажаа како нерационални решенија кои ги доведоа во нерамноправна положба учесниците во правниот промет и го ограничија остварувањето на уставно загарантираните права на граѓаните. Ваквата состојба беше констатирана и од страна на Министерството за правда како предлагач на овој закон и од Владата на Република Македонија, кои во месец септември 2017 година, што значи ни неполна една година од неговата примена, преземаа активности за започнување на процесот на изменување и дополнување на Законот за нотаријатот.

Во натамошниот текст, акцентот ќе биде даден на најбитните решенија предвидени со Закон за нотаријатот (во понатамошниот текст ЗН), за кои постои потреба од нивно изменување и дополнување, а кои во досегашната пракса предизвикаа бројни проблеми и дилеми во нивната примена и практично спроведување.

II. Суштински измени воведени со Законот за нотаријатот Поинакви услови и постапка за именување нотар

За разлика од претходниот ЗН, со новиот предвидени се сосема нови услови за именување на нотар³, а тоа се: кандидатот да има положено правосуден испит, да има положено квалификационен нотарски испит и испит за рангирање за нотар за конкретниот конкурс, психолошки тест и тест на интегритет; да има работен стаж на правни работи од најмалку две години по положен правосуден испит и да поседува меѓународно признат сертификат за познавање на најмалку еден од трите најчесто користени јазици на Европската унија (англиски, француски, германски) издаден од официјален европски тестатор.

³ Новите услови за именување на нотар се уредени со член 10 од Законот за нотаријатот.

Поинаква е и постапка за именување на нотар⁴ и наместо досегашната Комисија за спроведување на конкурс за именување на нотари, како орган на Нотарската комора составен од 7 члена која беше надлежна да го спроведува конкурсот и да дава мислење за кандидатите кои поднеле пријави за именување на нотар, сега Комисијата е составена од пет члена од кои два члена од Комората, еден член по предлог од Судскиот совет на Република Македонија, еден член по предлог од Академијата за судии и јавни обвинители и еден универзитетски професор од правните факултети акредитирани во Република Македонија.

Задолжителен нотарски акт

За разлика од претходниот ЗН, според кој нотарскиот акт беше задолжителен во пет случаи⁵, според член 52 став (1) од новиот ЗН, кој носи наслов – **“Правни работи за кои нотарскиот акт е задолжителен”**, уреден е единствен случај кога е задолжителен нотарски акт, а се однесува за сите правни работи кои лично ги преземаат глуви лица кои не знаат да читаат или неми лица кои не знаат да пишуваат, освен во случаи предвидени со овој или друг закон.

Во член 52 став (3) од ЗН, уредено е дека со одредбите од ставот (1) на овој член не се задира во одредбите на овој или друг закон според кои за важноста на правната работа е потребна исправата за нив да ја состави нотар или суд. Од оваа законска одредба, недвосмислено произлегува дека нотарот е овластен да составува нотарски исправи во форма на нотарски акти кои се предвидени со ЗН и со други закони.

Идентична одредба како во член 52 став (3) од новиот ЗН, содржеше и претходниот Закон за нотаријатот (член 42 став (2))⁶, според која и во

⁴ Новата постапка за именување на нотар е уредена со член 11 од Законот за нотаријатот.

⁵ Според член 42 став (1) од Законот за нотаријатот (Службен весник на Република Македонија бр. 55/07, 86/08; 139/09 и 135/11), нотарски акт е задолжителен за: а) договори за уредување на имотните односи меѓу брачните другари и меѓу лицата кои живеат во вонбрачна заедница; б) договори за подарок без предавање на предметот во владеење на даропримачот; в) секој акт за основање, организирање, престанок, статусни и промени на правни лица кои вршат стопанска дејност, институции, фондации и други органи, освен трговските друштва; г) сите правни работи кои лично ги преземаат глуви лица кои не знаат да читаат или неми лица кои не знаат да пишуваат и д) договори за располагање со имот на малолетни лица и лица на кои им е одземена или ограничена деловната способност).

⁶ Член 42 став (2) од Законот за нотаријатот (Службен весник на Република Македонија бр. 55/07, 86/08; 139/09 и 135/11) гласи: „Со одредбите од ставот (1) на овој член не се задира во одредбите на овој или друг закон според кои за важноста на правната работа

досегашното постапување, освен за правните работи согласно Законот за нотаријатот, нотарите составуваа нотарски акти и за правни работи предвидени со други закони.

Приватни исправи кои подлежат на задолжително потврдување (солемнизација)

Во делот на потврдувањето (солемнизација) на приватна исправа, за разлика од член 45 став (1)⁷ од претходниот ЗН, со член 55 став (1) од новиот ЗН уредено е кои приватни исправи задолжително подлежат на потврдување (солемнизација) од нотар и **тоа се сите приватни исправи за правната работа врз основа на кои се стекнува, престанува, пренесува или ограничува право на сопственост или друго право на недвижност, или права за кои се водат јавни книги.**

Со ставот (2) од истиот член, за прв пат во македонското законодавство и правен систем се воведува задолжително составување на приватни исправи од страна на адвокат за правните дела врз основа на кои се стекнува, престанува, пренесува или ограничува право на сопственост или друго право на недвижност, или права за кои се водат јавни книги **со вредност над 10000 евра**, со исклучок на Република Македонија. А доколку се потврдува приватна исправа чија вредност е под 10.000 евра, каде една од странките е банка, штедилница, финансиско друштво, давател на финансиски лизинг или осигурително друштво, приватната исправа не мора да биде составена од адвокат и да содржи адвокатски печат и потпис, а доколку вредноста на правната работа е над 10.000 евра, едната страна е должна да обезбеди адвокатски печат и потпис.

Задолжително составување на договори и преддоговори за продажба од страна на адвокат

Со член 56 став (3) од новиот ЗН е уредено дека договорот за продажба и преддоговорот за продажба со вредност на предметот на продажба над 10.000 евра во денарска противвредност според средниот курс на Народна банка на Република Македонија, задолжително треба да го состави адвокат и задолжително да содржи адвокатски печат и

е потребно исправата за нив да ја состави суд или нотар.

⁷ Член 45 став (1) од Законот за нотаријатот (Службен весник на Република Македонија бр. 55/07, 86/08; 139/09 и 135/11) гласи: „Ако не е во прашање правна работа за која според овој или друг закон е задолжително постоење на нотарски акт, странките можат исправата за правната работа да ја потврдат кај нотарот”.

потпис, без оглед дали ќе се потврдат (солемнизираат) или завери потпис на истите. Што значи секој договор и преддоговор за продажба без оглед на предметот на договорот (недвижен или движен имот), треба да биде составен од адвокат и да има адвокатски потпис и печат, и таквите договори не можат да се составуваат во форма на нотарски акт, па дури и кога граѓанинот би го побарал тоа.

За разлика од членот 55 став (2) каде е предвиден исклучок кога се работи за Република Македонија, тоа не е случај кога станува збор за договорите и преддоговорите за продажба.

Нотарски платен налог

Со новиот ЗН е воведен нов институт - **нотарски платен налог** и пропишана е постапката која ја спроведува нотарот за издавање на решение за нотарски платен налог врз основа на веродостојна исправа, како и правата на странките во постапката пред нотарот. Всушност станува збор за постапка која ја заменува досегашната постапка за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа, која нотарот ја спроведуваше според одредбите на претходниот Закон за извршување.

Во овој дел како најзначајна новина, која во голема мера во финансиска смисла директно се рефлектирале на доверителите од една и на должниците од друга страна е тоа што предлозите за донесување на решение за нотарски платен налог како и редовните правни лекови, задолжително ги составува адвокат и содржат адвокатски печат и потпис⁸. Од ова правило се предвидени исклучоци во три ситуации, и тоа:

1) кога доверител е Република Македонија,

2) за парични побарувања по фактури кои произлегуваат од комунални сметки и тоа:

- за вода, смет и одржување на заеднички простории за парично побарување од веродостојна исправа до 2.000,00 денари,

- за електрична или топлинска енергија за парично побарување од веродостојна исправа до 6.000,00 денари,

- за телефонија, мобилни оператори или кабелски оператори за парично побарување од веродостојна исправа до 2.000,00 денари, се поднесува непосредно до нотарот.

За ваквиот вид предлози за издавање на решение за нотарски

⁸ Оваа новина е уредена со член 68 став (2) од Законот за нотаријатот.

платен налог, кои произлегуваат од комунални услуги според член 240 став (1) од Законот за извршување⁹, до 20.12.2017 година доверителот беше должен пред да поднесе предлог за донесување на нотарски платен налог, непосредно да поднесе барање за вонсудска наплата на долг преку Комората на извршители. Меѓутоа со Одлука на Уставниот суд на РМ од 29 ноември 2017 год¹⁰, по поднесена иницијатива меѓудругото се укинаа и одредбите од членовите 240-244 од Законот за извршување, кои ја уредуваа постапката за вонсудска наплата на долгови.

Кога станува збор за комуналните услуги значајна новина е измената на член 27 став (3) од Нотарската тарифа, според кој за платните налози за комунални услуги кога должник е физичко лице (струја, вода, парно, смет, тековно одржување на заеднички простории во етажна сопственост), нотарот има право на награда во износ од 10% од вредноста на вкупното побарување зголемено за износот на надоместокот за судска такса и за реалните трошоци. Во овој член не се опфатени телефонија, мобилни оператори и кабловски оператори и не се однесува на правните лица како должници.

3) кога доверители се правни лица (банка, штедилница, финансиско друштво и др.) за износите на побарувањето кој не го надминуваат износот од 10.000 евра во денарска противвредност.

Тоа значи дека во овој случај доверителите до нотарот доставуваат предлог за издавање решение за нотарскиот платен налог составен од нивните стручни служби, меѓутоа доколку побарувањето е поголемо од 10.000 евра, во денарска противвредност, во таков случај предлогот треба да биде составен од адвокат.

Нов начин на достава на нотарските писмена

За прв пат во ЗН, се воведуваат одредби за вршење на достава на нотарски писмена¹¹. Доставата на писмената кои произлегуваат од работата на нотарот предвидени со овој закон се врши со непосредно предавање на писменото од страна на нотарот или по пошта. Ако живеалиштето

⁹ Законот за извршување е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 72 од 12.4.2016 година. Законот за изменување на Законот за извршување е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 142 од 1.8.2016 година.

¹⁰ Одлуката на Уставниот суд на РМ, У.бр.143/2016 е објавена во Службен весник на Република Македонија бр. 178 од 20.12.2017 год., која произведува правно дејство од денот на објавувањето во Службен весник.

¹¹ Начинот на достава на нотарски писмена е уреден со член 79 и 80 од Законот за нотаријатот.

или престојувалиштето, односно седиштето на учесникот е непознато за нотарот чие писмено се доставува, или пак нотарот не можел да изврши уредна достава до учесникот во согласност со одредбите од член 79 од овој закон, нотарот доставата ја врши со јавна објава.

Објавата нотарот ја врши преку дневен печат кој е во оптек на целата територија на Република Македонија, секојдневно во текот на три последователни изданија. Објавата се врши и со еднократна објава во Службен весник на Република Македонија.

Застапување на наследниците во оставинската постапка

Во поглед на оставинската постапка, која нотарот ја врши како доверена работа од судот и согласно начелата и правилата регулирани со Законот за вонпарничната постапка, новина воведувањето на обврската за задолжително присуство на адвокат во својство на полномошник за секој од учесниците¹².

За учеството на адвокатите во оваа постапка, согласно член 8 став (2) точка 5) од Тарифата за награда и надоместок на трошо

ците за работа на адвокатите¹³, е утврдено дека во оставинската постапка пред нотар каде со закон е предвидено задолжително учество на адвокат наградата и трошоците за соодветното правно дејствие за адвокатите кои учествуваат во тоа дејствие без оглед на нивниот број изнесува 50% од наградата и трошоците на нотарот, која одредба се темели врз член 153 став (6) од ЗН.

Нов концепт за полагање на испити

Новина во законската регулатива на нотаријатот во Република Македонија е воведувањето на нов концепт за полагање на нотарскиот испит кој ќе се состои од квалификационен нотарски испит и испит за рангирање за нотар и воведување на испит за заменик-нотар, помошник-нотар, нотарски стручен соработник и испитот за проверка на знаењето на веќе именуваните нотари¹⁴. Овие испити ќе се полагаат по електронски

¹² Оваа новина е предвидена со член 147 став (2) од Законот за нотаријатот.

¹³ Тарифата за награда и надоместок на трошоците за работа на адвокатите – пречистен текст е објавена во Службен весник на Република Македонија бр. 126 од 8.7.2016 година.

¹⁴ Овие испити, програмата и начинот на полагање се уредени со членовите 161-167 од новиот Закон за нотаријатот и Правилникот за начинот на полагање на квалификациониот нотарски испит, испитот за рангирање за нотар, испитот за заменик – нотар, испитот

пат заради поголема објективност во оценувањето.

Со новиот закон (член 12 став (9)) е предвидено именуваните нотари согласо Законот за вршење на нотарски работи и Законот за нотаријатот да полагаат стручен испит за проверка на знаењата **во рок од 7 години** од денот на влегување во сила на овој закон, кој се спроведува согласо одредбите од овој закон, а потоа проверката на знаењето на нотарите од овој став, ќе се врши на секои 7 години од денот на полагањето на последниот испит за проверка на знаењата.

Исто така, во член 12 став (13) беше предвидено дека доколку нотарот не го положи стручниот испит за проверка на знаењето во предвидените рокови, должен е најдоцна во рок од 30 дена од одржувањето на стручен испит за проверка на знаењето да плати казна од 3000 евра во денарска противвредност на наменската сметка на Нотарската академија при Комората кои ќе се користат само за стручно оспособување на нотарите во рамките на Комората. По плаќањето на казната, нотарот се стекнува со право повторно да го полага стручниот испит за проверка на знаењето во рок од шест месеци по претходното полагање на стручниот испит за проверка на знаењето. Доколку нотарот не ја плати казната или повторно не го положи стручниот испит за проверка на знаењето истото е основ за поведување на постапка за разрешување. Меѓутоа оваа одредба е укината со Одлука на Уставниот суд на Република Македонија од 24 јануари 2018 година.¹⁵

III. Потребите од изменување и дополнување на Законот за нотаријатот

Погоренабројаните законски решенија во актуелниот ЗН, кои за брзо време од нивната примена се покажаа како нерационални и неприменливи решенија, беа констатирани и од страна на Европската комисија, која во Извештајот за 2016 година даде сериозни забелешки, што беше причина во Планот 3-6-9 во кој се опфатени итни реформски приоритети и во Стратегијата за реформа на правосудниот сектор за периодот 2017 – 2022¹⁶ да биде опфатен и нотаријатот. Во оваа Стратегија заедно со Акцискиот план, во делот наменет за нотаријатот утврдена е стратешка насока за

за помошник – нотар, испитот за нотарски стручен соработник и стручниот испит за проверка на знаењата на нотарите и за формата и содржината на уверението за положени испит објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 28 од 7.3.2017 година

¹⁵ Одлуката на Уставниот суд на РМ, У.бр.129/2016 со која се укинуваат член 12 став (13) и член 20 став (1) точка г) во делот „ и 13” од Законот за нотаријатот е објавена во Службен весник на Република Македонија бр. 25 од 7.2.2018 год., која произведува правно дејство од денот на објавувањето во Службен весник.

¹⁶ Стратегијата за реформа на правосудниот сектор за периодот 2017 – 2022 е објавена на веб страницата на Министерството за правда.

враќање на нотарскиот акт согласно принципите на латински нотаријат, поедноставено постапување, зголемување на ефикасноста, намалување на трошоците, поедноставена постапка за именување и конципирање на испитот за нотари.

Постапувајќи по дадените препораки во Планот и Стратегијата, Владата на РМ активно се заложи за нивно остварување, поради што беа формирани Работни групи за изменување и дополнување на соодветните закони кои го регулираат правосудниот сектор, меѓу кои спаѓа и нотаријатот, процеси кои требаше да завршат до крајот на месец октомври 2017 година. По тој повод од министерот за правда беше формирана Работна група за изготвување на Предлог закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот, составена од 17 членови, и тоа претставници на Министерството за правда, судии, четворица нотари, двајца адвокати, извршители, претставници на Стопанската комора на РМ и еминентни професори. Почнувајќи од октомври 2017 до почетокот на 2018 година, оваа Работна група оддржа неколку работни состаноци, од кои произле Пределог текст на Закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот, кој потоа беше даден на јавна расправа преку негово објавување на веб страницата на ЕНЕР¹⁷, каде граѓаните можеа да ги дадат своите мислења и коментари. Она што треба да се забележи е дека за прв пат во овој Предлог закон, на одредени предлог решенија беа дадени и алтернативни решенија, а кои главно се однесуваат на прашањето за задолжително застапување на граѓаните од адвокат во постапката пред нотар.

По завршувањето на процесот околу јавната расправа, по повторен состанок на Работната група утврден е конечен Предлог на закон за изменување и дополнување на Законот за нотаријатот, во кој како позначајни предлог измени можат да се издвојат:

-Се воведува начелото на диспозиција на странките како едно од начелата во вршење на нотарската служба.

-Во поглед на условите и постапката за именување на нотарите, речиси во целост се враќаат поранешните законски решенија. Како новина во условите за именување на нотар се предвидува кандидатот да има положено и правосуден испит. Се укинуваат одредбите за познавање на најмалку еден од трите светски признаени јазици, психолошкиот тест и тест на интегритет и рангирањето на нотарите.

-Се намалува критериумот за определување на бројот и распоредот на

¹⁷ ЕНЕР – Единствен национален електронски регистар на прописи на Република Македонија.

нотарските службени седишта и службени подрачја според бројот на жители.

-Се додава нов член 26-а, со кој се пропишува дека учесникот има право на слободен избор на нотар со цел да се влијае на спречување на појавата на нелојална конкуренција и да се спречи концентрацијата на предмети кај определени нотари.

-Се додава нов член 35-а, со кој се пропишува забрана на нелојална конкуренција, односно забрана нотарот со странка да договара и наплати награда спротивно на Нотарската тарифа.

-Се пропишуваат правните работи за кои нотарскиот акт е задолжителен и должност на нотарот да состави нотарски акт доколку тоа го побараат учесниците во постапката, согласно начелото на слободна диспозиција на странките.

Со предложеното решение јасно се дефинира во кои случаи е задолжителен нотарскиот акт и за прв пат се дава можност учесниците сами да одлучат за формата на нивното правно дело, односно дали тоа ќе биде нотарски акт или приватна исправа потврдена од нотар. Како и во сите европски држави, така и во нашата, граѓаните треба да ја имаат можноста да договорат и побараат формата за нивниот договор да биде во форма на нотарски акт, кој е главно обележје на секој нотаријат. На оваа основа се базира и одлуката на Врховниот суд¹⁸ во Србија, од месец октомври 2016 година, со која се има произнесено дека нотарскиот акт е построга и повисока форма на договор од спотврдената приватна исправа и не може да

¹⁸ Врховниот суд на Република Србија, во својот правен став од 25.10.2016 година вели дека нотарскиот акт е построга форма од солемнизирана приватна исправа, со оглед на видот на правната работа, нивното значење и субјектите на заштита и дека степенот на доверба кај нотарските акти е многу поголем отколку кај потврдувањето на приватните исправи. Странките по своја волја во согласност со начелото на автономија на волја можат да договорат во поглед на формата (кога е во прашање конкуренција), и поголема од минимум пропишаната и со тоа не се повредуваат ниту јавните ниту приватните интереси. Ставот на Врховниот суд се заснова на теоретски ставови и на споредбена пракса. Според теоријата во договорното право постои слобода на договарање која подразбира и слободен избор на форма за која странките ќе изразат согласност на своите волји и дека ограничувањето на слободниот избор на форма мора да биде изрично пропишано или договорено. Со самото тоа странките имаат целосна слобода да побараат строга и повисока форма. Според Законот за облигациони односи, нотарскиот акт има предност и посебно значење за договорните страни, бидејќи може да претставува единствена извршна исправа ако содржи изречна изјава за тоа, а странките секако имаат интерес да ги решаваат споровите без потреба од судска заштита пред парничен суд кога законот им овозможува директно извршување во извршна постапка. Токму ова последното е причина која е одлучувачки мотив да странките договорат построга форма во договор на недвижности. Од сето ова произлегува дека строгата форма во себе ја конзумира помалку строгата, па ако за полноважност на одредена правна работа е предвидена форма на солемнизација на приватна исправа, правната работа ќе биде полноважна и кога е склучена во форма на нотарски акт.

не постои, доколку странките ја побараат таа форма.

-Се укинува задолжителното составување на приватни исправи од адвокати со вредност над 10.000 евра.

-Се укинува задолжителното составување на договорите и предоговорите за продажба од адвокати со вредност над 10.000 евра.

-Се прецизираат случаите во кои е потребно присуство на сведоци на нотарскиот акт.

-Се укинува задолжителното учество на адвокатите во постапката по нотарски платни налози, се врши измена и систематски се пропишува постапката за донесување на нотарски платен налог и се пропишува содржината на решението за нотарски платен налог, се враќаат скоро сите веродостојни исправи кои беа предвидени во претходниот Закон за извршување и се менуваат одредбите за достава на начин што се укинува доставата преку јавна објава и се враќа доставата уредена во Законот за парничната постапка.

-Се менуваат условите за именување на заменик-нотар, за помошник-нотар, за нотарски стручен соработник и нотарски приправник и речиси во целост се враќаат поранешните законски решенија.

-Се укинува Регистарот на полномошна.

-Се укинува задолжителното присуство на адвокат за секој од учесниците во оставинска постапка.

Всушност со оваа измена ќе се испочитува принципот дека оставинската постапка треба да се спроведува според правилата на Законот за вонпарничната постапка, како системски закон кој ја уредува таа материја и да им се остави на учесниците – наследниците кои се деловно способни по своја слободна волја да одлучат дали ќе ги застапува во оставинската постапка адвокат како полномошник или самите ќе ги остваруваат своите права пред нотарот како што тоа го прават пред судот, која е неспорна постапка и во која воопшто не е оправдано да се зголемуваат трошоците на граѓаните и истата да се одолговлекува.

-Се намалува рокот на застареност на поведување на дисциплинска постапка, се врши измена во делот на дисциплинските мерки и се намалува висината и се менува концептот на изречените парични казни и повторно се воведува второстепен дисциплински орган, кој ќе биде во рамките на Комората, составен од двајца членови на Управен одбор и тројца судии од апелационите судови.

-Се враќа поранешниот начин на полагање на нотарскиот испит и се укинуваат квалификациониот нотарски испит, испитот за рангирање нотар,

испит за заменик нотар, помошник нотар, нотарски стручен соработник и стручен испит за проверка на знаењата.

Покрај набројаните предлог решенија, Предлог законот содржи и други бројни измени и дополнувања, со кои главно се врши техничко уредување и усогласување на нормираноста на одредени одредби.

Иако се очекуваше дека вака предложениот Предлог закон за кратко време ќе влезе во собраниска процедура, сепак активностите запреа, па до денес се уште не е процесуиран од страна на надлежните органи.

Но, при евентуално догледно и брзо активирање на започнатиот процес за донесување на предложениот закон, од аспект на уставност законодавецот посбено би требало да ги има предвид одлуката на Уставниот суд на РМ од 22.1.2003 година¹⁹ со која се укинаа членови од Законот за адвокатурата, со кои адвокатот беше прогласена за единствено и исклучиво надлежен за давање на правна помош и фактот дека идентични одредби за задолжителност од адвокат, содржеше и Законот за извршување од 2016 година, кои се укинаа со одлука на Уставниот суд на РМ од 24.1.2018 година²⁰ бидејќи не се во согласност со Уставот и не наоѓаат уставно оправдување од аспект на принципот на еднаквост на граѓаните пред Уставот и законите.

IV. Заклучок

Во досегашното постоење, нотаријатот како основен столб на превентивната правда во граѓанското право, успешно ја обезбедуваше правната сигурност на граѓаните и позитивно се одрази на севкупното функционирање

¹⁹ Одлуката на Уставниот суд на РМ, У.бр. 134/2002 е објавена во Службен весник на Република Македонија бр. 10 од 18.2.2003 год.

²⁰ Одлуката на Уставниот суд на РМ, У.бр. 135/2016 е објавена во Службен весник на Република Македонија бр. 26 од 8.2.2018 год., која произведува правно дејство од денот на објавувањето во Службен весник. Според оценката на судот задолжителното инволвирање на адвокатите во правната работа на граѓани и правни лица пред извршителите, значи забрана за граѓаните и правните лица да можат сами да ги вршат дејствијата за составување на поднесоците пред извршителите, потоа дека се воспоставува нерамноправен односно различен третман на граѓаните и правните лица кога за едни се бара а за други не се бара задолжително учество на адвокат – во зависност од вредноста на предметот, дека има граѓани кои се правно квалификувани (професори, судии и други) и способни сами за себе да преземат дејствие за составување на конкретен поднесок, а правните лица преку своите правни застапници со правни квалификации и вработени кај нив, се доволно стручни и правни квалификувани да можат самостојно да ги штитат своите права и интереси.

на правосудниот систем на Република Македонија, што доведе до значително растоварување на судството од огромниот баланс на вонпроцесни работи. Од особено значење е тоа што во вистинска смисла дојде до израз сдиспозицијата на субјектите во однос на доверувањето и преземањето на нотарските дејствија.

И покрај тоа што целта за донесува на актуелниот Закон за нотаријатот беше зголемување на правната сигурност и приближување до европските стандарди и норми, сепак за релативно кратко време по неговата примена, одредени законски решенија кои не ги познава ниеден правен систем во светот, предизвикаа негативни ефекти кои директно се рефлектираа на целокупниот правен промет и живот во државата. Главните негативни ефекти се повредата на загарантираното со Устав право на слободна диспозиција на граѓаните, значително отежнување и обременување на постапките пред нотар, финансиски импликации на товар на граѓаните и правните субјекти и разлишување на правната сигурност како еден од темелите за владеење на правото.

Ваквите правни последици беа констатирани од страна на предлагачот на Законот за нотаријатот, кој имајќи ги предвид дадените забелешки, препораки и укажувања од меѓународниот фактор, започна просец на негово изменување и дополнување, кој би требало да се заокружи во насока на враќање на првобитната состојба на нотаријатот и овозможување правниот промет на недвижностите и правата во државата да се одвива по слободен избор на странките согласно основниот принцип во граѓанското право - слободна диспозицијата на волја на странките.

ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА ЗАПОСЛЕНИХ И КАНДИДАТА ЗА ЗАПОСЛЕЊЕ**

UDK: 342.738:331.101.264.2]:341.24
342.738:331.101.264.2]:340.13(497.11)
Original research paper

Апстракт: У области запошљавања и радних односа прикупљају се бројни подаци о личности радника и то, по правилу, током дужег временског периода. Послодавци, из различитих разлога, прикупљају податке о запосленима и кандидатима за заснивање радног односа, а пре свега ради испуњења уговорних или законских обавеза, као и ради задовољења својих легитимних интереса. Прикупљање и обрада одговарајућих података повезана је са ризиком повреде приватности запослених, али и ризиком повреде њиховог права на достојанство. У складу са наведеним, аутор у раду анализира међународни и национални правни оквир за заштиту личних података у контексту радног права, са посебним освртом на питања правног основа и услова допуштености обраде личних података запослених и кандидата за запослење. Циљ рада јесте потврђивање хипотезе према којој запослени не губи приватност доласком на радно место па, у складу са тим, ужива право на заштиту личних података у односу на послодавца, при чему се ово право запосленог, као и свако друго људско право, може ограничити под одређеним условима односно, уз примену одговарајућих принципа.

Кључне речи: заштита личних података, радни односи, запослени

Увод

Брзо усвајање нових информационих технологија на радном месту може бити корисно у откривању или спречавању губитака интелектуалне или материјалне имовине послодавца, побољшању продуктивности

* Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу, marijad@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Републике Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

рада запослених, повећању безбедности и личне сигурности на раду, као и остваривању других легитимних интереса послодавца. Међутим, савремени развој науке и технологије истовремено отвара раније неслућене могућности задирања у најинтимније делове живота запослених. Овоме, свакако, доприноси и чињеница да битна обележја радног односа представљају додатне факторе ризика по приватни живот запосленог, будући да послодавац не може своја овлашћења вршити у целости а да, притом, не ограничи право запосленог на приватност.¹ Проблем постаје сложенији узме ли се у обзир да многи законодавци у матичним законима за област радних односа уређују само најосновније аспекте заштите података о личности, док, с друге стране, у законима који утврђују општа начела заштите података о личности постављају само генералне принципе и правила, без идентификације и уређивања проблема својствених области запошљавања и радних односа. Одговарајуће законске одредбе, стога, нису у стању да обезбеде потпуну заштиту осетљивих и других података о личности у области запошљавања и радних односа. Сагласно томе, аутор у раду анализира питања правног основа и услова дозвољености обраде личних података запослених и кандидата за запослење, те границе задирања у људска права запослених, пре свега права на приватност и достојанство личности. На основу анализе међународних и националних правних стандарда у области заштите личних података, долази се до закључка да се запослени на радном месту не одриче своје приватности, али да послодавац има могућност да, у одређеној мери, ограничи право запосленог на заштиту података када је то неопходно за постизање легитимног циља, извршење уговорних и законских обавеза, али само под одређеним правилима, и уз поштовање одређених принципа.

1. Општа питања права запосленог и кандидата за запослење на приватност

Право на приватност спада у групу основних (грађанских) права човека која имају за циљ заштиту моралног и душевног интегритета и достојанства људске личности. “Сврстава се у ред *личних права* која представљају изразит феномен нашег времена и односа својствених ери индустријске цивилизације, наглог техничког прогреса и

¹ Ковач-Орландић, М, *Право запосленог на приватност и његова заштита*, докторска дисертација, Београд, 2018, 50.

комерцијализације људске личности”.² Сваки појединац има право да пажљиво чува своју интимну сферу од очију јавности (других), чиме уједно штити и лично достојанство.³ *Приватност и приватни живот* (енг. *privacy/private life*, фр. *vie privé*) могу се дефинисати на различите начине, при чему се ова два појма у европској литератури углавном поистовећују, иако, чини се, нема основа за стављање знака једнакости између њих.⁴ Уместо тога, примереније је сматрати их сродним појмовима, будући да, за разлику од (права на) приватни живот које у фокусу има суверену сферу живота појединца (коју чини скуп приватних обележја човека, његових поступака и података о њему),⁵ (право на) приватност у својој сржи има слободу од контроле или доминације других лица.⁶ Приватност подразумева право појединца да одлучи које информације о њему могу да се открију другима, као и да одлучи на који начин ће се информације о његовој личности прикупљати и у коју сврху ће се оне користити.⁷

Заштитити приватни живот појединца, његову интиму и породицу један је од највећих изазова савремених правних система. Употреба информационе технологије створила је неограничене могућности за концентрацију података, њихово груписање и претраживање по разним

² *Ibid*, 23.

³ *Ibidem*.

⁴ Ковачевић, Љ, Радни однос и право на поштовање приватног живота, у: Шундерић, Б, Лубарда, Б. и Јовановић, П. (прир), *Остваривање и заштита социјалних права - зборник радова са Саветовања правника*, Београд, 2010, 169.

⁵ Ђукић, Д, Заштита података о личности са освртом на ново законодавство Европске уније у овој области, *Правни записи*, Правни факултет Универзитета Унион, 2017, бр.1, 50.

⁶ Ковачевић, Љ, *op. cit.*, 169.

⁷ Westin F, A, Social and Political Dimensions of Privacy, *Journal of Social Issues*, 59(2)/2003. 432. Најранија правна анализа концепта приватности, дата у раду “Право на приватност” америчких судија Семјуела Ворена и Луиса Брандајса крајем XIX века, “право приватности” одређује као “право појединца да буде остављен на миру”. Види: Warren D, S. Brandeis D, Louis, The Right to Privacy, *Harvard Law Review IV*, 5(1890), 195. Ова тзв. класична концепција приватности, иако представља камен темељац теоријском изучавању права на приватност, временом је постала превазиђена. Нове, савремене, концепције приватности које посматрају приватност као активну, а не пасивну вредност - као право на контролу информација о свом животу, а не само као забрану од упада других у приватни живот. Приватност појединца се сада посматра као право да сам одреди када, како и у којој мери ће информације о себи саопштавати другим лицима. Он има право да контролише ко користи информације о њему, када, у које сврхе, да ли има овлашћења за то, да ли је дошло до промена тих информација, зашто итд. Димитријевић, П, Правна регулатива електронске комуникације и право на приватност, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву*. 2011, 203-204.

обележјима, као и могућност коришћења од стране широког круга корисника.⁸ То ствара неслућене могућности за насртаје на приватни живот грађана. Међутим, поред ових (општих) ризика по приватни живот појединца, за приватни живот запосленог постоје и други, додатни. У питању су ризици који извиру из саме природе радног односа који се по својим основним карактеристикама разликује од било код другог уговором успостављеног односа.⁹ “У том смислу, *правна субординација, лично извршавање рада, добровољност и плаћеност рада*, као битна обележја радног односа, представљају додатне генераторе ризика по приватни живот запосленог и отежавају примену основних принципа који се тичу ограничења права на приватност.”¹⁰ Довољно је да се подсетимо да се основна обавеза запосленог састоји у обављању послова по налогу послодавца у просторијама, које, по правилу, припадају послодавцу, па да се пред нама укаже чињеница да се послодавчева овлашћења за организацију, управљање и контролу рада сударају са правом запосленог на поштовање приватног живота.¹¹ Вршење послодавчевих овлашћења некада укључује право послодавца да тестира запосленог и процењује његове радне способности, да врши повремено видео-надзор над запосленима и средствима за рад, а изузетно и да захтева од запосленог одговарајуће понашање изван радног времена и места рада. Јасно је, отуда, да послодавац своја овлашћења не може вршити у целости, а да при том не ограничи право запосленог на приватност, због чега правна субординација, као незаобилазно обележје радног односа, представља највећи ризик по приватни живот запосленог.¹² Овај ризик добија на интезивности са технолошким развојем, којим је послодавцима омогућено да у вршењу управљачких овлашћења све више користе различите технологије за пренос и обраду података.

Овлашћења послодавца нису, међутим, неограничена. Између *права* запосленог на приватни живот и послодавчеве *власти* постоји одређена условљеност, будући да, у истој мери у којој послодавчева (управљачка, нормативна и дисциплинска) власт представља *ризик* за приватни живот запосленог, и право запосленог на приватност представља *границу* власти послодавца на радном месту.¹³ Отуда се као централни проблем у анализи заштите приватности запосленог намеће питање обима његовог ограничења.

⁸ Димитријевић, П, *op. cit.*, 203.

⁹ Ковач-Орландић, М, *op. cit.*, 49.

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ Ковачевић, Љ, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2013, 494.

¹² Ковач-Орландић, М, *op. cit.*, 50.

¹³ *Ibidem.*

Основна претпоставка успешне анализе наведеног питања јесте одређивање круга лица која се сматрају титуларом права, те одређивање шта је предмет заштите овог права.¹⁴ *Субјект права на приватност* у оквиру радног права, у првом реду, је запослени (енг. *employee*), односно радник (енг. *worker*). У намери да се приватност гарантује што ширем кругу лица, субјектом права на приватност сматра се *радник*, као појам који поред лица у радном односу - запосленог, обухвата и сва друга лица која су радноангажована у различитим облицима флексибилног радног ангажовања - нпр. радници који обављају допунски рад, привремене и повремене послове, лица која се нађу код послодавца на основу стручног усавршавања или оспособљавања, волонтери итд.¹⁵ Овај појам мора укључити и бивше запослене и кандидате за запослење, будући да се и њихови подаци могу обрађивати у одговарајуће сврхе. Стога се, у овом раду, појам запослени (радник) користи као општи и генерички и подразумева све оне који су по било ком основу (били) ангажовани да раде код послодавца. У одређеној мери укључује и оне које теорија радног права означава као “слично-запослене” (енг. *self-employed*).¹⁶ Будући да право на приватност спада у ред људских права која нису по својој природи строго везана за физичко лице, и удружење радника (синдикат) може бити титулар овог права. *Објект права на приватност* је приватни живот запосленог, као простор у који улазе личне (интимне) ствари које појединац жели задржати заштићене и које према природи ствари или према моралним и другим устаљеним правилима понашања у друштву вреде као такве (здравствено стање, записи, тајни разговори блиских људи итд).¹⁷

2. Заштита података о личности као радноправни проблем

Лични подаци представљају само сегмент права на приватност. Њихова заштита је најразвијенији део заштите приватности захваљујући томе што се, са интензивним развојем софистицираних средстава обраде

¹⁴ Ковач-Орландић, М, *op. cit.*, 41.

¹⁵ Лубарда, Б, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2013, 55-56.

¹⁶ У немачком праву својство “слично-запослених” признато је уметницима, писцима и новинарима - слободним сарадницима мас-медија (за које је довољно да остварују две трећине примања (дохотка) од једног лица или институције). Лубарда, *op. cit.*, 60.

¹⁷ Тратар, Б, *Правна особа (persona ficta) као титулар људског права на приватност - у Словенији и компаративно*, *Правни вјесник: часопис за правне и друштвене знаности Правног факултета Свеучилишта Ј.Ј. Стрпсмайера у Осцијеку*, 2017, 12.

података 80-их година прошлог века, убрзано развија и идеја о потреби заштите личних података. Лични податак је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена (папир, трака, филм, електронски медиј).¹⁸ Под *личним податком радника*, Међународна организација рада, подразумева сваку информацију у вези са одређеним или одредивим радником.¹⁹ У области радних односа обрада личних података је присутна у великој мери, при чему, послодавци и запослени често нису свесни да многе активности које рутински и свакодневно предузимају укључују обраду личних података. Будући да свака обрада личних података са собом носи и ризик повреде приватног живота запосленог, она се треба одвијати по одређеним правилима, и уз поштовање одређених принципа.

3. Правни режим заштите личних података запосленог и кандидата за запослења

Правни стандарди који се односе на заштиту личних података могу се поделити на међународне и националне. И на једном, и на другом нивоу, много је више аката који област заштите података уређују генерално, уз само поједине одредбе о заштити података запослених.²⁰

3.1. Међународни стандарди о заштити личних података запослених

Међу првим организацијама које су донеле посебан документ о заштити личних података била је Организација за економску сарадњу и развој (OECD), која је још 1980. године усвојила *Смернице за заштиту приватности и прекогранични ток личних података* (ревидиране 2013.)²¹, без посебних одредаба о заштити права запослених.²²

Међународна организација рада питање заштите података

¹⁸ Прица, М, Ограничавање приватности државном интервенцијом заснованој на примени информационих технологија, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, (LXII)2012, 446.

¹⁹ International Labour Organization, *Protection of workers' personal data*, An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997, тач. 3.1.

²⁰ Јашаревић, С, Нове тенденције у области заштите личних података на раду у међународном праву, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2016, 76.

²¹ *Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), Paris, 1981.

²² *Ibidem*.

запослених није уређивала конвенцијама ни препорукама, већ је 1997. године сачинила *Кодекс праксе о заштити личних података радника*.²³ Сврха овог Кодекса је да пружи смернице о заштити личних података радника. Као кодекс праксе, он нема никакву обавезујућу снагу, већ је његова примена добровољна. Кодекс не замењује националне законе, прописе, међународне стандарде рада или друге прихваћене стандарде. Може се користити у развоју законодавства, прописа, колективних уговора, радних правила, политика и практичних мера на нивоу предузећа.²⁴

У развоју правне заштите личних података у свету највише су предњачили Савет Европе и Европска унија.

Савет Европе право на заштиту личних података изводи из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода из 1950. године (чл. 8, “Право на поштовање приватног и породичног живота”).²⁵ На основу тога, 1981. године Савет је усвојио Конвенцију о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података.²⁶ Поред тога, Савет је донео већи број докумената о заштити личних података, међу којима је за

²³ *Protection of workers' personal data, An ILO code of practice.*

²⁴ *Ibid*, тач. 2.

²⁵ Према чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода: “Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавна власт се не меша у уживање овог права, осим ако је такво мешање предвиђено законом, и ако је то нужна мера у демократском друштву, у интересу националне сигурности, јавне сигурности и економске добробити земље, спречавање нереда или спречавање злочина, заштите здравља и морала, или заштите права и слобода других”. Откривању значења гаранције права на поштовање приватног живота у значајној мери су допринела правна схватања Европског суда за људска права у Стразбуру. Суд није никада понудио јасну и прецизну дефиницију појма приватног живота, већ је од случаја до случаја препознавао ситуације које спадају у овај појам. Roagna, I, *Заштита права на поштовање приватног и породичног живота, у складу са Европском конвенцијом о људским правима*, Вијеће Европе, Стразбур, 2012, 14.

²⁶ Конвенција за заштиту лица у односу на аутоматску обраду личних података утврђује основна начела за заштиту личних података грађана. Тако се у поглављу II наводи како лични подаци који се аутоматски обрађују: (а) лојално се и законито добијају и обрађују, (б) унети су за тачно утврђене и легитимне сврхе и не користе се ненаменски, (ц) адекватни су, релевантни и одговарајућег обима у односу на сврхе за које су и унети, (д) брижљиво су сложени и, када је потребно, благовремени, (д) похрањени су у облику који омогућује идентификацију заинтересованих лица у периоду који не премашује онај неопходан период за сврхе за које су и похрањени (чл. 5 Конвенције). Лични подаци у вези са расним пореклом, политичким опредељењем, верским убеђењем или неком другом врстом убеђења, као и лични подаци у вези са здравственим стањем или сексуалним животом могу се аутоматски обрађивати само у случају да домаће законодавство за то предвиђа одговарајуће гаранције. Исти је случај и са личним подацима из казнене евиденције (чл. 6 Конвенције). Одговарајуће безбедносне мере

радно право најважнија Препорука бр. 89(2) о заштити личних података који се употребљавају у области радних односа.²⁷

Велику пажњу заштити личних података посветила је и Европска унија. По угледу на документе СЕ, Унија је 1995. године усвојила Директиву бр. 95/46 о заштити лица у погледу коришћења њихових личних података и о слободном кретању таквих података²⁸. Поред тога, усвојене су и: Директива у вези обраде личних података и заштите приватности у електронском комуникационом сектору (2002/58/ЕЗ од 12. јула 2002. године); Директива о задржавању генерисаних или обрађених података у вези са обрадом у јавности расположивих електронских комуникационих сервиса или јавне комуникационе мреже и допуне (2002/58/ЕЗ и 2006/24/ЕЗ од 15. марта 2006. године); Директива у вези са обрадом личних података и заштитом приватности у телекомуникационом сектору (97/66/

предузимају се за заштиту личних података похрањених у аутоматизованим збиркама од случајног или неодобреног уништења или од случајног губитка, као и од неодобреног коришћења, уношења измена или дифузије (чл. 7 Конвенције). Према одредбама Конвенције, свако лице мора бити у могућности: (а) да буде обавештено о постојању аутоматизоване збирке са личним подацима, њеној основној сврси, као и о идентитету и сталној адреси или пак адреси седишта фирме у којој је запослен руковалац збирке, (б) да добија у разумним интервалима и без претераних рокова или трошкова потврду о постојању или не, у аутоматизованој збирци личних података који се на њега односе, као и да му се ти подаци доставе у разумљивом облику, (ц) да се, према потреби, избори за исправку тих података или за њихово брисање кад су обрађени противно одредбама домаћег законодавства у којим су садржана основна начела прописана у чл. 5. и 6. ове конвенције, (д) да може поднети жалбу у случају да није добио одговор на захтев да му се потврди или, по потреби, достави, исправи или избрише неки податак као што је то назначено под (б) и (ц) овог члана. Могуће је одступити од одредаба из чл. 5, 6. и 8. ове конвенције кад такво одступање, предвиђено законом односне стране уговорнице, представља неопходну меру у једном демократском друштву; (а) за заштиту безбедности једне државе, за јавну безбедност, за монетарне интересе државе или за сузбијање кривичних дела; (б) за заштиту субјекта података и права и слобода других. Наведена Конвенција је саставни део правног поретка Републике Србије, а имплементирана је доношењем Закона о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података («Сл. лист СРЈ - Међународни уговори», бр. 1/91, «Сл. лист СЦГ - Међународни уговори», бр. 11/2005 - др. закон и «Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 98/2008 - др. закон и 12/2010).

²⁷ Recommendation No. R(89) 2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes, 18 January 1989.

²⁸ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (*Official Journal*, L 281, 23. новембар 1995, 31-50). Иако се у Директиви о заштити личних података радни односи помињу само у чл. 8 ст. 2, њене су одредбе послужиле као темељ на бази кога је Радна група ЕУ за заштиту података 2001. године усвојила Мишљење бр.8/2011 о процесуирању личних података у контексту запослења. Види: Јашаревић, С, *op.cit.*, 79.

ЕЗ од 15. децембра 1997. године); Оквирна одлука о заштити личних података који се обрађују у оквиру полицијске и правне сарадње у кривичним стварима (2008/977/ЈХА).²⁹

У циљу унапређења ове области Европска унија је 2016. године донела Општу уредбу (Европског парламента и Савета Европске уније) о заштити лица у вези са обрадом података о личности и слободном кретању таквих података и стављању ван снаге Директиве 95/46/ЕЗ.³⁰ Општа уредба је почела да се примењује 25. маја 2018. године. *Ratio legis* њеног доношења је подизање нивоа поверења корисника из Европске уније у сервисе информационог друштва, уз заштиту њихових фундаменталних права. Ова уредба је заменила Директиву из 1995. године, од које је и далеко обимнија (Директива има 34 члана, док Општа уредба има 99 чланова). С обзиром да је у питању уредба, а не директива, она има директну примену у свим државама чланицама ЕУ и неће захтевати појединачно имплементирање кроз националне прописе. Велика новина јесте прописивање да ће се уредба примењивати независно од тога да ли се обрада врши унутар ЕУ и да ли руковалац има седиште у некој од држава чланица ЕУ. Да би се Уредба применила, довољно је да субјект који обрађује податке има у својој збирци и податке који се односе на лице које је држављанин неке од чланица ЕУ.

Решења садржана у Општој уредби представљају наставак политике на којој је заснована директива, с тим што се, после двадесетогодишње праксе њене примене, одређена решења осавремењују и уводе се нова, да би се повећала правна сигурност појединаца у вези са обрадом њихових података, како би дошло до јачања поверења у руковоаце и обрађиваче података и до несметаног кретања података на традиционалном, као и на дигиталном тржишту, од чега би, повратно, корист имали и сами руковоаци и обрађивачи података, у виду бољих пословних резултата. Томе треба да допринесе: јединствен, односно усклађен правни оквир и усклађена примена прописа на читавој територији ЕУ; једнаки услови пословања за све привредне субјекте који послују на тржишту ЕУ; већа контрола појединаца над подацима који се односе на њих; виши ниво заштите у случају повреде заштите података; јасније дефинисане обавезе и одговорност руковоаца и обрађивача података; прецизнија

²⁹ Нав. према чл. 5 Стратегије заштите података о личности ("Сл. гласник РС", бр. 58/2010).

³⁰ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC - General Data Protection Regulation, (*Official Journal of the European Union*, L 119/1, 4. мај 2016, 1-88)

правила за случај да се подаци износе изван ЕУ итд.³¹

Према чл. 2 Опште уредбе овај пропис се примењује на обраду података о личности која се у целости или делимично обавља аутоматски и на неаутоматизовану обраду података о личности који чине део збирке података или су намењени збирци података. Општа уредба се не примењује на обраду података о личности која није предмет непосредне надлежности Европске уније као што је надлежност органа у погледу спречавања или откривања кривичних дела, спровођења истраге, гоњења за кривична дела или извршења кривичних санкција, укључујући и заштиту јавне безбедности. Ова материја предмет је једног другог прописа (видети Директиву (ЕУ) 2016/680 о заштити појединаца у вези с обрадом података о личности од стране надлежних тела у сврхе спречавања, истраге, откривања или прогона казnenих дела или извршавања казnenих санкција и о слободном кретању таквих података.) Општа уредба се такође не примењује на обраду података о личности коју врши физичко лице приликом искључиво личне или кућне активности.³²

Посебни режим правила односи се на случајеве обраде података у сврху архивирања у јавном интересу, научног или историјског истраживања, као и у статистичке сврхе, као и када је у питању остваривања права на приступ информацијама, или уопште однос права на заштиту података о личности и слободе изражавања.

³¹ “Најчешће поставена питања у вези са применом Опште уредбе о заштити података (GDPR)”, доступно на: <https://www.poverenik.rs/sr-yu/publikacije/prirucnici/2868-naјчешће-поставена-питања-у-вези-са-применом-опште-уредбе-о-заштити-података.html>

³² Одговор на питање да ли се Општа уредба примењује на правна лица из Србије зависиће од тога да ли она нуде робу или услуге појединцима на територији ЕУ или пак прате понашање појединаца који су на тој територији. Наиме, према чл. 3 Опште уредбе она се примењује на обраду података о личности у оквиру активности руковалаца или обрађивача који имају седиште у Европској унији, независно од тога да ли се обрада врши у Унији или не, дакле, независно од тога чији се подаци о личности обрађују. Даље, Општа уредба се примењује на обраду података о личности коју врши руковалац или обрађивач који нема седиште у ЕУ, а врши обраду података о личности лица у ЕУ, ако су активности обраде повезане са: А) нуђењем робе или услуга независно од тога да ли лице на које се подаци односе треба да изврши плаћање, В) праћењем њиховог понашања, под условом да се њихово понашање одвија унутар Уније. Важно је истаћи да није од значаја да ли лице на које се подаци односе има држављанство неке од држава чланица ЕУ или не, ово се односи на сва лица која су у Унији. Члан 3. такође прописује да се Општа уредба примењује на обраду података о личности коју врши руковалац који нема седиште у Унији, већ у месту где се право неке од држава чланица примењује на основу међународног јавног права. То би примера ради била дипломатска представништва.

4.2. Национални стандарди заштити личних података запослених

Национални прописи посвећени искључиво заштити личних података запослених су ретки. Прва земља ЕУ која је увела право радника на заштиту података у предузећу била је Француска (Закон бр. 82-689 од 4. августа 1982.), а потом је слично поступила и Шпанија, 1995. године.³³ Међутим, прва и за сада једина држава која је донела посебан Закон о заштити приватности у радним односима је Финска, која је то учинила 8. јуна 2001. године.³⁴

Уместо посебног прописа посвећеног заштити личних података запослених, много чешћи случај у упоредном праву је да одредбе о заштити личних података запослених буду укључене у опште законе о заштити података, у законе о раду, друге посебне законе или колективне уговоре.³⁵ Притом, многи законодавци у матичним законима за област радних односа уређују само основне аспекте заштите података о личности, док у законима који утврђују општа начела заштите података о личности, по правилу, не уносе правила о заштити личних података радника. Ови правни прописи, уместо тога, уређују опште принципе који се примењују и на случајеве прикупљања и обраде личних података кандидата за запослење и запослених, без упуштања у идентификацију и уређивање проблема својствених области запошљавања и радних односа.

Одређена обележја наведеног приступа на снази су и у нашем важећем праву. Темељ заштите личних података код нас постављен је Уставом Републике Србије³⁶ чијим одредбама је зајемчена заштита података о личности (чл. 42 ст. 1), са произилазећим правом свакога да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, као и правом на судску заштиту због њихове злоупотребе (чл. 42 ст. 4). Уставом се забрањује и кажњава употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на

³³ Јашаревић, С, *op.cit.*, 81.

³⁴ Кривокапић, Б, *Увод у право Финске*, Институт за упоредно право, Београд, 2005, 563-567. Према чл. 1 финског Закона о заштити приватности у радним односима сврха његовог доношења је имплементација права на заштиту приватног живота и других основних права којима се штити приватност и подстицање развоја и поштовања добре праксе коришћења података, када се лични подаци користе у радним односима.

³⁵ Ковачевић, Љ, Радни однос и право на поштовање приватног живота, у: Шундерић, Б, Лубарда, Б. и Јовановић, П. (прир), *Остваривање и заштита социјалних права - зборник радова са Саветовања правника*, Београд, 2010, 166.

³⁶ Устав Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006), чл. 42 ст. 1-4.

начин предвиђен законом (чл. 42 ст. 3).

Право на заштиту личних података запослених у радно законодавство наше земље уведено је Законом о раду из 2005. године³⁷. Попут преовлађујућег упоредноправног решења, и домаћи законодавац не гарантује непосредну свеобухватну радноправну заштиту приватног живота запослених, већ то чини посредно - кроз заштиту личног интегритета запослених³⁸, с тим што Закон о раду садржи и одредбе које непосредно штите одређене аспекте приватног живота запосленог, као што је то случај са заштитом личних података запослених и забраном да се од кандидата за запослење захтевају подаци о породичном статусу и планирању породице, као и докази који нису од непосредног значаја за обављање послова за које је расписан оглас или конкурс.³⁹

Поред наведеног прописа, за област заштите податка о личности радника, значајан је и Закон о евиденцијама у области рада⁴⁰. Овим законом уређују се врсте, садржај и начин вођења евиденција у области рада, као и начин прикупљања, обраде, коришћења и заштите података из тих евиденција. У области рада установљавају се: 1) евиденција о запосленим лицима⁴¹; 2) евиденција о слободним радним местима; 3) евиденција о незапосленим лицима; 4) евиденција о зарадама запослених лица; 5) евиденција о понудама страних послодаваца за запошљавање грађана наше државе у иностранству; 6) евиденција о грађанима

37 Закон о раду ("Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017).

38 Чл. 12 ст. 1 Закона о раду.

39 Чл. 26 ст. 2-3 и чл. 83 Закона о раду.

40 Закон о евиденцијама у области рада ("Сл. лист СРЈ", бр. 46/96 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон и 36/2009 - др. закон).

41 Евиденција о запосленим лицима садржи: 1) презиме и име; 2) матични број; 3) пол; 4) датум и место рођења (место, општина, република, држава); 5) пребивалиште и адресу стана; 6) место рада (место, општина, република, држава); 7) назив и адресу послодавца; 8) делатност послодавца; 9) занимање; 10) врсту и степен стручне спреме; 11) оспособљеност за обављање одређених послова; 12) назив радног места; 13) радно време - у часовима (недељно); 14) трајање запослења и врсте послова до ступања на рад код послодавца; 15) врста радног односа (на одређено или неодређено време, по уговору о повременим или привременим пословима, по уговору о улагању страног лица); 16) основ упућивања на привремени рад у иностранство (извођење инвестиционих радова, пословно-техничка сарадња и др.) и трајање рада; 17) назив послодавца код кога је запослено лице у допунском раду; 18) да ли је запослено лице заинтересовано за промену посла; 19) да ли је инвалид рада или уживалац пензије; 20) податке о осигураним члановима породице; 21) податке о коришћењу права за време привремене неспособности или спречености за рад; 22) податке о трајању плаћеног одсуства због смањења пословања; 23) датум заснивања радног односа; 24) датум престанка радног односа; 25) разлог престанка радног односа, чл. 5 Закона.

Републике Србије на раду у иностранству; 7) евиденција о запосленим и незапосленим страним држављанима и лицима без држављанства у Републици Србији.⁴²

Остала питања у овој области регулисана су Законом о заштити података о личности (даље у тексту - ЗЗПЛ)⁴³ који је, на темељу наведених уставних одредби, усвојен крајем 2008. године, а почео да се примењује од 1. јануара 2009. године. Од почетка примене, ЗЗПЛ је, према извештајима Европске комисије о напретку Републике Србије, оцењиван као делимично усклађен. На неусклађеност ЗЗПЛ детаљно је указано у неколико званичних анализа, укључујући и Анализу стручњака ангажованих од стране Европске комисије из 2009. године, као и Анализу Еуроџаста (*Eurojust*) достављену министарству надлежном за провосуђе у јануару 2012. године.⁴⁴

Међутим, измене које би за циљ имале, пре свега, успостављање основа за заштиту права лица са јасним обавезама и одговорностима руковалаца и обрађивача података, али и усклађивање националног прописа са правним тековинама Европске уније – нису уследиле. Главни недостаци важећег закона огледају се у, примера ради, немогућности примене у постојећим информационим комуникационим технологијама чија употреба постаје све неминовнија; затим у потпуној неуређености значајних области као што су видео-надзор или обрада биометријских података; неадекватно уређеном поступку остваривања права на заштиту података о личности и неуређеном поступку изношења података о личности. Такође, недостаци су изражени и у непотпуном уређењу одговорности у случају кршења права лица, као и у случају неиспуњавања законских обавеза. Безбедност података је потпуно неадекватно уређена, а недостаје и обавеза анализе ризика по права лица у случају појединих

⁴² Чл. 2 Закона о евиденцијама у области рада.

⁴³ Закон о заштити података о личности („Сл. гласник РС“, бр. 97/08, 104/09 - др. закон 68/12,- одлука УС и 107/12).

⁴⁴ И поред почетне неусклађености, текст важећег закона није значајно мењан током више од седам година примене. Први пут је мењан због неусаглашености са Уставом Републике Србије, када је Уставни суд донео одлуку по предлогу за оцену уставности појединих одредаба Закона, који је поднео Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, као орган у чијој је надлежности надзор над заштитом података о личности. Други пут Закон је измењен од стране законодавца, допуном у погледу дозвољености промене сврхе обраде података о личности. Нажалост, пракса је показала да је ова допуна допринела још тежој примени Закона, супротно намери законодавца. Видети: Финална верзија модела Закона о заштити података Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности доступно на: <https://www.poverenik.rs/sr/модел-закона-о-заштити-података-о-личности.html>.

обрада које могу озбиљно угрозити права лица, и обавеза руковалаца да Поверенику пријаве продор у безбедност података. Истовремено, неопходно је увести нове институте у режим заштите података а који се превасходно односе на лица задужена за заштиту података код руковалаца посебних врста или који обрађују податке о личности већег броја лица или који обрађују посебне категорије података.⁴⁵

Влада Републике Србије је 25. септембра 2018. године утврдила и доставила Народној скупштини Предлог Закона о заштити података о личности.⁴⁶ Предлог је још увек у скупштинској процедури, те остаје да се види каква ће бити најновија законска решења у овој изузетно значајној правној области.⁴⁷

⁴⁵ *Ibidem.*

⁴⁶ Потреба доношења новог закона, препозната је још средином 2012. године када је, у ту сврху, Влада формирала међуресорску радну групу. Међутим, рад те Радне групе није резултирао било каквим ефектом. Настојећи да помогне, Повереник је у другој половини 2014. године припремио и ставио Влади на располагање комплетан Модел новог закона. Влада је у Акционом плану за Поглавље 23 утврдила да ће нови закон бити донет до краја 2015. године и то на основу Модела који је припремио Повереник. Међутим, закон ипак није донет, а Нацрт закона о заштити података о личности који је презентирало Министарство правде скоро да није имао никаквих додирних тачака са моделом Повереника и био је испод минимално потребног нивоа. У међувремену, у ЕУ је дошло до крупних, капиталних промена, у области заштите података о личности - усвојена је Општа уредба о заштити података о личности. Ово је за последицу имало потребу иновирања Модела који је Повереник припремио.

⁴⁷ Предлагач закона - Министарство правде је пре утврђивања Предлога тражило мишљење Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности на Нацрт закона о заштити података о личности. Повереник је дао тражено мишљење које је изразито негативно и указује на бројне мањкавости, нелогичности и недоследности Нацрта Закона. Имајући у виду да мишљење Повереника није уважено, он се писмом обратио народним посланицима, наводећи да је разлог његовог непосредног обраћања посебан разлог, нешто што и иначе изузетно лош Предлог закона чини још лошијим, Наиме, иако је у Нацрту закона, у чл. 40 исправно стајало да се права могу ограничити законом ако та ограничења не задиру у суштину основних права и слобода и ако је то неопходно и представља сразмерну меру у демократском друштву, из текста Предлога закона, без било каквог смисла и разумног објашњење, реч "законом" је избрисана. Повереник је упозорио да ће, ако се у скупштинској процедури не измени, овакво решење водити урушавању правног система и озбиљно нарушити принцип владавине права имајући у виду да је у потпуној супротности са Уставом, законом и међународним актима. Видети: Поверениково писмо посланицима поводом члана 40 Предлога Закона о заштити података о личности, доступно на: <https://www.poverenik.rs/sr/caonштења/2952-поверениково-писмо-посланицима-поводом-члана-40-предлога-Закона-о-заштити-података-о-личности.html>

4. Дозвољеност обраде података о личности запосленог и кандидата за запослење

Обрада података је свака радња предузета у вези са подацима као што су: прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, чување, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање (прилагођавање), мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чијење доступним, прикривање, измештање и на други начин чијење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски или на други начин.⁴⁸

ЗЗЛП уређује врло широк обим руковања, односно поступања у вези са подацима о личности. Међутим, облици обраде су у закону појединачно набројани и не обухватају све могуће облике руковања подацима о личности. Практично, сва руковања која је могуће изводити са подацима о личности представљају обраду података о личности. Закон, значи, не утврђује „*numerus clausus*“ односно не набраја таксативно све активности које представљају обраду података о личности. Ипак, употребом речи „као што су“ закон оставља могућност да поред појединачно набрајаних облика обраде и било какво друго руковање подацима о личности, означава њихову обраду. Податке о личности обрађује руковалац података, који може бити орган власти, али и било које физичко или правно лице (чл. 3 тач. 5 ЗЗЛП).⁴⁹

4.1. Прикупљање података о личности запосленог и кандидата за запослење

Прикупљање података о личности представља само један од облика обраде података. Зато ЗЗЛП у чл. 14 потпуније и детаљније одређује начин дозвољеног прикупљања података, као прву фазу обраде. Ова одредба је општа и сама по себи не одређује ко може прикупљати податке о личности, те свако ко прикупља податке мора за то имати одговарајући

⁴⁸ Чл. 3 тач. 3 Закона о заштити података о личности.

⁴⁹ Пирс Мусар, Н, Водич кроз Закон о заштити података о личности, Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Београд, 2009, 21, доступно на: <https://www.poverenik.rs/images/stories/dokumentacija-nova/vodic/vodiccirzastita.pdf>

правни основ, утврђен чл. 8 до 13 ЗЗЛП, који одређује дозвољеност обраде података о личности. На изглед веома широк распон могућих ситуација начина прикупљања података о личности, међутим, не значи да свако може прикупљати податке (не представља правни основ само по себи), али ипак уређује како се подаци прикупљају уз услов, да постоји одговарајући правни основ (у начелу је то пристанак лица или закон) за њихову обраду у складу са чл. од 8 до 13 ЗЗЛП. Подаци се, начелно, могу прикупљати само од лица на које се односе или од органа управе, који је законом овлашћен за њихово прикупљање. Изузетак представљају случајеви, уређени чл. 14 закона, који предвиђа да се подаци могу прикупљати и од другог лица ако: 1) је то предвиђено уговором закљученим са лицем на које се подаци односе; 2) је то прописано законом; 3) је то неопходно с обзиром на природу посла; 4) прикупљање података од самог лица на које се односе захтева прекомерни утрошак времена и средстава; 5) се прикупљају подаци ради остварења или заштите животно важних интереса лица на које се односе, посебно живота, здравља и физичког интегритета. У сваком случају могуће је прикупљати само оне податке о личности, за које постоји пристанак лица или обраду одређује закон, који су потребни и примерени, у складу са конкретном сврхом за које се прикупљају. У случају прикупљања података о личности на основу склопљеног уговора, и подаци и сврха прикупљања морају бити уговором јасно опредељени, односно јасно описани. У тим случајевима дозвољено је прикупљање само оних података о личности који су заиста дефинисани уговором, такође и њихова обрада мора да буде ограничена у односу на сврху прикупљања и обраде, као што произлази из уговора, односно другог дозвољеног правног основа за њихову обраду, утврђено чл. 12 Закона.⁵⁰

У области запошљавања и радних односа, као у ретко којој другој области, прикупљају се бројни подаци о личности радника и то, по правилу, током дужег временског периода. Послодавци, из различитих разлога, прикупљају податке о личности запослених, а пре свега ради испуњавања уговорних или законских обавеза, као и ради задовољења својих легитимних интереса. Прикупљање одговарајућих података носи са собом ризик повреде приватности запослених, али и ризик повреде њиховог права на достојанство и других основних права и слобода, попут слободе удруживања или слободе изражавања.

Премда је састављање неког исцрпног списка података који чине “тврдо језгро” приватног живота запосленог, готово, немогуће, као

⁵⁰ *Ibid*, 35.

неспоран пример се може навести брачно и породично стање запосленог.⁵¹ Послодавац не може да захтева од кандидата за запослење податке о породичном, односно брачном статусу и планирању породице, односно достављање исправа и других доказа који нису од непосредног значаја за обављање послова за које је расписан конкурс, нити да условљава заснивање радног односа тестом трудноће.⁵²

У изузетним случајевима, послодавац може да прикупља податке о приватном животу радника, и то само ако је то потребно: 1) ради извршавање уговора у којем је лице чији се подаци прикупљају уговорна страна или ради предузимање мера на захтев лица чији се подаци обрађују пре закључења уговора; 2) ради испуњења законских обавеза, и 3) ради остварења законитог интереса, осим када је такав интерес подређен интересу заштите основних права и слобода лица чији се подаци обрађују.⁵³ Тако би, примера ради, оправдани разлози за прикупљање података из приватног живота запосленог или кандидата за запослење били пријављивање запосленог на обавезно социјално осигурање, одлучивање о распореду коришћења годишњег одмора, утврђивање вишка запослених, увођење прековременог или ноћног рада итд.

Будући да се уговор о раду закључује с обзиром на лична својства запосленог, послодавац има право да сазна и одређене податке из приватног живота кандидата за запослење. То је повезано са проблемом проналажења компромисног решења за сукоб који, у том смислу, постоји између потребе да се заштите интереси послодавца, са једне стране, и интереси кандидата за запослење, са друге стране.” У том смислу је потребно индетификовати чињенице из приватног живота за које послодавац нема право да пита кандидате за запослење, а затим, и одговорити да ли кандидати смеју да пређуте одговор на недопуштена питања или да на њих нетачно одговоре.”⁵⁴ Могући одговор на постављена питања може се пронаћи у светлу начела оправданости. Ово начело подразумева да послодавац, изузетно, може да тражи од кандидата за запослење податке који се односе на чињенице из приватног живота само ако су испуњена два кумулативно одређена услова: 1) да су подаци непосредно повезани са послом за који одређено лице конкурише; 2) да су подаци неопходни за процену професионалних способности кандидата.⁵⁵

⁵¹ Ковачевић, Љ (2013), *op. cit.*, 501-502.

⁵² Чл. 26 ст. 2 и 3 Закона о раду.

⁵³ Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, Article 29 Data Protection Working Party, 5062/01/EN/Final WP 48, Brussels, September 2001, 15.

⁵⁴ Ковачевић, Љ (2013), *op. cit.*, 503-504.

⁵⁵ *Recommendation No. R(89) 2 of the Committee of Ministers to Member*

Од кандидата за запослење се, притом, очекује да на питања послодавца одговарају *bona fide* и да на исти начин поступају у погледу саопштавања свих података из приватног живота који утичу или би могли утицати на закључење уговора и обављање послова.⁵⁶ Тако, примера ради, забрана условљавања заснивања радног односа тестом трудноће може бити дерогирана ако кандидаткиња конкурише на посао, на којем постоји знатан ризик за здравље жене и детета утврђен од стране надлежног здравственог органа.⁵⁷

4.2. Услови за обраду података о личности радника

Основно питање које се поставља поводом заштите података о личности радника тиче се услова под којима је допуштена њихова обрада, будући да закључење уговора о раду или разматрање његовог закључивања (у поступку запошљавања) не овлашћују послодавца да сакупља све податке који га интересују.⁵⁸ Обрада података о личности радника, управо, супротно, мора представљати изузетак, који је, у складу са општим правилима о допуштености ограничавања људских права, допуштен само ако је прикупљање података оправдано и сведено на најмању могућу меру.⁵⁹ То, даље, значи, да се „лични подаци морају обрађивати законито и поштено и само из разлога који су директно повезани са радним ангажовањем запосленог... а запослени и њихови представници морају бити информисани о било којој обради података, правилима обраде и њиховим правима“.⁶⁰

States concerning the protection of personal data used for employment purposes, тач. 4.3 ст. 1.

⁵⁶ Према чл. 26 ст. 1 Закона о раду “кандидат је дужан да, приликом заснивања радног односа, послодавцу достави исправе и друге доказе о испуњености услова за рад на пословима за које заснива радни однос, утврђених правилником”. Давање нетачних података који су били одлучујући услова за заснивање је, према чл. 179, ст 3 тач. 6, оправдани разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца.

⁵⁷ Чл. 26 ст. 3 Закона о раду. Сличан изузетак важи и за податке о здравственом стању кандидата, које такође, не треба сматрати подацима од непосредног значаја за извршавање престације рада, али који могу бити од одлучујећег значаја за обављање одређених послова, попут оних са повећаним ризиком. Види: чл. 38 ст. 2 Закона о раду.

⁵⁸ Ковачевић, Љ (2013), *op. cit.*, 510.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Protection of worker's personal data*, An ILO code practice, тач. 5.

У проналажењу праве мере интереса радника и послодавца, коју треба у сваком конкретном случају задовољити, могу послужити начело легитимности, сразмерности и транспарентности.⁶¹ Ова три начела тесно су повезана, при чему се начело легитимности односи на *разлоге* који оправдавају ограничење права на приватност, принцип сразмерности на *обим* ограничења или *начин* (средство) на који се врши ограничење, док се начело транспарентности односи на *a priori* *уознавање* са могућим ограничењима.⁶²

Начело легитимности. - Према овом начелу, право запосленог на приватност може се ограничити ако за такво ограничење постоји важан и оправдан *интерес* послодавца, односно ако је оно према општем мишљењу оправдано. Примењује се у фази заснивања, трајања и престанка радног односа. Интерес послодавца да ограничи приватност запосленог мора бити законит и, за процес и организацију рада, релевантан. Постојање оваквог интереса мора се недвосмислено утврдити сваки пут када се намерава, на било који начин, ограничити приватност запосленог.⁶³

Начело сразмерности. - ЗЗПП у чл. 8 тач. 6 и 7 одређује начело сразмерности у вези са заштитом података о личности. Обрада података о личности није дозвољена уколико је податак који се обрађује непотребан или неподесан за остварење сврхе обраде, као и уколико су број или врста података који се обрађују несразмерни сврси обраде, што значи да је дозвољено обрађивати само оне податке који су очигледно потребни и примерени за постизање законске намене обраде личних података. Такође, ограничен је и број података о личности који се може обрађивати. Обим података који се обрађују не сме бити прекомеран, могу се сакупљати и обрађивати само они подаци који су у циљу постизања сврхе нужно неопходни.⁶⁴ У контексту радног права, ово значи да послодавци могу обрађивати само оне податке који су од непосредног значаја за извршавање престације рада и који су неопходни за оцену професионалних способности кандидата за запослење, односно за остваривање права и преузимање обавеза и одговорности из радног односа. Испуњеност ових захтева мора се ценити као фактичко питање за сваки посао понаособ, због чега није целисходно утврђивање *numerus clausus*-а података чије је прикупљање допуштено.

⁶¹ Ковач-Орландић, М, *op. cit.*, 63.

⁶² Поред ова три општеприхваћена начела, на ограничење права на приватност запосленог могуће је применити и друга начела као што су: начело нужности, начело правичности, начело безбедности, начело забране дискриминације и др.

⁶³ Ковач-Орландић, М, *op. cit.*, 64.

⁶⁴ Пирц Мусар, Н, *op. cit.*, 23.

Начело транспарентности. - Ово начело значи да послодавац треба да буде јасан и отворен у погледу свих својих активности⁶⁵, те да је обрада података о личности допуштена само ако су запослени унапред упознати са намером послодавца да их прикупља. Сваком запосленом се, у том смислу, признаје право да зна 1) идентитет лица које је одговорно за обраду података у складу са законом; 2) сврси прикупљања и даље обраде података; 3) начину коришћења података; 4) идентитету лица или врсти лица која користе податке; 5) обавезности и правном основу, односно добровољности давања података и обраде; 6) праву да пристанак за обраду опозове, као и правне последице у случају опозива; 7) правима која припадају лицу у случају недозвољене обраде; 8) другим околностима чије би несаопштавање лицу на које се односе подаци, односно другом лицу било супротно савесном поступању.⁶⁶ То укључује и потребу информисања запослених и његових представника о увођењу новог или изменама постојећег система за аутоматско прикупљање и коришћење личних података, увођење техничких уређаја који се користе за надзор над продуктивношћу рада или кретањем запосленог у просторијама послодавца и сл.⁶⁷ Овај принцип је веома важан за поступак обраде личних података јер се захтева да се ти подаци првенствено прикупљају од лица на које се односе, а тек ако то није могуће, послодавац може прикупљати податке од трећих лица под условом да је претходно информисао запосленог и добио његову сагласност.⁶⁸

Начелотачности и ажурности. - Наведено законско начело теорија поставља у раван основног начела код обраде података о личности. Према овом начелу, обрада података није дозвољена ако је податак неистинит или непотпун, односно када није заснован на веродостојном извору или је застарео. Ажурност значи да обрађени подаци о личности одговарају стварним, најновијим подацима и да су тачни насупрот неправилним подацима који могу бити веома заваравачући. Запослени има право увида у документе који садрже личне податке који се чувају код послодавца и право да захтева брисање података који нису од непосредног значаја за послове које обавља, као и исправљање нетачних података.⁶⁹

Осим у случајевима непоштовања поменутих начела, обрада

⁶⁵ *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, Article 29 Data Protection Working Party, 5401/01/EN/Final WP 55, Brussels, May 2002, 14.

⁶⁶ Чл. 15 Закона о заштити података о личности.

⁶⁷ *Recommendation No. R(89) 2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes*, тач. 3.1.

⁶⁸ *Protection of worker's personal data*, An ILO code practice тач. 6.

⁶⁹ Чл. 83 Закона о раду.

података о личности није дозвољена када: запослени није дао пристанак за обраду, односно ако се обрада врши без законског овлашћења; се врши у сврху различиту од оне за коју је одређена, без обзира да ли се врши на основу пристанка запосленог или законског овлашћења за обраду без пристанка; сврха обраде није јасно одређена, ако је измењена, недозвољена или већ остварена; је запослени на које се подаци односе одређено или одредиво и након што се оствари сврха обраде; је начин обраде недозвољен.⁷⁰

4.3. Правни основ за обраду података о личности радника

Обрада података о личности, такође, није дозвољена ако за обраду података нема одговарајућег правног основа. Одговарајући правни основ за обраду података о личности могу, у складу са чл. 8 тач. 1 ЗЗПЛ омогућити закон или појединац, својом сагласношћу. Послодавац, који има правни основ (сагласност или законско овлашћење) може обрађивати само оне податке за које има овлашћење у закону, односно сагласност појединца на кога се подаци односе. Када се подаци о личности обрађују на основу закона, закон мора детаљно одредити који се подаци могу обрађивати, те начин и намену њихове обраде. Када основ за обраду података представља други закон, а не ЗЗПЛ, морају се поштовати све одредбе ЗЗПЛ.

4.4. Сврха и начин обраде података о личности радника

У погледу сврхе обраде података о личности ЗЗПЛ у чл. 8 тач. 2 и 3, одређује да обрада није дозвољена када се врши у сврху различиту од оне за коју је обрада одређена, без обзира да ли се врши на основу пристанка лица или законског овлашћења за обраду без пристанка. Обрада података о личности, такође није дозвољена уколико сврха обраде није јасно одређена, ако је измењена, недозвољена или је већ остварена. Начело претходног одређивања сврхе можемо сврстати у једно од основних начела заштите података о личности, те је у ЗЗПЛ одређено, да се подаци могу обрађивати само у сврху која је одређене законом или која је уочљива из пристанка појединца. Једини изузетак из те одредбе, који налазимо у ЗЗПЛ, је изузетак који предвиђа чл. 6 и који говори о обради за историјске, статистичке и научно-истраживачке сврхе. У тим случајевима се подаци, који су већ прикупљени и обрађени за друге сврхе, могу обрађивати у историјске, статистичке и научноистраживачке

⁷⁰ Чл. 8 Закона о заштити података о личности.

сврхе. У свим другим случајевима мора бити претходно одређена сврха обраде података. Поред тога да је сврха унапред одређена мора, такође бити прецизно опредељена, непромењена и дозвољена. С обзиром да сврха обраде мора да буде унапред одређена, јасно је да се у току обраде података иста у правилу не смеју мењати. Употреба података у друге сврхе би могла бити дозвољена само ако се прикупљени подаци користе у сврху која није супротна њиховом првобитном циљу, под условом да су предузете мере да се спречи погрешна интерпретација података која може настати услед њихове употребе у другом контексту.

Обрада података није дозвољена ни у случају када је сврха обраде већ постигнута. Подаци о личности се по испуњењу сврхе ради које су били сакупљени, обрађени и сачувани, морају обрисати из збирке података. Наравно, не значи да се одређени подаци не би смели обрађивати временски неограничено, већ све зависи од сврхе обраде података у појединим случајевима. Потребно је још скренути пажњу, да испуњење сврхе обраде података о личности и рок чувања података не спадају увек у исти временски период, те да било који други закон може одредити рок чувања одређених података о личности, без обзира на то што је сврха обраде већ била испуњена. Последње, али не најмање важно, је да обрада података о личности није дозвољена уколико је начин обраде недозвољен. Ова одредба има примену у ситуацијама када је начин обраде података детаљно одређен (законом, уговором, или је пак дат пристанак лица искључиво за одређену сврху обраде...). Уколико се обрада података не би изводила за унапред одређену сврху, онда би таква обрада била у супротности са одредбама ЗЗПЛ и тиме у целини била недозвољена.⁷¹

4.5. Посебна заштита законитости обраде нарочито осетљивих података

Одређене категорије података о личности су законски строжије заштићене и њихова обрада је дозвољена под строжијим условима од оних који важе за обраду осталих података. Осетљиви подаци су подаци о личности који се односе на националну припадност, расу, вероисповест, припадност политичкој странци, здравствено стање, примање социјалне

⁷¹ Запослени се, на пример, може сагласити да послодавац фотокопира његову личну карту, те да фотокопија чува у физичком облику. Ако би послодавац ту фотокопију скенирао те је чувао у електронском облику, то би значило да је податке о личности појединца обрађивао на начин који није дозвољен јер за такав начин обраде није била дата лична сагласност.

помоћи, осуду за кривично дело и сексуални живот. Такви подаци не могу бити доступни послодавцу, осим ако је законом овлашћен за њихово прикупљање и ако је обезбеђена одговарајућа заштита ових података, а у одсуству такве заштите, само уз претходно одобрење и изричити пристанак лица на које се односе. У том смислу је Кодексом Међународне организације рада послодавцима забрањено прикупљање података о политичком уверењу, вероисповести или другим уверењима радника, њиховом сексуалном животу и осуђиваности за кривична дела, осим ако су од непосредног значаја за одлуку о запослењу⁷² (тако би, примера ради, податак о политичком уверењу био релевантан за процену способности кандидата за посао само у изузетним случајевима попут запошљавања државних службеника којима је законом забрањено да се страначки организују). За разлику од европских стандарда, Кодекс Међународне организације рада уређује као посебну категорију осетљивих података и податак о чланству запослених у синдикату. У нашем праву, Законом о раду је предвиђена обавеза послодавца да, на име синдикалне чланарине, запосленом који је члан синдиката одбије износ од зараде ради уплате на рачун синдиката. Будући да испуњење ове обавезе није могуће без података о називу синдиката у који је сваки запослен учлањен, за прикупљање ове врсте података је, с правом, обезбеђен одговарајући правни основ.

4.6. Обезбеђење података о личности запослених

Обезбеђење података о личности је један од кључних елемената ширег појма заштите података о личности. Без одговарајућег обезбеђења података тешко можемо да говоримо о заштити података, зато је познавање основних принципа обезбеђења један од најважнијих аспеката заштите података о личности, како за лица која морају да поштују одредбе закона, тако и за надзорне органе.

Подаци морају бити одговарајуће заштићени од злоупотреба, уништења, губитка, неовлашћених промена или приступа. Послодавац је дужан да предузме техничке, кадровске и организационе мере заштите података, у складу са утврђеним стандардима и поступцима, а које су потребне да би се подаци заштитили од губитка, уништења, недопуштеног приступа, промене, објављивања и сваке друге злоупотребе, као и да утврде обавезу лица која су запослена на обради, да чувају тајност података. “Лични подаци који се односе на запосленог не могу да буду

⁷² *Protection of worker's personal data*, An ILO code practice, тач. 6.5.

доступни трећем лицу, осим у случајевима и под условима утврђеним законом или ако је то потребно ради доказивања права и обавеза из радног односа или у вези са радом”.⁷³ Личне податке запослених може да прикупља, обрађује, користи и доставља трећим лицима (нпр. установама за социјално осигурање и пореској управи) само запослени које је, због послова и функција које обављају, овластио директор.⁷⁴

Један од кључних елемената за одговарајуће обезбеђење података о личности је обука запослених у вези са њиховим обавезама, како у погледу обезбеђења, тако и у погледу саме заштите података о личности. Устаљена пракса у државама чланицама ЕУ је, да се запослени при закључењу радног односа, односно приликом ступања на радно место, упозна са садржајем предметног законодавства, тј. са одредбама ЗЗПЛ. По правилу, запослени добија извод интерног правилника, који одређује поступке и мере, којима се у организацији у којој се запослио штите подаци о личности, запослени уобичајено потписује изјаву о упознавању и о обавези обезбеђења података о личности при обављању свог посла. Такође, треба истаћи да је то први корак и свакако не и последњи, који сваки послодавац мора да изврши како би могао да тврди да се побринуо за задовољавајуће обезбеђење података о личности запослених и кандидата за запослење.⁷⁵

Закључак

Послодавци су од саме појаве радног односа имали потребу да прикупљају, обрађују и чувају одређене податке о запосленима.⁷⁶ Међутим, количина, могућност сазнавања и проток тих информација се значајно повећају у време динамичног развоја информационих технологија и електронских комуникација. То је скопчано са ризиком повреде права запослених на поштовање приватног живота и достојанства личности. У изузетним случајевима, ово право може бити ограничено када је то неопходно за постизање легитимног циља. Сва је прилика да је немогуће сачинити исцрпну листу случајева у којима је послодавцу допуштено да прикупља и обрађује податке из приватног и породичног

⁷³ Чл. 83. ст. 2 Закона о раду.

⁷⁴ Чл. 83 ст. 3 Закона о раду.

⁷⁵ Пирц Мусар, Н, *op. cit.*, 70-71.

⁷⁶ Јашаревић, С, *op. cit.*, 73.

живота запосленог и кандидата за запослење, због чега се задатак своди на идентификовање специфичног обележја које је заједничко свим тим случајевима. У том смислу, послодавцима може бити допуштено да прикупљају и на други начин обрађују податке који су од непосредног значаја за извршавање престације рада и који су неопходни за оцену професионалних способности кандидата за запослење, односно за остваривање права и преузимање обавеза и одговорности из радног односа. Уз то, да би било дозвољено, за прикупљање и обраду података мора постојати законски основ или изричита сагласност лица чији се подаци обрађују, док број прикупљених података мора бити сразмеран сврси њиховог прикупљања. Важно је навести да запослени ретко имају могућност да слободно дају, одбију или одузму сагласност, с обзиром на зависност која је резултат односа између послодавца и радника. Стога, осим у изузетним ситуацијама, послодавци ће морати да се ослањају на други правни основ, као што је неопходност обраде података за остварење њиховог легитимног интереса. Легитимни интерес, међутим, сам по себи није довољан да се надјачају права и слободе запослених. Без обзира на правни основ за такву обраду, пре почетка испитивања оправданости ограничења требало би предузети тест пропорционалности како би се размотрило да ли је обрада личних података неопходна за постизање легитимне сврхе, те да ли су предузете све потребне мере како би се осигурало да кршење права запослених на приватни живот и тајност комуникације буде ограничено на минимум.

Marija Dragičević, LL.M.
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Niš

Protection of employees' and applicants' personal data

Summary

Unlikely in other fields, in the field of employment and employment relationship, numerous data about the personality of an employee are collected, as a rule, for a longer period of time. From various reasons, employers collect the data about the employees and applicants for vacancies, primarily in order to fulfill the contractual or legal obligations, as well as to satisfy their legitimate interests. Collection of certain data is related to the risk of infringement of privacy of the employees, but also to the risk of infringement of their right to dignity. In accordance to the stated, in this paper the author analyses the international and national legal framework for the protection of personal data in the contest of the labour law, particularly paying attention to the issue of availability of processing of personal data of employees and applicants for vacancies. The objective of the paper is to confirm the hypothesis according to which an employee at work keeps the status of a citizen, and thus, claims right to the protection of personal data in relation to the employer, where the right on the protection of personal data of an employee, as well as any other human right can be limited under certain conditions, with the application of certain principles.

Key words: *protection of personal data, employment relationships, employees*

О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ УГОВОРА О ЛИЗИНГУ¹

UDK:437.75/.76:339.187.6

Review paper

Апстракт: *Правна природа уговора о лизингу представља предмет спорења у правној доктрини. Иако у теорији налазимо на ставове да одређивање правне природе уговора о лизингу нема сврхе, аутор рада заступа мишљење да ово питање може имати велики практични значај у случајевима када недостају позитивни прописи у овој области. Будући да у Републици Србији не постоји адекватан правни оквир за уговор о оперативном лизингу, аутор у раду нарочито указује на значај одређивања његове правне природе.*

Кључне речи: *уговор о финансијском лизингу, уговор о оперативном лизингу, правна природа уговора о лизингу.*

1. Увод

Одређивање правне природе уговора о лизингу представља предмет неслагања у правној доктрини. Иако се, превасходно, ради о теоријском питању, оно може имати велики практични значај у случајевима када недостају позитивни прописи у овој области, те се поставља питање која постојећа правила би требало применити као супсидијарна. Ставове о правној природи уговора о лизингу налазимо у правној доктрини. Међутим, надлежни судови приликом решавања конкретних спорова долазе у ситуацију да креирају одређено мишљење о правној природи овог уговора тако што супсидијарно примењују правила која важе за неке од класичних уговора. Управо због великог практичног значаја наведеног питања не бисмо се могли сложити са ауторима који заступају гледиште

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске уније” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013 - 2019. године.

да разматрање правне природе уговора о лизингу нема сврхе.²

Утврђивање правне природе уговора о лизингу није нимало једноставно услед постојања различитих становишта у посебним правним системима, нарочито у оквиру *common law* и *civil law*. Штавише, и у оквиру истог правног система постоје разлике у тумачењу.³

Правна природа овог института везује се за неке од већ постојећих, именованих уговора (уговор о закупу, уговор о продаји, уговор о кредиту и други). У нашој правној теорији не постоји сагласност по питању правне природе уговора о лизингу, а сва схватања би могла бити систематизована у три групе. Тако, у прву категорију спадају аутори који уговор о лизингу објашњавају као облик неког већ постојећег уговора, као што су уговор о закупу, уговор о продаји, уговор о кредиту и други. У другу категорију бисмо сврстали ауторе који сматрају да се ради о мешовитом уговору који представља скуп неколико именованих уговора.⁴ Најзад, поједини аутори су мишљења да се ради о *sui generis* уговору, специфичном правном послу.⁵

2. Схватања о правној природи уговора о лизингу као облика неког већ постојећег, именованог уговора

2.1. Уговор о лизингу и уговор о закупу

Уговором о закупу закуподавац се обавезује да закупцу преда одређену непотрошну ствар на употребу за одређено време, а купац се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину.⁶ Ради се о именованом уговору, са трајним престајама, који је теретан, двострано обавезујући,

² Поједини аутори сматрају да би требало ближе проучавати опште услове пословања лизинг компанија, те да у случају постојања правних празнина у овим уговорима по приступу, те празнине би требало попуњавати у складу са уобичајеном пословном праксом, а не применом супсидијарних правила која важе за неке од класичних уговора. Вид. више S. Marušić, *Pravni aspekti finansijskog lizinga, Privreda i pravo*, br. 11-12, 1983, стр. 41-46.

³ Аутор се у овом раду неће детаљно бавити разликама у ставовима правне доктрине по овом питању у оквиру различитих правних система. Више о томе видети И. Спасић, *Уговор о лизингу*, Београд, 1990, стр. 168-213., М. Јовановић, *Правна природа уговора о финансијском лизингу, Правни живот*, бр. 11/1996, стр. 456-457.

⁴ S. Marušić, *op. cit.*, 1983, стр. 48.

⁵ И. Спасић, *op. cit.*, (1990), стр. 209-211.

⁶ Чл. 567. Закона о облигационим односима, “Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ 57/89, “Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и “Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 - Уставнаповеља.

комутативан, самосталан и каузалан.⁷ Битне елементе овог уговора чине: предмет, закупнина и време трајања уговора. Предмет овог уговора може бити само индивидуално одређена и непотрошна ствар. Закуподавац је у обавези да ствар која је предмет уговора преда закупцу у исправном стању и да је одржава за све време трајања уговора. Он гарантује за материјалне и правне недостатке закупљене ствари и за све време трајања уговора остаје њен власник, те сноси све ризике које у том смислу погађају власника ствари, сходно правилима облигационог права. Закупнина је накнада коју купац плаћа на име употребе закупљене ствари, а њену висину и начин плаћања утврђују споразумно уговорне стране, док је у извесним случајевима то препуштено законској регулативи.⁸ Најчешће се закупнина исплаћује у новцу. Рок трајања уговора може се одредити споразумом уговорних страна, може бити одређен императивним нормама и произилазити из обичајног права.⁹

На основу изложеног о уговору о закупу неспорно је постојање неких сличности са уговором о лизингу. Реч лизинг потиче из енглеског језика и преводи се као закуп. У правној теорији постоји сагласност да уговор о лизингу води порекло из уговора о закупу.¹⁰ Међутим, уговор о лизингу карактеришу бројне специфичности које не налазимо код уговора о закупу. Најпре, значајна разлика између уговора о закупу и уговора о лизингу је у погледу форме. Наиме, уговор о закупу је неформалан уговор.¹¹ С друге стране, уговор о лизингу је увек формалан.¹² Такође, битно је истаћи да се код закупа, будући да се ради о уговору класичног права, подударам сам посао закупа и уговора о закупу путем ког се посао закупа реализује. Код уговора о лизингу то није увек случај. Наиме, подударност лизинг посла и уговора о лизингу зависи од броја учесника у лизинг послу. Тако, директни лизинг подразумева две уговорне стране: даваоца лизинга који се истовремено појављује као испоручилац предмета лизинга и прималац лизинга. У том смислу, код директног лизинга постоји подудараре лизинг посла и уговора о лизингу, што представља сличност са закупом.

С друге стране, када је реч о индиректном лизингу, нема места његовом изједначавању за закупом будући да му је пракса доградила неке специфичности на основу којих се удаљио од закупа. Тако, неопходно је истаћи да се код индиректног лизинга ради о триангуларном односу, тј. у овом лизинг послу учествује три субјекта: давалац лизинга, испоручилац

⁷ С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1973, стр. 477.

⁸ М. Мијачић, *Облигациони уговори*, Београд, 1988, стр. 90.

⁹ Вид. више М. Мијачић, *op. cit.*, стр. 91.

¹⁰ Вид. више И. Спасић, *op. cit.*, стр. 189-194.

¹¹ О битним особинама уговора о закупу видети више: М. Мијачић, *op. cit.*, стр 86-88.

¹² Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 8510/12 од 16. 12. 2013. године.

предмета лизинга и прималац лизинга. Ради реализације овог лизинг посла долази до закључивања два уговора, уговора о испоруци и уговора о лизингу, који у свом јединству остварују свој циљ. Код класичних уговора, какав је уговор о закупу, сам посао закупа и уговор о закупу се практично поклапају, што код индиректног лизинга, због напред описаног триангуларног односа, није случај.

Значајно је споменути и став домаће судске праксе по овом питању. Наиме, домаћи судови су заузели став да код уговора о лизингу давалац лизинга и испоручилац морају бити различита лица, иначе се примењују правила о закупу или другом правном послу.¹³ Занимљиво је и то да важећи Закон о финансијском лизингу (надаље Закон о ФЛ) у чл. 2 приликом дефинисања појма лизинг посла не помиње испоручиоца предмета лизинга, што сматрамо погрешним јер се никако не би смела игнорисати трећа страна те сложене конструкције, будући да нам то помаже у разграничавању директног и индиректног лизинга. Мишљења смо да је историјска окренутост домаће правне теорије схватању да је лизинг у ствари једна специфична врста закупа допринела оваквом законском тексту.¹⁴

Сличност између директног лизинга и закупа постоји и у погледу одговорности за материјалне недостатке предмета ових уговора. Наиме, сагласно правилима нашег облигационог права, будући да оба поменута уговора производе класично *inter partes* дејство, одговорност за материјалне недостатке предмета ових уговора је на даваоцу лизинга, односно на закуподавцу. С друге стране, код индиректног лизинг посла, због одступања од релативног дејства уговора, за материјалне недостатке предмета лизинга примаоцу лизинга одговора испоручилац, а не давалац лизинга који је власник предмета лизинга.¹⁵

Ради свеобухватније анализе, сматрамо да је целисходно да уговор о закупу упоредимо и са два у пракси најчешће коришћена модалитета уговора о лизингу, са финансијским и оперативним лизингом.

Када је реч о финансијском лизингу, нема места његовом изједначавању за закупом будући да му је пракса доградила низ специфичности на основу којих се удаљио од закупа.

Најпре, између уговора о закупу и уговора о финансијском лизингу постоје одређене разлике које се тичу битних елемената уговора. Наиме, иако на први поглед изгледа да оба уговора могу имати исти предмет

¹³ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7167/04 од 06.12.2004.

¹⁴ Став да је уговор о лизингу једна специфична врста уговора о закупу заступа и проф. Васиљевић. Вид. више М. Васиљевић, *Трговинско право*, Београд, 2012, стр. 382.

¹⁵ Вид. *supra*, стр. 20.

(индивидуално одређена и непотрошна ствар), поједини правни теоретичари истичу да је предмет уговора о финансијском лизингу ствар која је углавном намењена пословној делатности.¹⁶ С друге стране, код уговора о закупу предмет уговора углавном служи за задовољавање индивидуалних потреба, тј. намењен је личној употреби.¹⁷

Следећи битан елемент оба уговора је рок на који се ови уговори закључују. Уговор о закупу може бити закључен на одређено или неодређено време. Код уговора о финансијском лизингу постоји базични рок у коме се уговор не може раскинути, што код закупа није случај. Питање рока трајања уговора у непосредној је вези са питањем амортизације предмета финансијског лизинга. Наиме, предмет уговора код финансијског лизинга се у потпуности или бар у претежном делу амортизује за време трајања базичног (неотказивог) рока, што код закупа није случај.¹⁸

Надаље, лизинг накнада се увек састоји у новцу, док се код закупа закупнина може плаћати и у стварима чија је вредност новчано процењена.¹⁹ Такође, специфичан је и начин одређивања висине лизинг накнаде. Она се утврђује на основу износа који је давалац лизинга платио за стицање својине на предмету лизинга, увећаног за камату и друге трошкове које, у складу са уговором о лизингу, прималац лизинга

¹⁶ С. Миљковић, *Уговор о финансијском лизингу - докторска дисертација*, Нови Сад, 2008, стр. 27; И. Спасић, *op. cit.*, (1990), стр. 184.; М. Јовановић, *op. cit.*, стр. 459. Међутим, Закон о финансијском лизингу у чл. 11. прописује да је прималац лизинга правно или физичко лице на кога давалац лизинга преноси овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, на уговорено време и уз уговорену накнаду. Наиме, приликом израде текста Закона једна од највећих дилема се односила управо на питање да ли примену Закона треба ограничити на послове у којима се предмет лизинга користи у професионалне сврхе, тако да прималац лизинга може бити само привредни субјект, или би примену Закона требало проширити и на физичка лица која предмет лизинга набављају ради задовољења сопствених потреба. Аутори Закона су се, ради подстицаја привредних активности, определили за решење које омогућава да прималац лизинга буде и физичко лице које не обавља привредну делатност у виду занимања. Вид. више Ј. Перовић, Општа концепција Закона о финансијском лизингу, *Правни живот*, бр. 11, 2003, стр. 206-207.

¹⁷ С. Миљковић, *op. cit.*, стр. 27.

¹⁸ У нашем праву се уговор о финансијском лизингу закључује на период који одреде уговорне стране. Првобитно је наш Закон о финансијском лизингу предвиђао да минимални рок на који се уговор о финансијском лизингу закључује не може бити краћи од две године од дана закључења уговора. Видети чл. 3. Закона о финансијском лизингу из 2003. године.

¹⁹ Закупнина се састоји из одређене суме новца или из одређене количине других ствари, најчешће из плодова које даје закупљена ствар. Вид. више М. Мијачић, *op. cit.*, стр. 90.

плаћа даваоцу лизинга.²⁰ Јасно је да се приликом одређивања лизинг накнаде примењују јасна економска правила, док висина закупнине не подлеже строгим и устаљеним правилима већ долази до изражаја начело аутономије воље уговорних страна.

Поред разлика које одликују битне елементе оба ова уговора, требало би истаћи и додатне специфичности уговора о финансијском лизингу у односу на уговор о закупу.

Разлике постоје у погледу сношења ризика који се јављају поводом предмета закупа, односно предмета лизинга. Наиме, Закон о облигационим односима прописује да ризике у вези ствари дате у закуп увек сноси лице које има својину на ствари.²¹ С друге стране, код уговора о финансијском лизингу постоје одступања од општег правила облигационог права да ризике сноси власник ствари. Ризик за случајну пропаст или оштећење предмета лизинга сноси прималац лизинга и, по правилу, ризик прелази на примаоца лизинга у тренутку преузимања предмета лизинга.²²

Још једна од значајних разлика између наведених уговора је и питање одговорности за материјалне недостатке предмета уговора. Наиме, код уговора о закупу закуподавац одговара закупцу за све недостатке закупљене ствари који сметају њеној уговореној или редовној употреби, без обзира на то да ли је знао за њих или не, као и за недостатке својстава или одлика предвиђених изричито или прећутно уговором.²³ С друге стране, за материјалне недостатке предмета лизинга примаоцу лизинга одговара испоручилац лизинга (а не давалац лизинга који је власник предмета лизинга), уколико није другачије уговорено.²⁴

Најзад, између уговора о закупу и уговора о финансијском лизингу постоје разлике и у погледу престанка. Када је реч о окончању уговора, битно је истаћи да код закупа нису прописана посебна правила која регулишу ово питање, док код финансијског лизинга прималац лизинга има право опције: истеком базичног рока неоштећен предмет лизинга може бити враћен даваоцу лизинга, или, уколико је тако предвиђено уговором, уговор може бити продужен, односно прималац лизинга може откупити предмет лизинга.²⁵

²⁰ Чл. 7. Закона о финансијском лизингу, (“Сл. гласник РС”, бр. 55/2003, 61/2005, 31/2011 и 99/2011 - др. закони).

²¹ Наиме, код уговора о закупу, закуподавац сноси ризик случајне пропасти или оштећења ствари за све време трајања закупа, што ће рећи да он одговара и за оне недостатке који настану после предаје предмета закупа. Вид. чл. 579. Закона о облигационим односима.

²² Чл. 32. Закона о финансијском лизингу.

²³ Чл. 573. Закона о облигационим односима.

²⁴ Чл. 16. Закона о финансијском лизингу.

²⁵ Чл. 33. Закона о финансијском лизингу.

На основу изложеног се може закључити да уговор о финансијском лизингу поседује одређене особине које се никако не могу уклопити у конструкцију уговора о закупу. Иако је неспорно да је уговор о финансијском лизингу настао из уговора о закупу, временом се, због својих специфичних особина, профилисао као уговор *sui generis*, задржавајући само неке карактеристике уговора о закупу.

У правној теорији има аутора који заступају становиште да је оперативни лизинг класичан или посебан вид закупа, те истичу да сва правила која се односе на закуп могу бити примењена и на оперативни лизинг.²⁶ У том смислу, поједини аутори истичу да права и обавезе уговорних страна код уговора о оперативном лизингу одговарају онима из уговора о закупу.²⁷ Међутим, одређене особине ових уговора би нас могле навести на закључак да оперативни лизинг није уговор о закупу. Наиме, уговор о закупу може бити закључен на одређено или на неодређено време.²⁸ С друге стране, пракса је лизинг компанија које се баве закључивањем уговора о оперативном лизингу да се овај уговор закључује на одређено време.²⁹ Такође, општим условима пословања компанија које се баве оперативним лизингом прописана је обавеза примаоца лизинга да приликом закључења уговора о оперативном лизингу положи депозит (обично 20% од нето цене предмета оперативног лизинга) који му се враћа након истека уговора о оперативном лизингу, што код уговора о закупу није увек случај.³⁰ Након престанка уговора о закупу, купац је дужан да ствар која је била предмет уговора о закупу

²⁶ Вид. више М. Јовановић, *op. cit.*, стр. 458.

²⁷ С. Шогоров, З. Арсић, Уговори трговинског права, Нови Сад, 2017, стр. 134 .

²⁸ Чл. 595 и чл. 597. Закона о облигационим односима.

²⁹ Доступно на адреси: <http://www.skoda-alpros.rs/index.asp?pageid=A27#>, приступљено дана 16.3.2018. године.

³⁰ Доступно на адреси: <http://www.skoda-alpros.rs/index.asp?pageid=A27#>, приступљено дана 16.3.2018. године. Иако се код појединих модалитета уговора о закупу редовно полаже депозит (на пример, код уговора о закупу непокретности), мишљења смо да депозит код уговора о оперативном лизингу има другачију функцију. Наиме, код уговора о закупу непокретности депозит представља новчани износ који купац депонује код закупаца на име евентуалне штете коју би могао да учини за време трајања закупа, а који се враћа по истеку уговорног односа и намирања евентуално настале штете и трошкова предвиђених уговором. С друге стране, у општим условима пословања давалаца лизинга може бити прописано да висина положеног депозита утиче на висину лизинг накнаде. Наиме, уколико је износ депозита виши, прималац лизинга плаћа нижу лизинг наканду. Такође, у случају да прималац лизинга пре истека уговора о оперативном лизингу врати предмет лизинга даваоцу лизинга, биће му враћен депозит умањен за одређени износ.

Вид. више на адреси https://www.porscheleasing.me/o_nama/pitanja_i_odgovori/pitanja_i_odgovori_zakup/, приступљено дана 12.6.2018. године.

врати неоштећену и не одговара за нормално хабање ствари употребом, као ни за оштећења која потичу од њене дотрајалости.³¹ С друге стране, прималац лизинга по истеку трајања уговора, уколико је тако уговорено, има могућност да изабере једну од опција: прво, да предмет лизинга врати у исправном стању, са степеном искоришћености који се може очекивати према уобичајеним околностима употребе; да продужи коришћење предмета лизинга уколико предмет није амортизован у потпуности или да предмет лизинга откупи по уговореној цени.³² Поред тога, Закон о облигационим односима одржавање и оправку предмета закупа предвиђа као обавезу закупаодавца,³³ док се у општим условима пословања лизинг компанија ова обавеза предвиђа на страни примаоца лизинга.³⁴

Имајући у виду чињеницу да оперативни лизинг није регулисан у домаћем праву, као и напред наведене специфичности које одликују оперативни лизинг у односу на уговор о закупу, мишљења смо оперативни лизинг представља неименовани уговор који уговорним странама пружа пуну могућност остваривања аутономије воље.³⁵ Међутим, у пракси домаћих компанија које се баве оперативним лизингом заступљени су једнообразни формулари уговора који се унапред објављују у облику општих услова пословања. То нас доводи до закључка да управо општи услови пословања лизинг компанија представљају најзначајнији извор права у области оперативног лизинга у Србији. С тим у вези неопходно је истаћи да су, у том смислу, примаоци лизинга, као економски слабија страна, приморани да прихвате опште услове пословања лизинг компанија, те постоји могућност да буду доведени у још тежу позицију.³⁶ Будући да овакво поимање правне природе уговора о оперативном лизингу погодује даваоцима лизинга, с обзиром да им прописивање општих услова пословања омогућава уређивање уговорних односа по принципу “узми или остави”, сматрамо да би у домаћем праву институт оперативног лизинга требало да добије своје законско одређење. Мишљења смо да би то допринело правној сигурности у овој области, као и заштити економски слабије стране у овом лизинг послу.³⁷

³¹ Чл. 585. Закона о облигационим односима.

³² Оперативни лизинг - Правни, рачуноводствени и порески аспект, *Пореско - рачуноводствени инструктор*, Параграф, бр. 22/23, 2011, стр. 106.

³³ Чл. 570. Закона о облигационим односима.

³⁴ Доступно на адреси: https://www.porscheleasing.rs/finansijski_lizing/opsti_uslovi_poslovanja, приступљено 18.4.2018. године.

³⁵ Вид. више Х. Војводић, Недостаци регулативе оперативног лизинга у Србији, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2016, стр. 135.

³⁶ Х. Војводић, *op. cit.*, стр. 139.

³⁷ Поједине земље у окружењу су истим законом уредиле област финансијског и оперативног лизинга. Вид. више Закон о лизингу, Службене новине БиХ, бр. 85/08,

На основу претходног излагања, можемо закључити да се оперативни лизинг у нашем правном систему може сматрати неименованим уговором. У том смислу, на уговор о оперативном лизингу се примењују општи услови пословања лизинг компанија и опште одредбе Закона о облигационим односима, а у случају да је прималац лизинга физичко лице и Закон о заштити потрошача.³⁸

2.2. Уговор о лизингу и уговор о продаји

У правној теорији постоји начелна сагласност око критеријума за разликовање уговора о лизингу и уговора о продаји.³⁹ Уговором о продаји обавезује се продавац да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда, а купац се обавезује да плати цену у новцу и преузме ствар.⁴⁰ Дакле, уговор о продаји представља *iustus titulus* за стицање права својине. С друге стране, уговор о финансијском лизингу је дефинисан као уговор закључен између даваоца лизинга и примаоца лизинга, којим се давалац лизинга обавезује да на примаоца лизинга пренесе овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, на одређено време, у коме прималац лизинга ужива све користи и сноси све ризике у вези са власништвом, а прималац лизинга се обавезује да му за то плаћа уговорену накнаду, у уговореним роковима.⁴¹ Разлике између уговора о продаји и уговора о лизингу уочавају се на први поглед. Наиме, уговор о продаји представља правни основ за стицање својине на предмету уговора од стране купца. С друге стране, код уговора о лизингу се са даваоца лизинга на примаоца лизинга преноси право економског искоришћавања предмета лизинга, док власник предмета лизинга остаје давалац лизинга.

Управо из разлога постојања овако битне разлике између напред наведених уговора, у правној доктрини су се теоретичари бавили

39/00, 65/13 и 104/16; *Zakon o leasingu*, *Narodne novine*, br. 141/13. У том смислу домаћем законодавцу стоје на располагању решења предвиђена Модел законом, који је и донет са циљем да послужи као пример неразвијеним земљама и земљама у транзицији приликом стварања правног оквира за лизинг посао на националном нивоу. Значајна разлика у односу на Конвенцију огледа се у томе што се одредбе Модел закона односе и на оперативни, а не само финансијски лизинг.

³⁸ Има теоретичара који су мишљења да би на уговор о лизингу који се не сматрају финансијским лизингом требало применити правила нашег облигационог права, зависно од природе конкретног уговора. У обзир долазе, пре свега, одредбе о закупу, продаји са оброчним отплатама цене и слично. Д. Дивљак, Уговор о финансијском лизингу - дистрибуција ризика и правна заштита интереса, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1-2, 2007, стр. 202.

³⁹ Вид. више С. Миљковић, *op. cit.*, стр. 32.

⁴⁰ Чл. 454. Закона о облигационим односима.

⁴¹ Вид. чл. 6. ст. 1. Закона о финансијском лизингу.

разликом између појединих модалитета уговора о продаји и уговора о лизингу.⁴²

У правној теорији се уговор о лизингу у одређеним случајевима идентификује са продајом са задржавањем права својине (тзв. *clausula pactum reservati domini*). Уношењем ове клаузуле продавац задржава право својине на предмету који је фактички предао купцу, све док му купац у потпуности не исплати уговорену цену.⁴³ Продавац код ове врсте продаје уговара клаузулу о задржавању права својине у циљу обезбеђења свог потраживања према купцу. Наиме, до исплате цене купац није власник ствари тако да не може њоме располагати. Циљ уговарања ове клаузуле је заштита продавца од ризика неплаћања куповне цене од стране купца.⁴⁴ С друге стране, уговор о лизингу не подразумева пренос права својине на предмету лизинга са даваоца лизинга на примаоца лизинга у моменту исплате последње рате лизинг накнаде.⁴⁵ Тако Закон о ФЛ прописује да је прималац лизинга дужан да, по престанку уговора о лизингу, неоштећен предмет лизинга заједно са припацама врати даваоцу лизинга или лицу које је давалац лизинга одредио, осим ако уговором није предвиђено право примаоца лизинга да откупи предмет лизинга или да продужи уговор о лизингу.⁴⁶ О постојању сличности између уговора о лизингу са уговором о продаји са задржавањем права својине могло би се говорити само у случају када уговор о лизингу садржи опцију куповине предмета лизинга. Међутим, у домаћој теорији преовладава схватање да, без обзира на постојање извесних сличности, нема места изједначавању ових уговора.⁴⁷ Разлог томе би требало тражити у каузи код ова два уговора, односно у разлогу зашто се уговор закључује. Наиме, прималац лизинга има за циљ да предмет економски искоришћава и на тај начин остварује профит, а не да на предмету лизинга стекне својину, а опција куповине након истека уговора о лизингу не сматра се битним елементом уговора.⁴⁸

Како у доктрини, тако и пракси, уговор о лизингу се често доводи у везу са уговором о продаји на отплату (продаја са оброчним отплатама цене). Уговором о продаји покретне ствари са оброчним отплатама цене обавезује се продавац да преда купцу одређену покретну ствар пре него

⁴² М. Јовановић, *op. cit.*, стр. 461.

⁴³ Вид. више М. Мијачић, *op. cit.*, стр. 44-46.

⁴⁴ Вид. више код М. Мијачић, *op. cit.*, стр. 44-46.

⁴⁵ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 110/03 од 2.4.2003. године.

⁴⁶ Чл. 33. Закона о финансијском лизингу.

⁴⁷ Вид. више М. Јовановић, *op. cit.*, стр. 461-462.

⁴⁸ И. Спасић, *op. cit.*, (1990), стр. 199., С. Кнежевић, *Уговор о лизингу - магистарски рад*, 2008, стр. 71.

што му цена буде потпуно исплаћена, а купац се обавезује да исплати њену цену у оброцима, у одређеним временским размацима.⁴⁹ Спецификум уговора о продаји на отплату је чињеница да продавац предаје ствар и преноси својину на ствари на купца пре исплате уговорене цене. Већ на први поглед је јасна линија раздвајања овог уговора од уговора о лизингу код кога се преноси право на коришћење предмета уговора, а не својина, уз могућност да се уговори опција куповине предмета лизинга, али тек након његове потпуне или бар претежне амортизације.

Такође, разлике између поменутих уговора постоје и у погледу купопродајне цене и лизинг накнаде. Наиме, код уговора о продаји на отплату ради се о тржишној цени предмета уговора која се отплаћује у договореним оброцима. С друге стране, лизинг накнада се утврђује на основу износа који је давалац лизинга платио за стицање својине на предмету лизинга, увећаног за камату и друге трошкове које, у складу са уговором о лизингу, прималац лизинга плаћа даваоцу лизинга.⁵⁰

Поред напред наведених разлика између уговора о продаји на отплату и уговора о лизингу, значајно је напоменути и разлику у погледу каузе. Код уговора о продаји на отплату кауза закључења уговора је да се уговором пренесе право својине на ствари, док је код уговора о лизингу кауза закључења уговора право на економско искоришћавање предмета лизинга.

Из напред наведених разлика између уговора о продаји на отплату и уговора о лизингу мишљења смо да нема места изједначавању ових института.⁵¹

2.3. Уговор о лизингу и уговор о новчаном кредиту

Поједини аутори, првенствено имајући у виду економске аспекте, доводе у везу уговор о лизингу и уговор о кредиту.⁵² Уговором о кредиту се банка обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа

⁴⁹ Чл. 542. Закона о облигационим односима.

⁵⁰ Вид. чл. 7. Закона о финансијском лизингу.

⁵¹ Став домаће судске праксе је другачији. Наиме, у пракси се дешавало да су судови у случају спора између уговорних страна код оперативног лизинга примењивали правила која важе за продају са оброчним отплатама цене.. Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 316/05 од 2.2.2005. године.

⁵² У теорији има мишљења да се лизинг налази на граници између закупа и кредита. Вид. више Ј. Вилус, Правни проблеми лизинга, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-3, 1972, стр. 111.

уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је то утврђено уговором.⁵³ Без обзира на извесне сличности, између ова два института постоје значајне разлике.

Најпре, једна од битних разлика је у томе што уговор о кредиту своје порекло води из уговора о зајму⁵⁴, док се родоначелником уговора о лизингу сматра уговор о закупу, о чему је било речи у раду.

Разлике између ових уговора огледају се и у њиховим битним елементима. Наиме, постоје извесне разлике у предмету ових уговора: код уговора о кредиту је то потрошна и заменљива ствар, док је предмет уговора о лизингу тачно утврђена ствар која се по истеку рока уговора враћа даваоцу лизинга, осим у случају уговарања опције куповине. Корисник кредита враћа исту ствар у несмањеној вредности, а прималац лизинга враћа исту ствар у смањеној вредности због амортизације.⁵⁵

Поред тога, не треба занемарити разлику поводом цене коју плаћају уговорне стране код поменутих уговора (камата и лизинг накнада). Камата, која представља цену употребе кредита, у себи садржи накнаду за услуге, трошкове и накнаду за ризик посла.⁵⁶ С друге стране, лизинг накнада утврђује на основу износа који је давалац лизинга платио за стицање својине на предмету лизинга, увећаног за камату и друге трошкове.

Сличности које постоје између ових института, као што је на пример чињеница да се код оба ова уговора накнада плаћа у оброцима, нису довољне да бисмо уговор о лизингу могли да идентификујемо са уговором о кредиту, мада у правној теорији има и другачијих мишљења.⁵⁷

2.4. Уговор о лизингу и уговор о делу

Уговором о делу обавезује се посленик да обави одређени посао за наручиоца, као што је израда или оправка неке ствари или извршење неког физичког или интелектуалног рада, а наручилац се обавезује да му за то плати одређену накнаду.⁵⁸ Уговор о делу је консесуалан, двострано обавезујући и теретан уговор. *Prima facie* је, без сумње, врло лако закључити да су уговор о делу и уговор о лизингу веома различити. Наиме, за наручиоца посла, уговор о делу представља правни основ за стицање

⁵³ Чл. 1065. Закона о облигационим односима.

⁵⁴ Вид. више С. Шогоров, *Банкарско право*, Београд, 2009, стр. 122.

⁵⁵ М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 381.

⁵⁶ С. Шогоров, *op. cit.*, стр. 124.

⁵⁷ Ј. Вилус, *op. cit.*, стр. 111.

⁵⁸ Чл. 600. Закона о облигационим односима.

права својине на покретним стварима које је израдио посленик,⁵⁹ док код уговора о лизингу давалац лизинга остаје власник предмета лизинга за време трајања уговора. У теорији је заступљен став да је додирна тачка између ових уговора евентуална обавеза даваоца лизинга да одржава и сервисира опрему која је предмет лизинга, као и да врши обуку кадрова за употребу лизинг опреме.⁶⁰ Ради о допунској обавези даваоца лизинга која је најчешће предмет уговарања код уговора о оперативном лизингу. Мишљења смо да би напред наведене обавезе на страни даваоца лизинга могле бити уговорене код уговора о директном лизингу, будући да је у том случају давалац лизинга истовремено и произвођач предмета лизинга.

Такође, код уговора о делу где се посленик обавезао да произведе одређену ствар за наручиоца и уговора о директном лизингу налазимо сличност у погледу одговорности за правне и материјалне недостатке предмета ових уговора.⁶¹

3. Схватања о уговору о лизингу као мешовитом уговору

Неспорно је да се код уговора о лизингу могу препознати поједине карактеристике других, класичних уговора, попут уговора о закупу, уговора о продаји са задржавањем права својине и других. У правној теорији има аутора који заступају схватање да је уговор о лизингу мешовити уговор, тј. да се његова садржина састоји од елемената два или више уговора, који су при томе тако сједињени да представљају један јединствени уговор.⁶² Садржина мешовитих уговора не представља прост збир елемената уговора од којих се састоји, већ се ради о једној новој целини. Тако, поједини аутори сматрају да је садржај уговора о лизингу комбинација елемената уговора о закупу и уговора о продаји са додатним елементима карактеристичним само за ову пословну операцију.⁶³ Није без значаја напоменути и праксу наших судова где је у одређеном броју

⁵⁹ Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6368/08 од 29.12.2008. године.

⁶⁰ Вид. више М. Јовановић, *op. cit.*, стр. 464., С. Миљковић, *op. cit.*, стр. 41.

⁶¹ Вид. *supra*, стр. 17.

⁶² S. Marušić, *op. cit.*, 1983, стр. 42.

⁶³ Овакав став заступа др Софија Марушић. Вид. више S. Marušić, *op. cit.*, 1983, стр. 42. Сличног мишљења је проф. Ђурђевић који је уговор о финансијском лизингу дефинисао као скуп уговора. Наиме, он је мишљења да се у обављању посла финансијског лизинга образује уговорни скуп те се лизинг посао састоји из два уговора: уговора о продаји и уговора о финансијском лизингу, при чему поменути уговори обликују једну јединствену финансијску операцију. Вид. више М. Ђурђевић, Скуп уговора, *Право и привреда*, бр.5-8, 2005, стр. 353-356.

одлука уговор о лизингу квалификован као мешовити уговор, тј. као специфичан уговор који у себи садржи елементе неколико уговора: уговора о кредиту, уговора о закупу, уговора о делу и уговора опружању услуга, па чак и елементе уговора о продаји, али да сви ови елементи нису у истој мери присутни код свих уговора о лизингу јер и не постоји униформан тип овог уговора.⁶⁴

Схватање о уговору о лизингу као мешовитом уговору није без правног основа, али смо мишљења да се занемарују специфичности уговора о лизингу које су продукт његовог убрзаног усавршавања и дограђивања кроз пословну праксу. Наиме, приликом квалификације уговора о лизингу не би требало занемарити специфичне клаузуле које се, по правилу, уговорају, или су пак законом прописане код одређених врста уговора о лизингу. Као најзначајније клаузуле које у суштини и разликују уговор о лизингу од уговора са којима се он доводи у везу по питању негових правних природе, ваља поменути клаузуле којима се искључује одговорност даваоца лизинга за испоруку код уговора о финансијском лизингу, клаузулу којом се ризик за случајну пропаст ствари или оштећење предмета лизинга пребацује на примаоца лизинга и друге. Управо су ове специфичне клаузуле, које су се најпре употребљавале у пословној пракси, а затим поједине биле и законски нормиране, доградиле уговору о лизингу низ специфичности које су га удаљиле од уговора са којима је било покушаја да буде изједначен, те се профилисао као уговор *sui generis*.⁶⁵

4. Уговор о лизингу као уговор *sui generis*

У претходном делу излагања истакли смо да је уговор о лизингу сродан извесним пословима облигационог и трговинског права, будући да се ради о сложеном правном послу који у себи садржи елементе закупа, кредита, посредовања и др. Међутим, сматрамо да, без обзира на извесне сличности, уговор о лизингу по својој правној природи не може бити изједначен са неким од именованих уговора. Такође, уговор о лизингу се не би могао по питању правне природе посматрати као мешовити уговор. Наиме, уговор о лизингу карактеришу одређене специфичне клаузуле произашле из пословне праксе, а које не налазимо код уговора о лизингу као мешовитог уговора.⁶⁶

⁶⁴ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 305/00 од 20.9.2000. године.

⁶⁵ R. Cuming, *Legal Regulation of International Financial Leasing: The 1988 Ottawa Convention*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 1989, стр. 40.

⁶⁶ Такав став налазимо у правној теорији. Вид. више Z. Kompanjet, *Prilog raspravi o*

Мишљења смо да је у домаћој теорији и пракси, након доношења Закона о ФЛ, питање правне природе уговора о финансијском лизингу прилично јасно: неспорно је да се ради о уговору *sui generis*. С друге стране, ако узмемо у обзир да уговор о оперативном лизингу у домаћем праву није регулисан, од становишта које се заузме поводом питања његове правне природе зависиће и правни прописи који ће бити примењени на овај уговор.

5. Закључак

Лизинг посао и лизинг уговор су врло сложени институти, проистекли из пословне праксе, који су предмет интересовања теоретичара и практичара како правне, тако и економске струке. Етимолошки посматрано, реч лизинг вуче корен из енеглеске речи “*lease*” што у преводу значи изнајмљивање, узимање под закуп. Поједностављено гледано, лизинг бимо могли превести као закуп, односно најам. У данашњем смислу речи лизинг води пореко из пословне праксе Сједињених Америчких Држава. Без обзира на чињеницу да је лизинг доживео експанзију у другој половини XX века, у правној и економској доктрини и даље постоје разлике у његовом дефинисању и одређивању правне природе овог сложеног института. Лизинг посао, као један од најзначајнијих послова савременог привредног пословања, на међународном плану регулисан усвајањем UNIDROIT Конвенције о међународном финансијском лизингу 1988. године. У праву Републике Србије је уговор о лизингу дуго био неимеовани правни посао да би доношењем Закона о финансијском лизингу 2003. године добио своје правно утемељење.

По питању правне природе уговора о лизингу у правној теорији и пракси постоје различита схватања, будући да овај уговор у себи садржи и низ елемената других уговора, у првом реду уговора о закупу, уговора о продаји са различитим модалитетима, уговора о кредиту, уговора о делу. Након покушаја да разграничимо уговор о финансијском лизингу од напред наведених уговора и сагледамо га кроз призму специфичних клаузула који се редовно уносе у овај уговор, закључујемо да се ради о уговору *sui generis* који се профилисао као специфичан уговор. С друге стране, ако узмемо у обзир да за уговор о оперативном лизингу у

pravnoj prirodi ugovora o lizingu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 89, 1980, стр. 89-93. Више о специфичним лизинг клаузулама видети С. Миљковић, *op.cit.*, стр. 165-174.

домаћем праву не постоји адекватан правни оквир, мишљења смо да ће од становишта које се заузме поводом питања његове правне природе зависити и правни прописи који ће бити примењени на овај уговор. У том смислу је питање одређивања правне природе уговора о оперативном лизингу јако значајно, не само са теоријског, већ и са практичног аспекта.

*Aleksandra Vasić,
Assistant, Faculty of Law, University of Niš*

LEGAL NATURE OF LEASING AGREEMENT

Abstract: *Legal nature of leasing agreement represents the subject of dispute in legal doctrine. Although in theory we can find opinions that defining leasing contract is pointless, the author is of the opinion that this issue can have a huge practical value in cases where there is no positive legal provisions in this area. Considering that Republic of Serbia does not have adequate legal framework for an operating lease contract, the author in particular points highlight the importance of determining his legal nature.*

Key Words: *Financial Leasing Agreement, Operating Lease Agreement, Legal Nature of Lease Agreement*

ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАТОЦИ НА ЈАВНОТО ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО

UDK:334.752012.32/.33
Professional papers

Апстракт: Кај концептот за јавно приватно партнерство преовладуваат предностите, односно придобивките од неговото користење, меѓутоа треба да се нагласи дека овој модел не треба да се смета како единствена можност и решение за развој на инфраструктурата или испораката на услуги за граѓаните, од причина што постапката за јавното приватно партнерство претставува долготраен и исклучително комплексен процес. Во овој труд се издвојуваат предностите и недостатоците на јавното приватно партнерство во споредба со традиционалните, стандардни модели достапни за реализација на проектите од јавен интерес. Издвојувањето на предностите од недостатоците на јавното приватно партнерство е важно за успешноста на еден инфраструктурен проект од јавен интерес или обезбедување на јавна услуга, бидејќи со избор на вистинскиот модел ќе зависи и успешноста за целосно спроведување на проектот од идеја до реализација. Исто така, ќе се оцени оправданоста на проектот, изводливоста и економско-финансиската исплатливост на потфатот кој би требало да се спроведува. На крајот изнесени се заклучните согледувања за преовладувањето на предностите, во однос на недостатоците на концептот за Јавното приватно партнерство, споредено со традиционалните, стандардни модели достапни за реализација на проектите од јавен интерес.

Клучни зборови: Јавно приватно партнерство, услуги, јавен интерес.

* Докторанд на Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје - Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, jovanovskipp@gmail.com

ВОВЕД

Јавното приватно партнерство, како концепт во Република Македонија, допрва ќе преовладува при обезбедувањето на јавната инфраструктура или во обезбедувањето на јавни услуги и дејности од значење за граѓаните. Во пракса постојат одредени предности, односно придобивки од користењето на моделот на јавното приватно партнерство, кој претставува честа форма на финансирање на голем број проекти во Европската Унија. И покрај тоа што кај концептот за Јавно приватно партнерство преовладуваат предностите, треба да се нагласи дека овој модел не треба да се смета за единствена можност и решение за развој на инфраструктурата или испораката на услуги од причина што, постапката за Јавното приватно партнерство, претставува долготраен и исклучително комплексен процес. Целта на овој труд е да се издвојат предностите и недостатоците на јавното приватно партнерство во споредба со традиционалните, стандардни модели достапни за реализација на проектите од јавен интерес. Издвојувањето на предностите од недостатоците на јавното-приватно партнерство е важно за успешноста на еден инфраструктурен проект од јавен интерес или обезбедување на јавна услуга, бидејќи со избор на вистинскиот модел ќе зависи и успешноста за целосно спроведување на проектот од идеја до реализација. Исто така, ќе се оцени оправданоста на проектот, изводливоста и економско-финансиската исплатливост на потфатот кој би требало да се спроведува.

Постапката за избор на приватен партнер при доделување на договори за воспоставување на јавно приватно партнерство се поистоветува со постапката за јавни набавки која е предвидена со прописите со кои се уредува областа за јавна набавка или постапката за доделување на концесија пропишана со прописите со кои се одредува постапката за доделување на концесија за добра од општ интерес. Како предности на јавните приватни партнерства, пред традиционалните постапки за изведување на инфраструктурни проекти, каде што одговорноста за целосна реализација и управување ја сноси државата се: изградба на инфраструктурните проекти во пократок рок, поквалитетни јавни услуги кои се нудат на граѓаните, зголемена ефикасност при реализацијата и управувањето со проектите, подобра распределба на ризиците, односно префрлување на најголем дел од ризиците на приватниот партнер, создавање на дополнителни приходи и подобро управување со проектот. Токму овие карактеристики ќе бидат предмет на разработка во првиот дел од оваа семинарска работа. Во вториот дел, пак,

ќе бидат разработени елементите кои се карактеризираат како негативни за постапките на јавно-приватно партнерство.

1. Предности на јавното приватно партнерство

Општиот глобален тренд на приватизација на јавните добра резултира со обидите концептот на ЈПП да се воведо во процесот на трансформација на стопанствата во земјите во транзиција.¹ Европската комисија во насоките за примена на ЈПП нагласува дека во земјите во транзиција, кандидати за влез во Европската Унија постојат договорени потреби за финансирање на доградбата и проширувањето на инфраструктурните објекти, со цел подобрување на давањето на услуги од една страна, а од друга страна е недостигот на средства во фондовите на државата, како и слабите можности на меѓународните финансиски институции таа потреба да ја санираат. Со оглед на тоа се повеќе станува реално тие проблеми да се решат со воспоставување на моделот на јавното приватно партнерство, кој има свои предности.

Јавното приватно партнерство во Македонија го следи трендот на воведување и институционализирање кое може да се најде во сите земји-членки на ЕУ. Во 2004 година Европската комисија ја објави Зелената книга за јавно-приватно партнерство и законот на Заедницата на договорот за јавна набавка и концесии.² Суштината на јавното приватно партнерство во сите земји членки на ЕУ е иста, а единствено може да се разликува во однос на примената на различните модели на ЈПП и постапката за избор на приватен партнер со кого државата ќе склучи договор за воспоставување на јавно приватно партнерство. Гледано преку призмата на правото на ЕУ, секоја поврзаност или сите договорни односи меѓу јавниот и приватниот сектор покажуваат особена загриженост, во смисла дека се обидува да обезбеди правична позиција на економски и други субјекти на пазарот.

Примената на јавното приватно партнерство се разгледува како можност, доколку се увиди и покаже дека е подобро решение, отколку примената на традиционалните модели за јавни набавки. Пример, изградбата на одредена јавна установа со примената на ЈПП треба

¹ Financijsko pravo i Financijaska znanost, B. Jelcic I dr., Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2008, str.739

² Green paper on Public-Privatepartnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (presented by EuropeanCommission),Brussels, 30. 04. 2004, COM (2004), стр. 327.

да се смета за една од опциите кои можат да се применат само кога ја дозволува ситуацијата, карактеристиките на проектот и каде може да се демонстрираат јасни предности и бенефиции.³ Основни елементи кои го одредуваат успехот на проектите за ЈПП се соодветна евалуација и избор на правилен модел на ЈПП за секој поединечен проект, потоа олеснување на економските пресметки во насока на оправдана корист, ефикасност и можност за спроведување на најсоодветниот модел на ЈПП.⁴ Од друга страна, пак, приходите кои ги има јавниот сектор не секогаш се доволни за да се покријат трошоците, што значи дека не може да се одговори на зголемената побарувачка за услуги, која е во нагорна линија доколку продолжи да работи сам, без поддршка од другите сектори во општеството. Во таа насока потребата од воспоставување на партнерства со приватниот сектор е повеќе од потребно при што може да се придонесе и обезбеди подобро ниво на услуги, по намалени трошоци и во континуитет. Со самото тоа јавниот сектор може да го задржи квалитетот на испорачаните услуги и покрај буџетските ограничувања.

Јавното приватно партнерство е една од најветувачките форми за таков вид на соработка. Овој систем се основа врз признавање дека и во јавниот и во приватниот сектор може да имаат корист од здружување на нивните финансиски средства, know-how и експертиза со цел подобрување на испораката на основните услуги кон сите граѓани. Ако правилно е дизајниран и имплементиран, ЈПП може да донесе вистински придобивки во поглед на помагање на владите за финансирање на инвестициите во инфраструктурата на поефикасен начин, притоа ослободувајќи ограничени ресурси кои ќе се распределат за трошење кај други национални приоритети.⁵

Јавните приватни партнерства нудат неколку предности и придобивки и тоа:

Забрзана изградба на инфраструктура: ЈПП често му овозможува на јавниот партнер наместо еднократно капитално издвојување, изградената инфраструктура или користењето на јавните услуги да ги плаќа за времетраењето на проектот, со што се овозможува да се пристапи кон изградба на инфраструктурни проекти кои инаку би ги надминале планираните буџетски средства. Со други зборови, тие резултираат со побрзо завршување на проектот и намалени

³ Javno-privatno partnerstvo u funkciji zadovoljavanja javnih potreba, Ana Marija Persoli, Hrvatska javna uprava, god. 10 (2010), br. 4, str.1030

⁴ PPP Advantages and Disadvantages, Government of the Republic of Lithuania, Ministry of Finance of the Republic of Lithuania, 31.07.2015

⁵ <http://www.ppp4broadband.eu/mk/advantagesofpppmken.html>

одложувања на инфраструктурните проекти.

Поквалитетни јавни услуги: Распределбата на ризикот на приватниот партнер треба да го поттикне и да го унапреди квалитетот на јавните услуги особено кај оние проекти каде што плаќањето е поврзано со задоволувањето на однапред утврдени стандарди за давање на услуги. Тие обезбедуваат подобри инфраструктурни решенија од иницијатива која е целосно јавна или целосно приватна. Секој учесник го прави она за што е најдобар. Иновативниот дизајн и финансиските пристапи стануваат достапни кога двата ентитета работат заедно. Високите стандарди за квалитет се подобро добиени и одржувани во текот на целиот животен циклус на проектот.

Зголемена ефикасност. Приватниот партнер е заинтересиран за намалување на трошоците за време на целиот период на операционализација на проектот, што потешко се постигнува во рамките на постојните механизми на управување од страна на јавниот партнер. Јавните приватни партнерства може да вклучуваат бонуси за предвремено завршување на проектите, кои дополнително влијаат на зголемувањето на ефикасноста. Со зголемување на ефикасноста на јавената инвестиција преку проекти за јавно приватно партнерство, се овозможува буџетските средства да бидат пренасочени кон други поважни социо- економски области. Поголемата ефикасност на ЈПП ги намалува трошоците на државата и влијае за намалување на буџетскиот дефицит. Јавните приватни партнерства освен што ги намалуваат трошоците, индиректно придонесуваат и за плаќање на пониски даноци.

Подобра распределба на ризиците. Основното начело на ЈПП е алоцирање на ризикот на оној партнер кој може да го преземе со најмалку трошоци. Во оваа насока треба да се прецизира дека се оптимизира и максимизира преносот на ризикот за да може да се обезбеди создавање на поголема вредност за парите. Колку порано ќе се оценат ризиците толку побрзо ќе се утврди изводливоста на проектот. Во оваа смисла, приватниот партнер може да понуди кочница за нереални јавени ветувања или очекувања. Ризиците од работењето и проектот се пренесуваат од владата на приватниот партнер, кој обично има повеќе искуство во ограничување на трошоците.

Побрза имплементација на проектот. Со оглед на тоа што проектирањето и изградбата е обврска на приватниот партнер, односно плаќањето од страна на јавниот партнер е поврзано со започнувањето на давање на јавни услуги, приватниот партнер е мотивиран работите да ги изведе во што пократок рок, а со тоа да обезбеди повисок квалитет и навремено обезбедување јавни услуги.

Создавање на дополнителни приходи. Приватниот партнер најчесто е во можност да создава дополнителни приходи од трети субјекти, намалувајќи ги на тој начин трошоците за издвојување на јавниот партнер, односно на крајните корисници на јавните услуги.

Подобрено управување. Со пренесувањето на обврската за давање услуги на приватниот партнер, јавниот партнер се јавува во улога на регулатор и се насочува на активности кои се однесуваат на планирање, унапредување и контрола, наместо секојдневно давање на јавни услуги. Експертизата и искуството на приватниот сектор се користат во спроведувањето на проектите за ЈПП.

Дополнително, теоријата на јавен избор посочува дека секоја држава главно е мотивирана за свој опстанок. При тоа, може да се претпостави дека власта со помош на јавното приватно партнерство може да извлечи значајна корист во време на политички избори, од причина што власта собира политички поени при објавување изградба на нови инфраструктурни проекти, како што се изградба на автопати, тунели.⁶ Применувајќи го моделот на ЈПП во кој приватниот сектор обезбедува финансирање за изградба на такви проекти, фактички државата ќе добие нови инфраструктурни објекти бесплатно. На тој начин државата ќе ја избегне потребата од предвидување и обезбедување на дополнителни приходи при проекциите на буџетот, а со тоа се добива можност предвидените средства за таа намена да бидат пренаменети за некоја друга цел, а уште повеќе не би имало потребно да доаѓа до зголемување на давачките кои граѓаните би ги имале кон државата за изградба и реконструкција на постоечките или нови инфраструктурни објекти. Преку воспоставувањето на моделот на јавното приватно партнерство државниот партнер во голема мера ги избегнува долготрајните и напорни јавни расправи за изградба на капитални проекти.

Од друга страна, најголема корист од ЈПП извлекува приватниот сектор, од причина што станува збор за големи проекти и големи суми на пари. Јасно е дека основното оправдување за примена на ЈПП се темели на делотворноста која се постигнува со неговата примена и која во тој процес се вградува приватниот партнер. Во врска со тоа Fitzgerald упатува на седум фактори кои се мотивирачки за јавното приватно партнерство:

1. Нагласена ориентација на испорака на услугите, скратено време и енергија која некоја агенција би ја потрошила на ствари поврзани со сопственоста.
2. Обврска да се плати само за договорената инфраструктура

⁶ Financijsko pravo i Financijska znanost, str. 740

или опрема, поврзани за услугата и да се плати само тогаш кога таа услуга се испорачува.

3. Многу висок степен на доверба дека инфраструктурата ќе биде достапна навреме и без пречекорување на предвидените трошоци.
4. Можност приватниот партнер да биде поодговорен од финансиски аспект во однос на функционирање на поединечни инфраструктури за време на нивно постоење.
5. Достапност на најдобрите технички и управувачки вештини од било кој вид.
6. Подобри резултати од користењето на разни видови облици на натпреварувања за поттикнување на креативноста, поволни пресметки и подобра испорака.
7. Достапност на средствата за финансирање на инфраструктурата без дополнително задолжување на државата.⁷

2. Недостатоци на јавно приватно партнерство

Покрај низата предности ЈПП има слаби точки и потенцијални недостатоци кои ќе бидат претставени во текстот што следува. Еден од недостатоците е сложената постапка за спроведување на одреден проект за ЈПП. Постои голема веројатност целата постапка за доделување на договор за ЈПП да доживее неуспех, заради нејзината сложеност и долготрајност. Споредено со т.н. традиционални, конвенционални модели за набавки, постапката за доделување на договор за ЈПП бара вклучување на поголем број ресурси за нејзино спроведување и поголема посветеност за успешна реализација на проектот. Моделот за ЈПП има потреба од подолготрајна припрема и планирање на проектот и добро управување на постапката во фазата за набавки, особено во делот за избор на приватниот партнер. Исто така, потребно е случување на договор чија содржина и постапка е определена со прописи донесени од државата. Ова подразбира дека државата, како јавен партнер во постапките за ЈПП, треба да располага со вештини и да спроведува постапки кои не се вообичаени кај останатите т.н. традиционални, конвенционални постапки за јавни набавки. Овие причини можат да доведат и до обесхрабрување на Владата, односно органите во нејзин состав надлежни за спроведување на постапките, да распишуваат огласи за доделување на договори за ЈПП. Со оглед на тоа

⁷ Ibidem.

што со последните измени на Законот за јавните набавки беше укинат Советот за јавни набавки, како тело кое беше задолжено за спроведување на постапките за ЈПП, се очекува поедноставување на постапката и конечно зголемување на ефикасноста и економичноста на постапките и конечно зголемено активирање на проектите за ЈПП.

Зголемувањето на постоечките надоместоци за услугата или воведување на нови дополнителни надоместоци за одредена услуга е друг недостаток кај проектите изградени преку проект на ЈПП. Спротивно на ова, доколку намалувањето на трошоците би можеле да донесат до намалување на квалитетот на услугата треба да се размисли дали воопшто изборот на ЈПП за одреден проект е исправен или државата во таква ситуација подобро би управувала. Поради зголемувањето на трошоците за користење на услуга, која е обезбедена преку приватен сектор, а која може директно да се обезбеди преку државата, ќе се појави контроверзност во јавноста и може да се доведе во прашање успехот на проектот реализиран преку моделот на ЈПП.

Бидејќи проектите реализирани преку ЈПП се долгорочни и сложени, потешко е да се идентификуваат сите можни непредвидени настани и околности за време на развојот на проектот, а може да се појават проблеми кои не биле предвидени во постапката за реализација на договорот помеѓу јавниот и приватниот партнер. Поверојатно е дека страните ќе треба повторно да преговараат за договорот со цел се променат условите за овие непредвидени ситуации. Меѓутоа во ваква ситуација, како монополски добавувач, приватниот оператор има предност во преговорите со јавниот партнер во споредба со добавувачот на конкурентен пазар (OECD 2008). Единствениот начин да се ублажат овие ризици е да се дозволи флексибилност за промена во договорот до одредени граници.

Исто така, можно е некои од проектите да пропаднат или да бидат прекинати пред предвидениот рок на проектот, поради некои други причини, вклучувајќи промени во јавната политика (политички причини), неуспех од страна на приватниот или јавниот партнер за да ги извршуваат своите обврски или поради надворешни околности како што се виша сила. Па така, како недостаток на постапката за ЈПП е неможноста државата да интервенира доколку на приватниот партнер му се заканува финансиска нестабилност која може да доведе и до банкрот, особено во општество како РМ кое се карактеризира како политички нестабилно. Со оглед на специфичноста во проценувањето на финансиските резултати во такви долги периоди, постои ризик дека приватниот партнер или ќе банкротира или ќе направи многу големи профити. И двата исходи

може да создадат политички проблеми за државата, предизвикувајќи таа да интервенира. Пример, Националните услуги за воздушен сообраќај (НАТС), кога се соочија со финансиски потешкотии после 11 септември 2001 година, Британската влада му помогна да опстои, наместо да дозволи банките да го преземат НАТС.

Се чини дека постапката за ЈПП, за приватниот партнер, чини повеќе во однос на финансирањето, бидејќи цената на приватното финансирање вклучува премија за ризик во форма на маргина на каматни стапки и внатрешна стапка на поврат (IRR) на капиталот што ја бара приватниот капитал, кој по дефиниција е поскап финансиски инструмент од алтернативата на директно финансирање на државата. Сепак, трошоците на државата за позајмување ги потценуваат вистинските трошоци за финансирање, бидејќи не ја наградува владата за ризикот со кој влегува во проектот. Ова не значи дека опцијата ЈПП по дефиниција е поскапа. Меѓутоа, ако проектот е несоодветен за решение преку ЈПП, е лошо структуриран, процесот на набавки или договорот е лошо управуван, користењето на скапи приватни финансии е веројатно да не се компензира со други инструменти. Ова создава неочекуван дополнителен товар во однос на достапноста, која не е компензирана со заштеда на ефикасност.

Во литературата се среќаваат мислења дека опцијата за изградба на одреден инфраструктурен проект преку ЈПП е поскапа споредено со традиционалните постапки за јавни набавки. Како една од причините се наведува фактот што добивањето на проектот за склучување на договор за изградба и работа во ЈПП на приватниот партнер ќе му даде поголеми поттици за инвестирање во фазата на изградба, со цел да се намалат последователните трошоци за работа и одржување. Исто така, трансферот на ризикот од изградба на приватниот партнер треба да биде експлицитно определен во ЈПП. Една студија за *ex ante* трошоците за изградба на патни проекти во Европа за тестирање на постоењето и на големината на таквата разлика помеѓу ЈПП и традиционалните набавки, докажала дека проектите финансирани преку ЈПП во просек се за 24% „поскапи“ од проекти кои се спроведени преку класичната постапка за јавни набавки. Оваа проценка соодветствува и во голема мера да пријави прескокнувања на *ex post* трошоците на проектите спроведени преку класична постапка за јавни набавки, до степен што двете мерки се репрезентативни, ова сугерира дека најголемиот дел од *ex ante* разликата во трошоците за изградба потекнува од трансферот на ризикот од изградба⁸. Доколку ги земеме во предвид последните проекти во РМ

⁸ Студијата е направена врз основа на анализа на повеќе од 200 проекти за патишта

за изградба на новите автопати, а особено за делницата Кичево- Охрид каде што според проценките се очекуваат дополнителни трошоци од 100 милиони евра, тоа драматично ќе ја зголеми цената на оваа делница. Првични проценките на Државната агенција за патишта беа дека тој проект би требало да чини околу 270 милиони евра, владата потпиша договор за изградба со кинеска фирма во вредност од 373 милиони евра.

Во контекст на ова, Светската Банка предупредува дека, земјите со помалку софистицирани режими за одговорност и фискален мониторинг се соочуваат со ризик дека ЈПП ќе резултираат со прекумерни буџетски обврски кои ја загрозуваат долгорочната фискална одржливост. Кога ЈПП не се признава како придонес кон јавниот долг, постои ризик да се игнорираат, отфрлат долгорочните фискални импликации. Долгорочната одржливост на буџетот од оваа причина би можела да биде загрозена. Ова може да биде компензирано со цврста проценка (која е попространа отколку во нормална набавка) и соодветна политичка рамка во поглед на контролирање на агрегирани обврски за ЈПП.⁹

ЗАКЛУЧОК

Кај моделот за јавно приватно партнерство, како форма на финансирање на проекти од јавен интерес, не може во целост да се издвојат предностите од недостатоците од причина што тие се разликуваат и зависат од случај до случај. Генерално гледано кај овој модел, спореден со традиционалните модели на јавни набавки, преовладуваат предностите пред недостатоците.

Сложената постапка за спроведување на одреден проект за ЈПП, зголемувањето на постоечките надоместоци за услугата или воведување на нови дополнителни надоместоци за одредена услуга, идентификацијата на сите можни непредвидени настани и околности за време на развојот на проектите, политичката нестабилност во државата и сл. претставуваат слаби точки, недостатоци и ризици својствени за ЈПП. Затоа, опцијата ЈПП можеби не е најсоодветна за одреден проект, ако овие ризици не се

финансирани од ЕИБ во изминатата деценија и половина, трошоците за изградба на ex ante единица на пат кон јавниот сектор се проценуваат 24 проценти повисоко во ЈПП отколку во традиционалните јавни набавки. (Ex Ante Construction Costs in the European Road Sector: A Comparison of Public-Private Partnerships and Traditional Public Procurement Economic and Financial Report 2006/01, Frédéric Blanc-Brude, Hugh Goldsmith and Timo Vällilä, Стр. 2

⁹ *Референтниот водич за ЈПП, Верзија 2.0* (Светска банка, 2014) (види поглавје 2 за понатамошни информации за ова прашање);

управувани од страна на државата, со цел тие да се елиминираат или да се ублажат. Слично на тоа, ЈПП можеби не е соодветно доколку државата нема воспоставено механизам за контрола (на пример, контрола на агрегирана изложеност и соодветна анализа на пристапност).

Проектот треба да се вклопи со алатката за ЈПП и треба да се признае дека набавките на ЈПП не се соодветни за секој инфраструктурен проект.

Понатаму, одредена земја може да се соочи со дополнителни предизвици за успешно да го развие патот на ЈПП, што се однесува на макроекономските услови и општата рамка за водење бизнис во конкретната земја.

Од друг аспект гледано, треба да се определи дали проектите изградени преку ЈПП ќе придонесат или не за пониски трошоци за услуги *vis-a-vis* поголемиот квалитет за испорачаната услуга. Ова се прашања кои треба да се разработуваат и реализираат пред државата да се одлучи преку кој модел ќе реализира одреден проект.

Со ваквиот тек на анализите кои ги направив, претежно користејќи ги аналитичкиот метод и методот на синтеза, сметам дека ја докажав хипотезата која ми беше поставена, односно дека издвојувањето на предностите од недостатоците на јавното приватно партнерство влијае врз успешноста на еден инфраструктурен проект од јавен интерес или обезбедување на јавна услуга, бидејќи со избор на вистинскиот модел ќе зависи и успешноста за целосно спроведување на проектот од идеја до реализација.

ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF THE PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP

Abstract: In the concept of Public Private Partnership the advantages, or the benefits of its use, are more prevalent than the disadvantages, however, should be pointed out that this model is not the only opportunity and solution for infrastructure development, as well the delivery of services to the citizens. The reason for this is the fact that PPP procedure represents a long-lasting and extremely complex process.

This paper identifies the advantages and the disadvantages of the Public Private Partnership, set side by side with the traditional, standard models available for the fulfillment of different projects of public interest.

Separating the advantages from the shortcomings of the Public Private Partnership is an important factor in the success of any infrastructure project of public interest as well as the providing of any public services, the choice of the right model will bring success to the full implementation of the project from idea to realization.

This paper, also, will assess the validity of the project, its achievability and the economic and financial benefits of it.

Finally, are presented conclusions of the prevalence of the advantages of the PPP concept, compared to its shortcomings, in relations to the traditional, standard models available for the realization of projects of public interest.

Key words: Public Private Partnership, advantages, disadvantages

**ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА ОКРИВЉЕНОГ УСМЕРЕНА
НА ОДУГОВЛАЧЕЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА –
ХАРМОНИЗАЦИЈА ДОМАЋЕГ ЗАКОНОДАВСТВА СА
НОРМАМА МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА УЗ ПРИКАЗ ПРАКСЕ
УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

UDK: 434.123.4:340.13(497.11)

Original research paper

***Апстракт:** Гаранције права на правично суђење и суђење у разумном року представљају фундаментални основ правно-демократске државе. На то указују како национална правна регулатива тако и норме међународног права. Такве гаранције, у себи инволвирају механизам заштите учесника кривичног поступка. Поштујући достигнути ниво људских права и слобода, настоји се обезбедити сваком лицу против ког је покренут кривични поступак, одређена извесност, да ће поступак бити правичан и окончан без одуговлачења. Језичко-логичким тумачењем терминолошких одредница разуман и правичан, потврђује се висок степен неодређености наведених појмова, односно непрецизности, што је један од узрока разноврсне, неједнаке праксе органа поступања, како на националном тако и на међународном нивоу. Ово из разлога што прецизност и јасност правних норми, представљају услов *condicio sine qua non*, без чијег остварења нема једнаког поступања (на шта указује и пракса Европског суда за људска права). Говорећи о праву учесника кривичног поступка на правичан поступак и право на окончање поступка у разумном року, запажамо двоструке могућности злоупотребе истих. Наиме, у првом случају заиста би се могло говорити о злоупотреби права, пре свега окривљеног, која су усмерена на одуговлачење поступка, док се са друге стране не може говорити о злоупотреби у правом смислу те речи, но о „оправданим разлозима“ имајући у виду постојећу организацију државних органа (судова), велики и стално растући број кривичних предмета, праћених повећаним обимом криминалитета. У раду, аутор настоји (приказом правних ставова и мишљења излучених*

* Министарство за надворешни работи на Република Србија, студент на Универзитетот во Нови Сад, Правен факултет, kasa_zivanovic@yahoo.com.

из одлука Европског суда за људска права и Уставног суда Републике Србије) да укаже на значај и допринос понашања окривљеног лица као процесног субјекта, на трајање кривичног поступка.

Кључне речи: *суђење у разумном року, фактори одуговлачења кривичног поступка, окривљени, пракса Европског суда за људска права, пракса Уставног суда Републике Србије.*

УВОД

Посматрајући судску праксу, у кривичним предметима, намеће се питање, да ли трајање судског поступка у дужини од неколико година, представља изузетак или правило? Анализом исте, а имајући у виду и праксу Европског суда за људска права (по основу повреде одредаба члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹, у даљем тексту Конвенција), намеће се одговор да је таква дужина поступка заправо правило и то правило од ког се не одступа. У овом случају присутан је један од правних парадокса, оно што се прописује као забрана или као допуштање у изузетним случајевима, примењује се као императивна одредба одступања од тако прокламоване забране.

Одредити самоједног „одговорног“ који се јавља у улози доминантног носиоца одговорности за трајање поступка које се оцењује као неразумно, није могуће, те се са теоријског аспекта врши диференцијација по основу неколико субјективно-објективних критеријума.

Као значајни за овај рад, намећу се критеријуми који се односе на лице против ког је кривични поступак усмерен (односно на његово процесно „држање“ у поступку – уколико је његово понашање допринело дужем трајању поступка, таква околност слаби његово положј пред судом, приликом одлучивања да ли је дошло до повреде одредаба домаћег права или Европске конвенције), други на природу (сложеност) предметног кривичног спора и трећи упућује на активност надлежних судских органа (већи број окривљених лица, велики број сведока, бројна вештачења, спајање предмета у јединствен поступак, организација правосуђа, међусобна сарадња процесних субјеката и сл).

Посматрано са аспекта окривљеног лица, који диспонира загарантованим правима и настоји да врши одбрану своје процесне

¹ Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, Службени лист СЦГ – међународни уговори, број 9/2003, 5/2005, 7/200

позиције, постоји могућност утицања на трајање поступка. Пре свега, сва она права и преимућства која Устав² Републике Србије и Законик о кривичном поступку³ прокламују, у одређеном степену могу бити злоупотребљена.

Идентификацијом узрока несразмерног трајања судских поступака, долазимо и до правнотехничког проблема, где надлежни органи, приликом поступања, одлажу или нису у могућности због обима посла да редовно поступају по актуаленим предметима. У том смислу, постоје тешкоће при давању експлицитног одговора на питање на који начин превазићи постојеће неусаглашености.

Треба имати на уму, да национална нормативноправна регулатива тежи ка хармонизацији те имплементацији норми међународног права и успостављања механизма заштите сваког поједница у друштву, нарочито уколико се нађе у положају подређености у односу на друге органе.

На тај начин, пред правосудне органе постављена су два циља, први се односи на законито решавање кривичне ствари, а други пак да се поступак у ком се кривична ствар решава спроведе поштујући принципе ефикасности и ефективности, а да се при том заштите и онемогући ускараћивање права учесника у поступку. Настоји се обезбедити једнако остваривање начела истине у кривичном поступку, истовремено са поменутиим начелима ефикасности и ефективности, чији је апсолутан егалитет немогуће постићи.

Већина аутора који су се у домаћој теорији кривичног процесног права бавили питањем ефикасности кривичног поступка, том питању је приступала искључиво у светлу права окривљеног на суђење у разумном року. Не можемо а да не приметимо да овакав приступ представља претерану симплификацију проблема суђења у разумном року, уз игнорисање, најпре, чињенице да правовремено окончање кривичног поступка није искључиво у интересу окривљеног, већ и других субјеката кривичног поступка, али и правосудног система и друштва као целине. Истовремено, за државу правовремено окончање поступка не представља само интерес већ и дужност.⁴

² Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006.

³ Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013. и 55/2014.

⁴ Милица Колаковић-Бојовић, „Окончање кривичног поступка у разумном року“, докторска дисертација, Београд 2016, 18.

УСАГЛАШАВАЊЕ ДОМАЋЕ ПРАВНЕ РЕГУЛАТИВЕ СА ПОТВРЂЕНИМ МЕЂУНАРОДНИМ АКТИМА

Као највиши правни акт једне земље, на ком се заснива правни поредак демократске државе, Устав Републике Србије у оквиру права на правично суђење, чл. 32, ст. 1 прокламује да „свако има право на независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега“. Реч је о начелној уставној гаранцији која штити индивидуалну слободу сваког појединца у циљу остваривања правичног и фер суђења.

Овако постављено право на правично суђење у разумном року јесте основ и оквир за законска решења о судским поступцима (посебно трајање поступка пред судом) која обезбеђује ефикасност судске заштите права и слобода.⁵

На значај заштите процесног положаја окривљеног лица, указује и уставна норма садржана у члану 33, ставу б која поред, „опште прокламације“ права на суђење у разумном року, прецизира посебно право лица у кривичном поступку, односно лица којем се суди за кривично дело, да се суди без одуговлачења.

Поред Устава, законски акт који прокламује заштиту окривљеног од арбитрарног поступања и неизвесности, јесте Законик о кривичном поступку (у даљем тексту Законик), који у члану 14, ставу 1 установљава дужност суда да кривични поступак спроведе без одуговлачења, а са друге стране и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на успоравање поступка. Законодавац је поменути чланом Законика у једном ставу нормирао двојаку обавезу суда. Обавезу која се односи на поступање из своје, судске надлежности и обавезу која афирмише забрану злоупотребе права од стране учесника у поступку, првенствено кривичнопроцесних странака, а у циљу обезбеђења „адекватног времена“ трајања поступка.

Тако конципирано поступање суда, намеће још један нормативни императив а који се односи на забрану ограничавања/онемогућавања диспонирања загарантованим правима учесника у кривичном поступку.

Узевши у обзир наведено, и то да су приликом прописивања уставних и законских начела правичног поступка, коришћени уопштени

⁵ Маријана Пајванчић, „Коментар Устава Републике Србије”, Београд 2009, 44.

и непрецизирани термини, долази до могућности различитих тумачења тако прописаних норми и њихове примене. Законска норма да би, по свом садржају, била у овој функцији, њу мора да карактерише и висок степен прецизности одређивања појединих законских појмова (израза) и прописивање прецизних услова за примену појединих мера и института. Прецизност садржаја кривичноправне норме мора да буде изузетно висока, у данашњем систему поделе власти и решењима новог кривичнопроцесног законодавства којима је у руке судије и тужиоца стављено толико тога да се може рећи да све више они, а не законски текст, постају одлучујући фактори.⁶

Поред наведеног законског акта, нормативне одредбе које представљају гарант права на суђење у разумном року, са националног аспекта, јесу одредбе Закона уређењу судова⁷ и Закона о заштити права на суђење у разумном року.⁸

Основна премиса од које се пошло приликом установљења права на суђење у разумном року је идеја према којој спора правда представља изигравање правде и самог права на правично суђење (*justice delayed is justice denied - justice rétive, justice fautive*). Због тога право на суђење у разумном року постоји како у интересу лица о чијим се правима и обавезама одлучује или против кога се води одређени поступак (субјективна компонента), тако и у интересу правне сигурности и владавине права уопште (објективна компонента).⁹

Позитивна уставна и законодавна решења представљају резултат хармонизације и унификације домаћег права са релевантним међународноправним актима, где Устав указује (у члану 16) на значај међународних уговора као саставног дела правног поретка земље, те да обезбеђивање адекватног трајања судског поступка представља међународни правни стандард.

⁶ Станко Бејатовић, „Правна држава, стручност процесних субјеката, суђење у разумном року и ефикасност супротстављања криминалитету”, *Зборник радова Правног факултета* у Крагујевцу, Крагујевац 2015, 14.

⁷ *Закон о уређењу судова*, “Сл. Гласник РС”, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 32/2011 – др. закон, 78/2011 – др. Закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016 и 113/2017.

⁸ *Закон о заштити права на суђење у разумном року* “Службени гласник РС”, бр. 40/2015.

⁹ Славолуб Царић, „Право на суђење у разумном року у кривичним стварима”, *ставови Европског суда за људска права, Главни претрес и суђење у разумном року (Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени)*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд 2015, 34-48.

На врху, пирамидално посматраног, система механизма заштите људских права и основних слобода, налази се Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (члан 6 Конвенције), која представља правну допуну домаћим правним оквирима за заштиту људских права, (у даљем тексту Европска конвенција), као и Протоколи донети уз наведену конвенцију.

Наиме, Конвенција у свом првобитном, изворном тексту указује на значај процесног постулата правичног и фер суђења, за разлику од других, можемо рећи једнако вредних, који су нормирани тек касније Протоколима донетим уз Конвенцију.

На значај овог кривичнопроцесног постулата указује и међународни акт, односно одредбе Међународног пакта о грађанским и политичким правима¹⁰ („...да му буде суђено без непотребног одлагања“, где нарочито предвиђа хитност поступка уколико се окривљени назвали у притвору, што представља пандам решењу домаћег процесног законодавства).

Поред дугог низа година, примене и тумачења Конвенције, и даље је пракса Европског суда за људска права изузетно богата и разнолика када је у питању повреда права из наведеног члана Конвенције, иако ни сама Конвенција не прецизира који временски рок се у различитим поступцима сматра разумним роком, но се одговор проналази у одлукама Европског суда.

Наиме, ако се примат да што већој ефикасности кривичног поступка, а на штету слобода и права грађана, постоји опасност да добијемо недемократско и ауторитарно право и обрнуто; ако примат дајемо заштити слобода и права окривљеног, онда се то негативно одражава на позицију лица која су оштећена кривичним делом као и на заштиту друштва од криминалитета.¹¹

Ефикасан је само онај кривични поступак који је, осим у складу са одредбама материјалног и процесног кривичног законодавства, спроведен уз поштовање етичког кодекса и других релевантних стандарда квалитета рада. Уколико до пропуста ипак дође, морају постојати адекватни механизми одговорности чија је функција како корективна, (у односу на поступак у коме су учињени пропусти), тако и превентивна (специјална и генерална превенција). На овај начин, механизми одговорности утичу,

¹⁰ Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Службени лист СФРЈ, 7/71.

¹¹ Драго Радуловић, „Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, бр. 2-3, 1997, 168.

не само на ефикасност конкретног, већ и кривичних поступака уопште у једном правном систему.¹²

Увек постоји ризик да ће правда бити ускраћена када се поступак одуговлачи. Како протиче време, неки легитимни интереси могу бити изложени негативним ефектима (могу нестати докази и појавити се нови, процесни маневри се дозвољавају, чак и подстичу, сведоци се расипају и губе кредибилитет, стварају се додатни трошкови и сл). Међутим, време је исто толико неопходно за обављање одговарајуће истраге, за разјашњење свих правних питања и за решење односа странака, како би суд дошао до утемељеног закључка. Управо због тога је временски рок тако осетљиво питање.¹³

ФАКТОРИ НЕРАЗУМНОГ ТРАЈАЊА СУДСКОГ ПОСТУПКА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА – СА АКЦЕНТОМ НА ПОНАШАЊЕ ПОДНОСИОЦА ПРЕДСТАВКЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ПРЕД ДОМАЋИМ ОРГАНИМА ПРАВОСУЂА

Презицирање, у процесној науци, фактора који имају одлучујућу улогу у трајању поступка у поједином предмету, није могуће. Томе сведочи пракса како домаћег тако и међународног правосуђа, где су од случаја до случаја, носиоци улоге несразмерног трајања поступка склони променама.

Однос загарантованог права на правично суђење, те суђење у разумном року, треба посматрати са аспекта трајања сваке фазе поступка појединачно, те доћи до закључка која од фаза и ко од учесника кривичног поступка има доминантан утицај на аспект трајања поступка.

У том смислу, веома је важна примена одредаба Конвенције, али исто тако и праћење већ створене, као и будуће праксе Европског суда за људска права. Та пракса не представља статичну, већ променљиву категорију. О томе сведочи управо еволуција тумачења односа права на суђење у разумном року (из члана 6 Конвенције) и права на делотворно правно средство (из члана 13. Конвенције). ЕСЉП је дуго био на становишту да су права из члана 6 Конвенције вишег ранга у односу на право из члана 13. Конвенције, које заправо конзумирају. Међутим, касније, ЕСЉП мења своје већ наведено становиште те заузима став да

¹² М. Колаковић-Бојовић, 22.

¹³ *Извештај Европске комисије за ефикасност правосуђа (СЕРЕЈ)*, Strasbourg 2006, 9.

ће се, у контексту кршења права на суђење у разумном року, правни лек сматрати делотворним ако се њиме може убрзати поступак суда или ако се обезбеђује накнада материјалне и нематеријалне штете због одуговлачења које се догодило.¹⁴

Наиме, како је то наведено у поменутом Извештају Европске комисије за ефикасност правосуђа (у даљем тексту Европска комисија), ЕСЉП је установио сврху члана 35, ст. 1 Конвенције, која се огледа у давању могућности државама уговорницама да спрече или исправе кршење које су наводно починиле, пре него што се такви наводи предоче суду.

Овом проблему, ЕСЉП приступа прагматично покушавајући да установи да ли је време утрошено у свим фазама датог поступка корисно, одређујући периоде процесне неактивности. Тако, значај поступка по правним лековима пред домаћим судским органима, и те како утиче на временски период трајања судског поступка, будући да се установа правних лекова користи по „сили случаја“ (и онда када је извесно да правни лек у кривичном предмету неће резултирати захтеваном, повољнијим исходом), те се у питање доводи његова правно утемељена одлика – делотворност.

Мишљење које ЕСЉП нуди по овом питању, према Европском извештају, јесте да су правни лекови „делотворни“ ако могу допринети да суд раније донесе одлуку или да странци да одговарајућу компензацију за кашњење до којих је већ дошло. Овакав начин тумачења делотворности мора се поштовати и пред домаћим правосудним органима.

На проблематику питања трајања судског поступка, указују и сами ставови ЕСЉП, где је пре пар деценија, након интерне дебате о овој теми, одбио да државама да било какве правне одлуке о ономе што би се могло сматрати стандардном дужином поступка. Суд остаје веран свом практичном приступу и предности принципу одмеравања својих установљених критеријума у складу са околностима сваког предмета. Највише што се може рећи је да се чини да је две године по једној судској инстанци граница изнад које се појављује сумња, те ЕСЉП посебну пажњу придаје околностима предмета.¹⁵

Говорећи о узрочним факторима не/сразмерно дугог трајања судског поступка, ЕСЉП издваја следеће: сложеност предмета, понашање подносиоца представке, понашање надлежних органа и значај спора

¹⁴ Снежана Бркић, „Заштита права на суђење у разумном року, Црна Гора и Србија – паралеле”, *Зборник Правног факултета у Подгорици*, број 38, 2008, 303-304.

¹⁵ *Извештај Европске комисије за ефикасност правосуђа* (СЕРЕЈ), Strasbourg 2006, 10.

за подносиоца представке, где увиђа да једино критеријум понашања подносиоца представке јесте онај на основу ког је ЕСЈП утврдио да није дошло до повреде члана 6 Конвенције, иако је судски рок очигледно био претерано дуг.

Европски извештај из 2012. године, даје и анализу правосудних рокова, где наводи да је у кривичним предметима, просечна дужина трајања поступка дужа од 5 година, и да је том приликом дошло до кршења одредаба Конвенције.

Овај критеријум („држање“ подносиоца представке) истиче се као посебан. Наиме, то је једини критеријум који као последицу може имати констатовање да није било кршења одредаба Европске конвенције (уколико се идентификује као суштински узрочник) иако је дужина трајања поступка очигледно претерана, а осим тога домаћим судовима се не може приписати никаква значајан процесна неактивност.

Међутим, правни став који заступа ЕСЈП у кривичној области, указује на то да се чланом 6. од заинтересованог лица не захтева активна сарадња са правосудним органима (*Eckle c. République fédérale d'Allemagne*¹⁶). Наиме, ЕСЈП сматра да је „заинтересовано лице дужно да благовремено извршава оне радње које се односе на њега, да не користи маневре за одуговлачење поступка и да користи могућности које нуди унутрашње право за скраћивање поступка, те га ништа не обавезује да предузме кораке супротне том циљу (*Union Alimentaria Sanders SA v. Spain*¹⁷).¹⁸

Наиме, у кривичним поступцима, постоји евидентна специфичност у односу на друге врсте поступка, које се огледају у томе да се од подносиоца представке не може очекивати да сарађује активно са судом у убрзању поступка који може довести до његове осуде. Због тога пропуст подносиоца да допринесе убрзању поступка у кривичним стварима ипак нема апсолутно одлучујући значај приликом процене разумности дужине трајања поступка.¹⁹

ЕСЈП у кривичним стварима од укупног трајања увек одузима период у коме је подносилац представке био незаконито у бекству (видети случај *Sari c. Turquie et Danemark*²⁰), ценећи да такво понашање

¹⁶ *Eckle c. République fédérale d'Allemagne*, представка број 8130/78, пресуда од 15.07.1982.

¹⁷ *Union Alimentaria Sanders SA v. Spain*, представка број 11681/85, пресуда од 07.07.1989.

¹⁸ *Извештај Европске комисије за ефикасност правосуђа*, (СЕПЕЈ), Strasbourg 2012, 19.

¹⁹ Славко Царић, „Суђење у разумном року”, *Европско законодавство*, година X, број 37-38, 2011, 294.

²⁰ *Sari c. Turquie et Danemark*, представка број 21889/93, пресуда од 08.11.2001.

представља искључиву одговорност подносиоца представке, који се *de facto* својевољно склонио од руке правде. Такође, инсистира се и на обавези појављивања пред судом као суштинског елемента кривичног поступка, осим у случају више силе или легитимног оправдања, јер сматра да је „незамисливо да подносилац представке профитира од сопственог избора да се склони од руке правде“. У том контексту је и мишљење да је недопустиво утврдити повреду одредаба конвенције на суђење у разумном року у случају да окривљени не да податке о својој адреси надлежним органима (пресуда *Mitev c. Bulgarie*²¹).²²

Дакле, подносилац представке се сматра одговорним за кашњење само када се код њега утврди одсуство добре воље. Рецимо, у случају *Malet c. France*²³, суд је оценио да окривљени није успорио ток поступка тиме што је уложио две жалбе, но је његово трајање прописано државним органима услед процесне неактивности осамнаест месеци. Такође подсећа да се став подносиоца представке не може критиковати ако је он једноставно искористио неко законом предвиђено право, иако је остваривање тог права (конкретно захтева за вештачењем) главни узрок трајања поступка (пресуда *Sopp c. Allemagne*²⁴, такође *Bendayan Azcantot et Benalal Bendayan c. Espagne*²⁵).²⁶

Међутим, допринос окривљеног продужењу кривичног поступка, у околностима конкретног случаја може бити незнатан. Како је то ЕСЉП установио у одлуци *Beaumontin v. France*²⁷, подносилац представке је продужио трајање поступка за девет месеци, али је такав утицај наведене околности занемарљив у односу на трајање поступка преко 8 година.²⁸

Имајући у виду изнете ставове ЕСЉП закључује се да фактичке околности које доводе до недоступности окривљеног органима гоњења, или до пропуштања процесних рокова или предузимање неке радње у поступку којим диспонира окривљени, доводе до установљавања одговорности окривљеног за интензивирање инфериорности свог процесног положаја.

²¹ *Mitev c. Bulgarie*, представка број 40063/98, пресуда од 22.12.2004.

²² С. Царић (2011), 294.

²³ *Malet c. France*, представка број 24997/07, пресуда од 11.02.2010.

²⁴ *Sopp c. Allemagne*, представка број 47757/06, пресуда од 08.10.2009.

²⁵ *Bendayan Azcantot et Benalal Bendayan c. Espagne*, представка број 28142/04, пресуда од 09.06.2009.

²⁶ С. Царић (2011), 294.

²⁷ *Beaumontin v. France*, представка број 15287/89, пресуда од 24.11.1994.

²⁸ С. Царић (2011), 294.

ПРАКСА УСТАВНОГ СУДА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Уставни суд представља последњи механизам националне правне заштите, која уважава правне ставове и мишљења ЕСЈП у конкретним кривичним предметима. Сагласно одредби члана 170 Устава Републике Србије, уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.

Полазећи од тога да је појам трајања судског поступка релативна категорија која, поред времена трајања, зависи и од низа других чинилаца, пре свега, од сложености чињеничних и правних питања у конкретном предмету, понашања подносиоца уставне жалбе током поступка, поступања надлежних судова који воде поступак и природе захтева, односно значаја права о коме се расправља за подносиоца уставне жалбе, Уставни суд испитује да ли су и у којој мери наведени критеријуми утицали на трајање оспореног поступка.

Разматрајући допринос неразумном року трајања кривичног поступка, Уставни суд је у предмету Уж-11260/2013 од 24.11.2016. године донео одлуку којом усваја уставну жалбу и поред тога што је утврдио да је постојао делимичан допринос окривљеног дугом трајању поступка. Међутим, такав допринос подносиоца уставне жалбе није био пресудан за укупно трајање поступка (наиме, поступак је трајао од 15.12.2004. године - када је подносилац први пут саслушан у својству окривљеног, до 26.11.2013. године, када је донета другостепена пресуда). Наиме, у конкретном предмету суд је установио да од утврђених одлучујућих фактора на трајање кривичног поступка, присутан је фактор *сложености кривичног предмета* имајући у виду чињенична и правна питања на која је суд требало да одговори (наиме, окривљеном је стављено на терет извршење два кривична дела, јавни тужилац је три пута вршио измену чињеничног описа кривичних дела, суд је извео доказ саслушањем већег броја сведока и вештачењем...), фактор „*понашања*“ *подносиоца уставне жалбе* (неодазивање подносиоца уредно примљеним позивима суда два пута, због чега је једном издата наредба за његово принудно довођење, непријављивање суду промене места боравка због чега му није могао бити уручен позив) као и *фактор ажурности надлежних судова* (у поступку пред првостепеним судом је постојао период од скоро 3 године у ком суд није предузео ни једну радњу, чак ни после две ургенције јавног тужиоца,

да би првостепена пресуда за кривично дело рачунарске саботаже била донета после седам година и седам месеци од подизања оптужнице).

Дакле, поред постојећих наведених фактора, суд је установио да је значај понашања подносиоца уставне жалбе незнатан у односу на друге присутне факторе, те да је одлучујући онај који се односи на поступање надлежних судских органа. У том смислу, подносиоцу уставне жалбе одређена је висина накнаде нематеријалне штете, како Уставни суд сматра да одређени новчани износ представља адекватну правичну накнаду за утврђену повреду Уставом зајамченог права.

Поред настојања потврђивања доминантне улоге понашања окривљеног као фактора трајања кривичног поступка, и злоупотребе нормираних права, пракса уставног суда указује да постоје и они случајеви у којима од горе наведених узрочника дугог трајања поступка у конкретном кривичном предмету, пресудан допринос дугом трајању поступка дало је поступање надлежних органа.

Наиме, у одлуци Уставног суда Уж-2668/2017 од 20.09.2017. утврђена је повреда права из члана 32. става 1. Устава, на начин што је поступак трајао од 11.11.2004. године (када је покренута истрага против осумњичених, међу којима је и подносилац уставне жалбе) до 29.05.2014. године (када је правноснажно окончан пресудом Вишег суда).

Испитујући *сложеност* предметног судског поступка, Уставни суд сматра да се дужина трајања поступка не може оправдати чињеницом да је поступак вођен против више лица, нити обимом доказног поступка у конкретном случају. У погледу *понашања подносиоца* уставне жалбе у току поступка, Уставни суд је утврдио да подносилац није допринео дужини трајања поступка, но је оценио да је подносилац, с обзиром на то да је био окривљени у оспореном кривичном поступку, имао оправдани интерес за ефикасно одвијање наведеног поступка и његово окончање у што краћем року. Дакле, Уставни суд је утврдио да поступање Општинског, а потом и Основног суда у предметном кривичном поступку није било ефикасно, те се рок од 9 година и 6 месеци може окарактерисати као неразумно дуг.

Полазећи од праксе Уставног суда, као и праксе и критеријума међународних институција за заштиту људских права, Уставни суд је утврдио да је у конкретном случају подносиоцу уставне жалбе повређено право на суђење у разумном року, и поред јасно установљеног критеријума сложености предмета (због великог броја окривљених лица којима је стављено на терет извршење различитих кривичних дела, али налази

да је та околност од правног значаја само код утврђење висине накнаде нематеријалне штете) који најпре доводи до дугог трајања кривичног поступка. Реч је о одлуци Уставног суда Уж-6514/2014 од 13.04.2017. године, којом је утврђена повреда наведеног права будући да је поступак трајао више од 13 година, што сматра неразумним за предметну кривичну ствар, и поред тога што је дужна поступка релативна категорија која зависи од низа чинилаца. Такође, одлучио да се правично задовољење подносиоца уставне жалбе због констатоване повреде права на суђење у разумном року оствари утврђењем права на накнаду нематеријалне штете у тачно одређеном новчаном износу.

У новијој пракси домаћег судства, посебно се истиче случај подносиоца уставне жалбе, где је одлуком Уставног суда у предмету Уж-9032/2013 од 12.10.2017, године потврђена повреда права зајамчена чл. 32. ст. 1. Устава РС, будући да је кривични поступак предметног случаја окончан након 18 година и 5 месеци.²⁹ Уставни суд је утврдио да је у конкретном случају било неажурности, неефикасности и пропуста у раду првостепеног суда које су превасходно допринеле дужем трајању поступка.

Имајући у виду напред наведено, долазимо до закључка да је у домаћој судској пракси иманентан проблем трајања поступка, чији се узроци могу приписати поступању надлежних органа, њиховој ефикасности и ажурности у конкретним кривичним предметима. Стога је потребно императивним процесним нормама конкретније уредити поступање надлежних органа, како би се, не само заштитила права учесника кривичног поступка и омогућило њихово остварење, већ и заштитила сама држава од материјалних издатака по основу правичне и адекватне материјалне накнаде подносиоцу уставне жалбе.

Даље, разматрајући питања проблематике доприноса окривљеног

²⁹ Уставни суд је утврдио да је у конкретном случају кривични поступак трајао 18 година и пет месеци што само по себи указује да поступак није окончан у оквиру разумног рока. У том смислу, Уставни суд налази да у конкретном случају ниједан од чинилаца који објективно могу утицати на дужину судског поступка не могу оправдати оволико трајање предметног кривичног поступка. Ово пре свега из разлога што је Уставни суд утврдио да је прва првостепена пресуда донета још 8. октобра 1998. године, да би поступак био правноснажно окончан тек 2. септембра 2016. године, након што је предмет оптужбе четири пута разматран пред две судске инстанце. Уставни суд је утврдио и да подносиоца уставне жалбе није знатно допринела непримерено дугом трајању поступка, имајући у виду да је за 18 година и пет месеци главни претрес десет пута одложен због њеног недоласка, при чему два пута недолазак није оправдала, док је преосталих седам пута са главног претреса изостала услед болести, а једном је тражила одлагање главног претреса због смрти супруга.

трајању судског поступка и давања доминантног или незнатног утицаја наведеном критеријуму у конкретном кривичном предмету, а разматрајући диференцирано у оквиру околности конкретног случаја, а опет поштујући постојећу праксу ЕСЈП, у случају када је поступак трајао и преко 10 година, Уставни суд одбија Уставну жалбу, управо указујући на доминантан допринос подносиоца овог заштитног механизма на трајање кривичног поступка.

У предмету Уж-6321/2013 од 24.11.2016. године, у ком је утврђено да је кривични поступак у односу на подносиоца уставне жалбе трајао десет година и два месеца, што само по себи може указивати да није окончан у оквиру разумног рока, Уставни суд је донео одбијајућу одлуку којом цени да је понашање подносиоца уставне жалбе континуирано било усмерено на онемогућавање да се поступак спроведе и оконча пре наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења³⁰

Међутим, потребно је истаћи и случај у ком Уставни суд одбија Уставну жалбу и поред констатовања да подносилац уставне жалбе својим „држањем“ у кривичном поступку није допринео трајању поступка које се не може оценити као разумно.

У предмету Уж-2020/2015 од 19.07.2017. године, Уставни суд је оценио да није дошло до повреде и ускраћивања права окривљеног на суђење у разумном року, и поред тога што је оспорени кривични поступак трајао у односу на подносиоца уставне жалбе дуже од 8 година, те да је подносиоцу уставне жалбе као окривљеном било у интересу да се поступак што пре оконча, као и да он ни на који начин није допринео дужини трајања предметног кривичног поступка, јер се (након укидања притвора) уредно одазивао сваком позиву суда.

У наведеном случају, идентификован је параметар предметне сложености чињеничних питања, полазећи од тога да је кривични поступак вођен против више од 30 оптужених лица, због више од 50 кривичних дела, од којих су многа у саизвршиластву или у продуженом трајању, што

³⁰ Уставни суд је оценио да је његово понашање од укидања прве првостепене пресуде фебруара 2005. године континуирано било усмерено на онемогућавање да се поступак спроведе и оконча пре наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења. Наиме, у периоду од 7. октобра 2005. до 29. јануара 2007. године суд није био у могућности да одржи главни претрес јер је подносилац био у бекству, те је за њим морала бити расписана потерница, а након његове екстрадиције најчешћи разлог због ког суд није могао да одржи заказан главни претрес, био је управо његов изостанак или изостанак његовог браниоца. Како би обезбедио његово присуство суд је у току овог поступка подносиоцу уставне жалбе одредио притвор, издао је наредбу да се принудно доведе у суд и тражио је од Дома здравља извештај о његовој медицинској документацији.

је несумњиво подразумевало веома обиман доказни поступак.

С друге стране, у односу на поступање надлежних органа, и поред дугог трајања поступка, уставни суд констатује да не постоји неефикасност и процсна неактивност поступајућих органа, као фактори који условљавају дужину трајања поступка, будући да је „отварања главног претреса 22. јануара 2007. године до доношења првостепене пресуде 15. маја 2013. године одржано 321 рочиште, што указује на то да је Виши суд у Београду поступао ажурно у спровођењу доказног поступка, редовно заказујући главни претрес, и обезбеђујући процесне претпоставке за његово одржавање“.

ЗАКЉУЧАК

Ера хармонизације и унификације националних законодавстава на међународном нивоу, доводи до имплементирања одређених нормативних одредаба које првенствено штите положај лица која се у поступку пред надлежним органом (кривичном поступку) могу појавити у улози лица против кога је усмерена кривичноправна репресија.

Афирмишућу такву заштиту, која представља гарант заштите људских права и основних слобода, остварује се начело правне, демократске државе, које претпоставља оставрење и политичких права, која уређују однос појединца и државе.

У групу тих права, свакако спада и право на правичан поступак који ће бити окончан у разумном року, и тиме отклонити и мањкавост (мада која је природна) процесне позиције окривљеног лица у односу на супротстављену кривичнопроцесну странку.

Како пракса домаћих и међународних правосудних органа, обилује одлукама чији је основ доношења повреда права на суђење у разумном року, неопходно је утврдити доминантан, међу владајућим узрочницима. До данас, јасно су утврђени параметри од којих зависи дужина трајања кривичног поступка. Међутим, од евидентног значаја је анализирати допринос окривљенг који својим понашањем и могућношћу злоупотребе загранатованих права може утицати на пролонгирање судског поступка.

Ово због тога што се настоји успоставити егалитет између гарантованих права окривљеног, начела ефикасности и ефективности, те начела истине у кривичним поступку. Међутим, поставља се питање да ли је такав процесноправни егалитет могуће постићи? Одговор на то питање

даје богата пракса домаћег и међународног правосуђа, која међутим, још увек у зависности од околности конкретног случаја, покушава изнаћи и успоставити правноутемељене критеријуме.

**MISUSE OF DEFENDANTS LEGAL RIGHTS DIRECTED
TOWARDS CRIMINAL PROCEEDING PROTRACTION –
HARMONISATION OF THE DOMESTIC LEGISLATION WITH
INTERNATIONAL LEGAL NORMS ALONG WITH THE LEGAL
PRACTICE REVIEW OF THE CONSTITUTIONAL
COURT REPUBLIC OF SERBIA**

Guarantees of rights to a fair trial and trial in a reasonable term represent a fundamental basis of a legally democratic State. The main indicators are National Law & Regulations and Norms of International Law. These particular guarantees involve protection mechanism of the participant in criminal proceeding. By respecting achieved level of human rights and freedom, the aim is to ensure established certainty that trial will be fair and completed without protraction, for every participant against whom criminal proceedings have been initiated.

*By linguistically-logical interpretation of terminology reasonable and fair, it is being determined the high extent of indeterminacy of mentioned terminology, eg. imprecision, being that one of the main reasons for the inconsistent practice of Legal Authorities, on both national and international level. All this as reasons why precision and clarity of legal norms represent the condition *condicio sine qua non*, without it's achievement there won't be equal treatment (European Human Rights Practice points to that as well).*

Speaking of the rights to fair trial and right to complete the trial in a reasonable time frame for the Participant in the criminal proceeding, the double misuse possibility of the same is being noticed. In a first case it is possible to talk about abuse of rights, moreover the defendant's, directed towards proceedings protraction, while on the other hand it cannot be discussed as protraction in a real sense of the word, more as 'justified reasons' taking into consideration existing organization of State Authorities (Courts), large and constantly growing number of criminal cases, followed by the increase of the criminal activities.

In her work Author strives (by showcasing legal stance and opinions

* Ministry of Internal Affairs of the Republic of Serbia, PhD student at the University of Novi Sad, Faculty of Law, e-mail: kaca_zivanovic@yahoo.com

excreted from decisions of European Human Rights Court and The Constitutional Court of the Republic of Serbia) to point on importance and contribution of Defendant's behavior as subject in a legal process on the length of the Criminal Proceedings.

Key words: *trial in a reasonable time limit, Criminal proceeding protraction factors, the defendant, European Human Rights Court Practice, The Constitutional Court of the Republic of Serbia Practice*

ПОВРЕДА ПРАВА НА ОДБРАНУ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

UDK: 343.131.5:[347.95:341.645.5(4)

Original research paper

***Апстракт:** Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода гарантује право на правично суђење, које између осталог предвиђа да свако ко је оптужен за кривично дело има право да се брани лично или преко браниоца кога сам изабере, односно уколико нема довољно средстава да помоћ добије бесплатно, када интереси правде то захтевају. И поред овако гарантованог права постоји изузетно велики број повреда права на одбрану, за које је Европски суд за људска права поступајући по представкама заузимао различите правне ставове и утврђивао различите правне стандарде. Имајући у виду да се ради о веома комплексном праву и веома честим повредама загарантованог права, предмет овог рада је анализа праксе Европског суда за људска права у погледу повреде права на одбрану, као и значајних правних ставова и стандарда. Европски суд за људска права, примењујући Европску Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, поставио је стандарде који се односе на тумачења одредбе „свако ко је оптужен за кривично дело,“ и „када интереси правде то захтевају,“. Европски суд за људска права је такође заузимао одређене ставове по питањима повреде права на личну одбрану, ускраћивања права на ангажовање браниоца, оправданости додељивања браниоца по службеној дужности, интереса који оправдавају ангажовање браниоца по службеној дужности и „немања довољно средстава за ангажовање браниоца,“*

***Кључне речи:** право на одбрану, право на правично суђење, одбрана *per se*, бранилац, Европски суд за људска права.*

УВОД

Европски суд за људска права (у даљем тексту ЕСЉП) установљен Европском Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода¹

* Миња Блажић Павићевић, мастер права, студенткиња докторских студија на Правном

(у даљем тексту Конвенција) формиран је као стални суд како би се обезбедило поштовање обавеза из Конвенције и Протокола², а које су прихватиле Високе стране уговорнице. Надлежност суда обухвата све предмете који се тичу примене и тумачења Конвенције и Протокола који су му упућени од сваке Високе стране уговорнице, по основу захтева Комитета министара и појединачних представки. Појединачну представку може поднети свако лице, невладина организација или група лица која сматра да је оштећена повредом права установљеног Конвенцијом или Протоколима, учињеном од стране Високе стране уговорнице³. Услови за прихватање појединачних представки су: исцрпљеност свих унутрашњих правних лекова, да је иста поднета у року од шест месеци од дана правноснажности предметне одлуке, да постоји идентификација подносиоца, да о истом питању није разматрано, или да иста није поднета некој другој међународној инстанци, да иста није у смислу одредби Конвенције неоснована, неприхватљива, односно да представља чин злоупотребе установљеног права на подношење представке.

Појединачне представке упућене ЕСЉП се веома често односе на повреду права на правично суђење, као самосталног права, али и у вези са повредама које се односе на друга права загарантована Конвенцијом. Анализом појединачних представки пред ЕСЉП дошло се до закључка да постоји велики број предмета који се односе на повреду права на правично суђење и то посебно на повреду става 3ц овог члана којим се гарантује право на одбрану, а што представља и предмет овог рада. Према подацима ЕСЉП⁴ у периоду од јуна 1976. до последњег објављеног предмета марта 2018. ЕСЉП је поступао у 1388 предмета која су се односили на повреду права на одбрану.

Конвенција чланом 6 установљава право на правично суђење, а

факултету Универзитета у Новом Саду, адвокат, minjablagic@hotmail.com

¹ Закон о ратификацији Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл.лист СЦГ – Међународни уговори* бр.9/2003, 5/2005- исправка и *Сл.гласник РС- Међународни уговори* бр. 12/2010.

² Протоколи уз Европску Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода – Протокол бр. 1 од 20. Марта 1952, Протокол бр. 4 од 16. Септембра 1963, Протокол бр. 6 од 28. Априла 1983, Протокол бр. 7 од 22. Новембра 1984, Протокол бр. 12 од 04. Новембра 2000, Протокол бр. 13 од 03. Маја 2002, Протокол бр. 14 од 13. Маја 2004, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>

³ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи међународних људских права*, Мегатренд Универзитет, Београд 2007, 73.

⁴ Подаци доступни на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kupdate%20Ascending%22%22%7D,%22kphthesaurus%22:%5B%2285%22,%2286%22,%22164%22,%22196%22,%22224%22,%22422%22%7D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%7D%7D>

ставом 3ц предвиђа да свако ко је оптужен за кривично дело има право да се лично брани или преко браниоца кога сам изабере. Такође уколико нема довољно средстава да плати правну помоћ, има право да помоћ добије бесплатно, у случајевима када интереси правде то захтевају.

Под термином свако ко је оптужен за кривично дело, ЕСЈП не подразумева само независно значење овог термина у кривичним законодавствима појединачне Високе стране уговорнице, већ подразумева и свако лице које је надлежно тело обавестило о постојању сумње да је учинило кривично дело или да је предузета радња или мера која битно утиче на њену ситуацију⁵, проширујући тумачење ове одредбе и на осумњичено лице у преткривичном поступку, односно поступку који предходи кривичном поступку. Разлог овако широког тумачења предметне одредбе може се правдати чињеницом да су осумњиченим лицима у фази пре формалног започињања кривичног поступка одређена права и слободе ограничена⁶ управо радњама и мерама које могу предузимати надлежни органи, а сагласно важећим прописима сваке појединачне Високе стране уговорнице.

ОДБРАНА „*PER SE*„

Конвенција предвиђа да свако ко је оптужен за кривично дело има право да се брани лично, односно да одбрану формулише и износи самостално, без стручне помоћи браниоца. Лична одбрана, материјална одбрана или одбрана *per se*, како се врло често у теорији назива, се може дефинисати као право на аутономију окривљеног, изражено кроз право на самостално заступање својих интереса пред судом. Истовремено право на самостално заступање својих интереса, носи потенцијалну опасност легитимности кривичног поступка, односно опасност по стварну и очигледну правичност поступка. Поједини аутори, који се у највећој мери баве питањем права на личну одбрану у англосаксонском правном систему су мишљења да се приликом одлуке, да ли у конкретном случају преваже право на аутономију окривљеног или право на правично суђење, мора водити рачуна о индентификацији капацитета који конкретан кривични поступак захтева⁷. У англосаксонском правном систему

⁵ Case Deweer v. Belgium, app. no. 6903/75, Judgment 27 February 1980.

⁶ М. Пајчић „Право окривљеника на бранитеља и на бесплатну правну помоћ„ *Хрватски љетопис за казнено право и праксу* (Загреб) бр. 1/2010, 56.

⁷ E .L. Johnston „Representational Competence: Defining the Limits of the Right to Self-Representational Trial„ *86 Notre Dame L.Rev.* 523 (2011) 533.

окривљени се одлучују за личну одбрану сматрајући је као предност у систему поротничког одлучивања, или из разлога неповерења према браниоцима који им могу бити постављени, сматрајући да им нестручна одбрана може нанети већу штету⁸. Управо из ових разлога, оцена способности лица да се самостално брани, јесте веома често предмет одлучивања пред америчким судовима. За разлику од судске праксе америчких судова, пракса европских држава не познаје толико случајева оцене способности и подобности самосталне одбране, већ се одлука за личну одбрану најчешће заснива на економском, психолошком или социјалном елементу. Практика ЕСЈП познаје случајеве личне одбране оптужених лица и кроз анализу ових предмета се јасно може видети да је за ЕСЈП врло важно да оптужени мора имати право присуства свим фазама расправљања.

У предмету *Захировић против Хрватске*⁹ ЕСЈП је утврдио повреду права с обзиром на то да оптуженом није било дозвољено присуствоваће жалбеном рочишту пред Врховним судом Хрватске, на ком је суд испитивао основаност предмета и то чињеничних и правних питања. И поред чињенице да домаћи прописи Републике Хрватске предвиђају дискреционо право Врховног суда да одлучи да ли ће окривљени присуствовати жалбеном рочишту, суд је у конкретном случају морао позвати окривљеног, с обзиром на то да је поступао као стварно и месно надлежан. У предмету *Пакели против Немачке*¹⁰ ЕСЈП је утврдио повреду, с обзиром на то да је подносиоцу представке било ускраћено право на браниоца у усменом делу поступка пред Савезним судом. Наиме подносилац представке је пред Регионалним судом у Хеилборну осуђен на казну затвора, а браниоцу по службној дужности је омогућено улагање поднесака у којима би изнео разлоге жалбе, али не и присуство усменој расправи. На усменој расправи се није појавио подносилац представке, а суд је заузео став да и да се појавио, његово присуство не би допринело корисном расправљању правних питања. ЕСЈП је заузео став да се одбијањем додељивања браниоца по службеној дужности у фази усмене расправе ускраћује право окривљеног да утиче на исход поступка. У предмету *Маргуш против Хрватске*¹¹ ЕСЈП није утврдио повреду на коју се подносилац представке позивао из разлога јер му је било ускраћено право давања завршне речи. Наиме ЕСЈП је своју

⁸ E. J. Hashimoto „Defending the Right of Self-Representation: An Empirical Look at the Pro se Felony Defendant,„ *NCL Rev.* 2006, 424.

⁹ Case *Zahirović v. Croatia*, app. no. 58590/11, Judgment 25 April 2013.

¹⁰ Case *Pakelli v. Germany*, app. no. 8398/1978, Judgment 25 April 1983.

¹¹ Case *Marguš v. Croatia*, app. no. 4455/10, Judgment 27 May 2014.

одлуку образложио чињеницом да је у току трајања претреса окривљени реметио ред у судници, два пута био опоменут, прекидао заменика државног тужиоца у излагању, те да је правилно поступио удаљивши га из суднице, а имајући у виду да је бранилац окривљеног присуствовао целом претресу и несметао изнео завршну реч заступајући интерес окривљеног. У предмету *Енгел и други против Холандије*¹² ЕСЈП је утврдио да није било повређено право с обзиром на то да су подносиоци представке у поступку пред Врховним војним судом Холандије имали право да се самостално бране, да ангажују браниоца кога сами изабере, да користе услуге својих колега, регрута међу којима је било правника, али и да с обзиром на то да се предмет односио на чињенице које су се директно тичале њиховог посла, могли самостално да пруже детаљна и довољна објашњења оптужби које су им се стављале на терет.

ИЗАБРАНИ И ПОСТАВЉЕНИ БРАНИЛАЦ

Конвенција предвиђа право оптуженог да се брани преко браниоца кога сам изабере, односно уз помоћ постављеног браниоца. Бранилац се може дефинисати као процесни пуномоћник¹³, односно стручно лице, које поседује потребна знања из конкретне правне области, који својим знањем и вештинама може пружити адекватну помоћ, односно који може пружити окривљеном најбољу могућу одбрану у оквирима законских могућности. Бранилац се такође може дефинисати и као правно образовано физичко лице, које се професионално бави адвокатуром и које на основу издатог пуномоћја или донетог решења суда, заједно са окривљеним или независно од окривљеног, али у његовом интересу, врши функцију одбране у кривичном поступку, односно помаже окривљеном у одбрани, те се предзимањем кривичнопроцесних радњи стара о процесној и правној заштити права и интереса окривљеног¹⁴. Иако већина аутора сматра да је бранилац пуномоћник окривљеног, постоје и мишљења да бранилац не може бити ни пуномоћник, а ни заступник окривљеног и то због специфичног личног карактера кривичноправне одговорности окривљеног, те да би исправно било браниоца третирати

¹² Case of Engel and others v. The Netherlands, app. no. 5370/72, Judgment 23 November 1976.

¹³ Д. Крапац, *Казнено процесно право, Прва књига: Институције*, Народне новине, Загреб 2010, 222.

¹⁴ С. Бркић, *Кривично процесно право I*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2014, 212.

као стручног помагача, који делује поред окривљеног и аутономан је у односу на јавног тужиоца, суд и окривљеног¹⁵. Поједини аутори сматрају да поред стручне помоћи, коју бранилац може пружити окривљеном, улога браниоца се може посматрати и из психолошког угла¹⁶, односно да је бранилац објективно непристрасно лице, хуманитарног угла да је бранилац потпора окривљеном у врло специфичној и стресној ситуацији и структуралног угла¹⁷ односно да бранилац омогућава окривљеном ефикасно учествовање у поступку. Поједини аутори такође сматрају да су браниоци лица која познају закон, односно да су конкурентни у односу на ресурсе које поседују полиција, тужилаштво и суд¹⁸. Право на приступ браниоцу се кроз праксу ЕСЈП може посматрати кроз два сегмента и то кроз право на приступ изабраном и постављеном браниоцу у поступку који претходи кривичном поступку и у кривичном поступку.

У вези са правом оптуженог да се брани преко браниоца кога сам изабере, у фази која претходи кривичном поступку, већина аутора је става да је праксу ЕСЈП изменио случај *Салдуз против Турске*¹⁹ у ком је подносилац представке тврдио да му је право на одбрану повређено тиме што није имао право на приступ браниоцу у току трајања полицијског задржавања. Наиме окривљени није имао право на приступ браниоцу за време давања исказа у полицији, тужилаштву и пред истражним судијом, што је држава Турска правдала чињеницом да то није утицало на његово право на правично суђење. У конкретном случају ЕСЈП је утврдио постојање повреде и заузео став да право на приступ браниоцу треба да буде омогућено од тренутка првог испитивања у полицији, осим уколико у конкретном случају постоје императивни разлози да се то право ограничи, при чему ни ти разлози не смеју нанети неоправдану штету правима оптуженог, а то значи да се оптужница не може базирати на исказима датим пред полицијом без присуства браниоца. Наиме, разлог зашто је овај предмет изменио праксу ЕСЈП се огледа у томе што је пре ове представке, став суда био да се одредба Конвенције која гарантује право на одбрану, не може применити на право на приступ

¹⁵ М. Шкулић, Т. Бугарски, *Кривично процесно право*, Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад 2015, 194.

¹⁶ Л. Валковић, З. Бурић „Примјена изабраних елемената права не формалну одбрану из праксе Еуропског суда за људска права у Хрватском казненом поступку, „*Хрватски љетопис за казнено право и праксу* (Загреб) бр.2/2011, 522.

¹⁷ S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York 2005, 244.

¹⁸ A. Ashworth „*Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*., Sweets&Maxwell, London 2002, 27.

¹⁹ Case Salduz v. Turkey, app. no. 36391/02, Judgment 27 November 2011.

браниоцу у фази која претходи кривичном поступку. Насупрот овом предмету у предмету *Ибрахим и други против Уједињеног Краљевства*²⁰ ЕСЉП није утврдио повреду, јер је у конкретном случају утврђено да су постојали уверљиви разлози за одлагање приступа праву на браниоца подносиоцима представке и то у светлу непосредне и озбиљне опасности по општу сигурност, а коју је конкретно представљала експлозија бомби у центру Лондона. У предмету *Дворски против Хрватске*²¹ подносилац представке је истицао да му је повређено право на слободан избор браниоца у преткривичном поступку, односно у фази давања исказа пред полицијским органима. Наиме, подносилац представке је доведен у полицијску станицу, а његови родитељи су опуномоћили адвоката Г.М. да га брани у предметном случају. Адвокат је по добијању пуномоћја дошао у полицијску станицу у којој је окривљени задржан, али му није дозвољено да га види, након чега је о истом обавестио начелника полицијске управе. У међувремену окривљеном је додељен бранилац по службеној дужности, кога је окривљени прихватио, не знајући да се му родитељи обезбедили браниоца. ЕСЉП је у својој пресуди утврдио повреду Конвенције јер хрватско законодавство предвиђа могућност да браниоца ангажују и родитељи окривљеног, да сам окривљени није могао да зна да му је бранилац обезбеђен, као и да се прихватањем браниоца по службеној дужности окривљени није одрекао права на избор браниоца кога сам изабере. ЕСЉП је у образложењу пресуде такође истакао да је изабрани бранилац дошао у полицију, као и да је о истом обавестио начелника полицијске управе, а да је полиција могла поставити браниоца по службеној дужности, само у ситуацији да се изабрани бранилац није појавио. За разлику од предмета *Дворски* у предмету *Дудченко против Русије*²² ЕСЉП није утврдио повреду, позивајући се управо на предмет *Дворски против Хрватске* и *Салдуз против Турске* у ком је навео да за разлику од поступања у овим предметима у предмету *Дудченко* подносиоцу представке је био омогућен приступ браниоцу од момента првог давања исказа и то браниоца кога је лично изабрао. У току трајања поступка бранилац подносиоца представке је обавестио суд да ће у одређеном периоду користити годишњи одмор, те је окривљеном одређен бранилац по службеној дужности, ради предузимања неопходних и неодложних процесних радњи. У међувремену поступајући органи су одлучили да треба да саслушају изабраног браниоца у својству сведока и то за радње које су претходиле самом поступку. Након тога је брат

²⁰ Case Ibrahim and others v. United Kingdom, app. no. 50541/08, 50571/08, 50573/08, 40351/09, Judgment 13 September 2016.

²¹ Case Dvorski v. Croatia, app. no. 25703/11, Judgment 20 October 2015.

²² Case Dudchenko v. Russia, app. no. 37717/05, Judgment 07. November 2017.

окривљеног, по вокацији адвокат специјализован за грађанске парнице поднео своје пуномоћје, али је суд заузео став да брат окривљеног нема искуства у кривичним предметима, те да не могу прихватити његово пуномоћје и окривљеном је постављен бранилац по службеној дужности. ЕСЉП је поступајући по представци утврдио да је радњама суда и полиције повређено право из чланова 3, 5 и 8 Конвенције, али не и право из члана 6 става 3ц Конвенције јер током периода заступања браниоца по службеној дужности није дато ни једно признање нити је изведен и један доказ који је могао утицати на даљи ток поступка. Предмет *Гувец против Турске*²³ представља предмет који је указао на потребу за усмеравањем пажње ка питању малолетних учинилаца кривичних дела и њиховом кажњавању. Наиме малолетнику оптуженом за нарушавање територијалнг интегритета државе одређена је као мера обезбеђења присуства притвор, као најригорознија мера са оправдањем да је за то кривично дело у то време била предвиђена смртна казна (извршење се везује за 1995. годину) и да у конкретном случају може поступати само суд државне безбедности. У првих шест месеци малолетно лице није имало браниоца, здравствено стање му је озбиљно нарушено, а бранилац који се накнадно прихватио предмета, врло често је пропуштао расправе. Поред бројних повреда који су учињени у конкретном предмету ЕСЉП је утврдио и повреду права на одбрану, јер оптужени није у кључним фазама суђења имао браниоца. У предмету *Годи против Италије*²⁴ подносиоцу представке је било ускраћено право на приступ браниоцу пред Апелационим судом у Болоњи с обзиром на то да два браниоца нису присуствовала расправи, а трећи бранилац који је присуствовао, се није упознао са списима предмета, нити окривљеним, те је ЕСЉП сматрао да је право повређено обзиром да окривљени није имао практичну и делотворну одбрану. За питање одсуства правне помоћи је занимљив и став ЕСЉП у предмету *Артико против Италије* у ком је наглашено да није потребно доказати да је одсуство правне помоћи проузроковало стварну штету, да би се доказала повреда, јер би овакво доказивање променило суштинско својство загарантованог права²⁵.

ЕСЉП је у односу на право на приступ браниоцу у фази преткривичног поступка заузимао различите ставове. Наиме да ли ће ЕСЉП утврдити повреду загарантованог права зависи од конкретних околности, па је тако у случају одбране која је могла бити неповратно

²³ Case GÜVEÇ v. Turkey, app. no.70337/01, Judgment 20 January 2009.

²⁴ Case Goddi V. Italy, app. no. 8966/80, Judgment 09 April 1984.

²⁵ N.Mod, K. Harbi, *Pravo na pravično suđenje – Vodič za primenu člana 6 Evropske Konvencije o ljudskim pravima*, Savet Evrope, Beograd 2007,121.

угрожена, односно када се догоди да окривљени призна кривично дело, или се из његовог ћутања, уз остале доказе може извести одређени закључак ЕСЉП утврђивао постојање повреде. За разлику од тога у случајевима када је право на браниоца било ускраћено одређено време, али је након тога обављен поверљив разговор, или у случају не давања никаквог признања пред надлежним органима, или у недостатку знакова притиска или последичног ризика по правично суђење, ЕСЉП и поред тренутног ускраћивања права, није утврђива постојање повреде²⁶.

Конвенција предвиђа и могућност да се окривљени брани уз помоћ постављеног браниоца, у случајевима када оптужени нема довољно средстава да плати правну помоћ, а када интереси правде то захтевају. Могућност да се окривљени брани уз помоћ постављеног браниоца када интереси правде то захтевају се темељи на правичности, која се јавља као непосредни извор права. Право на помоћ постављеног браниоца, је условљено са једне стране условом немања средстава за ангажовање браниоца, а са друге стране фразом када интереси правде то захтевају.

Питање финансијске способности је ретко оспоравано у пракси ЕСЉП, те се пажња усмеравала на утемељеност оцене финансијског стања, као и утемељеност евентуалног побољшања финансијске ситуације оптуженог. У предмету *Пакели против Немачке*²⁷ ЕСЉП је стандард да оптужени нема довољно средстава да плати правну помоћ тумачио у контексту чињенице да је оптужени пре започињања кривичног поступка провео две године у затвору, као и да је пред немачким судом показао спремност да докаже своје лоше имовинско стање. У предмету *Кроисант против Немачке*²⁸ подносилац представке, по вокацији адвокат био је оптужен за кривично дело пред Регионалним судом у Штудгарту, пред којим се водио кривични поступак. Осуђујућом пресудом овог суда оптуженом је изречена казна затвора и обавезан је да накнади држави трошкове ангажовања адвоката. У својој представци подносилац је истакао да не може бити обавезан да накнади трошкове одбране, с обзиром на то да је прихватио два адвоката изабрана од стране суда, а да му је трећи, који је такође био постављен *ex officio* био наметнут. ЕСЉП је заузео став да члан 6 Конвенције не укључује решавање питања да ли држава има ограничење да након окончања поступка покуша да накнади, односно поврати трошкове бесплатне правне помоћи оптуженом, који у време судског процеса није имао довољно средстава да плати правну

²⁶ K. Rid, *Evropska Konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007, 155.

²⁷ Op. cit. 6.

²⁸ Case of Croissant v. Germany, app. no. 13611/88, Judgment 25. September 1992.

помоћ. Такође суд истиче да је према немачком закону осуђени увек обавезан да накнади трошкове адвоката именованих од стране суда, што значи да право на бесплатну правну помоћ не искључује могућност обавезе накнадног накнађивања трошкова.

Постављање браниоца се у пракси ЕСЈП везује и за формулацију када интереси правде то захтевају. Практика ЕСЈП показује да се интерес правде тумачи у односу на тежину могуће санкције, врсту кривичног дела, сложеност и посебност поступка и способност окривљеног да сам заступа своје интересе у поступку. У предмету *Здравко Станев против Бугарске*²⁹ ЕСЈП је утврдио да су интереси правде у контексту права на правично суђење захтевали остваривање права на бесплатну правну помоћ подносиоца представке и то из разлога јер је сам поступак укључивао познавање правила о прихватљивости доказа, самог поступка и доказивања намере. За дело које му се стављало на терет у Бугарској стручан³⁰ бранилац би могао да се ефикасно супротстави аргументима тужилаштва, што сам окривљени и поред универзитетске дипломе према оцени ЕСЈП није могао. У предмету *Шабелник против Украјине*³¹ ЕСЈП је заузео став да када се ради о предметима лишења слободе, интереси правде захтевају правно заступање, а посебно због околности што се у току поступка окривљени бранио ћутањем, након тога дао исказ, за који ЕСЈП сматрао да је дат под нејасним околностима.

ЗАКЉУЧАК

Анализа појединих одлука ЕСЈП је указала на бројне повреде права, али и различите ставове који су резултирали и различитим одлукама. Несумњиво се може закључити да се право на одбрану увек посматра у контексту права на правично суђење, али и како су све појединачне радње утицале на исход поступка и сам ток поступка. Претпоставку исхода поступка пред ЕСЈП је тешко предвидети с обзиром на примену стандарда као што су императивни разлози ограничења права на одбрану, уверљиви разлози за одлагање приступа браниоца, критеријум практичне и делотворне одбране, али и специјализације адвоката. Несумњиво се

²⁹ Case of Zdravko Stanev v. Bulgaria, app. no. 32238/04, Judgment 03 November 2012.

³⁰ Стручност браниоца се у пракси врло често везује и за непредузимање потребних процесних радњи у интересу окривљеног вид. Case Daud v. Portugal, app. no. 22600/93, Judgment 21 April 1998, али и заступање од стране браниоца који се није упознао са списима предмета вид. Case Sannino v. Italy, app. no. 30961/03, Judgment 27 April 2006.

³¹ Case Shabelnik v. Ukraine, app. no. 16404/03, Judgment 19 February 2009.

може утврдити да савремена пракса ЕСЉП утврђује постајање повреде у случајевима одбране *per se*, када оптужени не присуствује свим фазама расправљања. У односу на питање ограничења права на одбрану у фази која предходи кривичном поступку, ЕСЉП је утврђивао повреду у случајевима када је одбрана могла бити неповратно угрожена, што свакако није чврст стандард који би се на исти начин могао тумачити и примењивати. Став ЕСЉП да у случају не давања исказа пред полицијским органима, када бранилац није присуствовао саслушању, не постоји повреда права, свакако представља став који се мора изменити с обзиром на чињеницу како ЕСЉП тумачи појам оптужени за кривично дело. У том смислу уколико је став суда да одређена права и слободе могу бити ограничена и пре формалног започињања кривичног поступка, онда се и право на одбрану мора поштовати од момента предузимања прве радње.

У односу на питање слободног избора браниоца ЕСЉП је утврђивао повреде и то у случајевима непоступања браниоца у складу са професионалном етиком адвоката, из разлога непоштовања закона о кривичном поступку и у случајевима када је бранилац у истом поступку био осумњичен за исто дело³². Питање практичне и делотворне одбране се може тумачити у контексту одбране *per se*, специјализације браниоца и стандарда „када интереси правде то захтевају„ Питање да ли се практична и делотворна одбрана може постићи личном одбраном, као и да ли су стандардни услови обавезне одбране гаранција правичног поступка питања су на које се може одговорити на различите начине. Наиме несумњиво је да се практична и делотворна одбрана може остварити преко изабраног или постављеног браниоца, али је питање да ли опредељење адвоката, као и његова досадашња пракса могу бити једини показатељ, или је потребно у оцену делотворности читавог поступка укључити и конкретне радње које су предузете. Са друге стране питање је да ли адвокат који има знања и праксе из кривичноправне области трпи одређене последице у случајевима непружања адекватне и делотворне правне помоћи. То значи да услов специјализације адвоката мора укључивати поред пружања правне помоћи и преданост предмету, без обзира да ли се ради о адвокату именованом од стране окривљеног или постављеног од стране надлежних органа.

Република Србија је имала велики број представки пред ЕСЉП, али се до сада ни један није односио на повреду права на одбрану. У истој

³² Л. Валковић „Право на приступ бранитељу у свјетлу пресуде Дворски против Хрватске,, *Хрватски етопис за казнено право и праксу* (Загреб) 2/2016, 346.

ситуацији се налазила и Република Хрватска до пре неколико година, када се појавио велики број представки пред ЕСЉП који се односио на повреду права на одбрану. Резултат великог броја представки и утврђених повреда загарантованог права резултирале су изменама Закона о казненом поступку и обавезом државе Хрватске да накнади трошкове.

Уколико се постави питање да ли је ЗКП усклађен са стандардима ЕСЉП у погледу питања права на одбрану може се закључити да проблем може представљати регулатива обавезне одбране. Иако је став ЕСЉП да државе потписнице Конвенције, имају право да самостално уреде питање обавезне одбране³³, ЕСЉП је заузимао став да се поред кривичног дела и висине запређене казне мора водити рачуна и о сложености поступка. ЗКП као разлоге обавезне одбране наводи поред висине запређене казне, личност окривљеног и различите процесне ситуације, али не и сложеност поступка. Поред овог проблема проблем такође може представљати и присуство браниоца приликом предузимња прве радње у фази која предходи кривичном поступку, која је законски гарантована, али се у пракси врло често не спроводи. Такође питање делотворне и ефикасне одбране није регулисано одредбама ЗКП-а, а може представљати основ за повреду права на одбрану. Наиме ЗКП само предвиђа да је дужност браниоца да помоћ пружи стручно, савесно и благовремено, као и да уколико постављени бранилац не извршава дужности на предвиђен начин, може бити разрешен. Поред ових питања стандард „када интереси правде то захтевају,“ није стандард који познаје домаће законодавство. Уколико се анализира питање одбране *per se* која је према ЗКП могућа у свим случајевима који нису обухваћени обавезном одбраном, у односу на ставове које је заузимао ЕСЉП може се закључити да је и у ситуацијама када обавезна одбрана није прописана домаћим законодавством у конкретном случају, узимајући у обзир све околности случаја, ЕСЉП врло често заузимао став да је лице морало имати адекватну стручну помоћ, правдајући свој став сложеност поступка. Имајући у виду све анализирани ставове ЕСЉП, као и одредбе ЗКП-а несумњиво је да постоји потреба са усаглашавањем законодавства са одређеним ставовима ЕСЉП.

³³ Case Correia de Matos v. Portugal, app. no. 48188/99, Judgment 15 November 2001.

VIOLATION OF THE RIGHT TO DEFENSE IN PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract: European convention on human rights and fundamental freedoms guarantees a right to a fair trial, which among other rights predicts that anyone who is accused for a criminal act has a right to defend personally or with a defender whom he can pick himself, or if he doesn't have enough resources he will be provided with such defense for free, when the interest of justice demands so. Even though this right is guaranteed, there are plenty of exemptions and violations of the right to defense for which European court of human rights is taking different stands and determines different legal standards when dealing with applications. Having in mind the issue of very complex law and frequent violations of guaranteed human rights, the subject of this paper is the analysis of the practice of the European court of human rights with a view on violation of the right to defense as well as important legal stands and standards. European court of the human rights, while applying the European convention on human rights and fundamental freedoms, has set the standards which relate to the interpretation of the provision that „anyone who is accused of a criminal deed,, and „when interest of justice demands so,,. European court of the human rights has taken the stand stands on the issue of the right to personal defense, denial of the right on the representative, justification of the assignment of the defense attorney ex officio as well as interests that justify the assignment of the defense attorney ex officio and „not having enough resources to hire a defense attorney,,.

Key words: right to defense, right to fair trial, defense per se, defense attorney, European Court of the human rights

³⁴ Minja Blažić Pavićević, LL.M, PhD student at the Faculty of Law University of Novi Sad, attorney at law, minjablazic@hotmail.com

ARBITRARNOST SUDSKIH ODLUKA KAO UGROZA VLADAVINI PRAVA U HRVATSKOJ – DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA

UDK:347.95:340.131(497.5)

Original research paper

Abstrakt: *Vladavina prava krunsko je pravno načelo, koje podrazumijeva sustav vlasti utemeljen na poštovanju ustava, zakona i drugih propisa, kako od strane građana, tako i od strane nositelja vlasti (napose ovih potonjih)! U svojoj prirodi vrlo kompleksan institut vladavine prava, pravnike praktičare pravosuđa prvenstveno upućuje na pravo na pošteno suđenje! Pravo na pošteno suđenje inkorporirano je u članak 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U Republici Hrvatskoj člankom 3. Ustava Republike Hrvatske, vladavina prava svrstana je u ustavnu kategoriju. Deklaratorno, vladavina prava institut je vrlo visoko rangiran u Republici Hrvatskoj. Da li je to i u praksi tako, možda bude jasnije nakon dovršetka ovog rada. Arbitrarnost ili izostanak iste u sudskim odlukama upravo može biti instrumentom za mjerenje pravne uređenosti, te demokratske uljuđenosti svake pojedine države. Vladavina prava kao jedan od najviših pravnih standarda upućuje na zabranu arbitrarnosti, pri čemu držim da je ključna obveza upravo sudova da zakonito i valjano obrazlože svaku svoju odluku. U tu svrhu, preporuka je da već prvostupanjski sudac, kod donošenja odluke, istu formulira i obrazloži vodeći se uputama Europskog suda za ljudska prava, sadržanim u bogatoj sudskoj praksi. Sudovanje na ovaj način jamči, između ostalog, približavanje najvišim standardima europskog sudovanja. Upravo motivirana nedorečenošću i neobrazloženošću pojedinih sudskih odluka, te svjedočeći većem broju odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske kojima su ustavne tužbe usvojene upravo poradi arbitrarnost sudskih odluka, odlučila sam upozoriti na ovu pojavnost. Ovo naročito imajući u vidu i presude Europskog suda za ljudska prava, ali ponajviše ponukana lošim općim mišljenjem, kako građana, tako i samih pravosudnih dužnosnika, o stanju pravosuđa u Republici Hrvatskoj.*

Ključne riječi: *arbitrarnost, vladavina prava, pošteno suđenje, obrazložene sudske odluke, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava*

* Odvjetnik iz Osijeka, Republike Hrvatske, odvjetnik@misevic-jaric.com

1. OPĆENITO O STANJU PRAVOSUĐA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Sudski postupci, na svim razinama, moraju biti u potpunoj harmoniji sa vladavinom prava, a sve kako bismo mogli govoriti o dobrom radu pravosuđa. Arbitrarnost sudskih odluka općenito predstavlja problem pravosuđa, osobito tamo gdje je povjerenje korisnika tog sustava poljuljano ili nedovoljno izgrađeno. Republika Hrvatska, ako promatramo razdoblje od 20-tak godina, ima napretka na polju poštivanja ljudskih prava, pa i na polju prava na pošteno suđenje. Dojam je cjelokupne javnosti, a napose aktivnih sudionika pravosuđa, kako smo na valu reformi s ciljem ulaska Republike Hrvatske u Europsku uniju, pravosudni sustav unaprijedili i podigli na ljestvici učinkovitosti. Međutim, nakon ulaska u Europsku uniju, stječe se dojam da se sa reformama stalo, ili su iste barem znatno usporile.

U svrhu praćenja i evaluacije učinaka Projekta potpore pravosudnom sustavu, Svjetska banka je naručila opsežno istraživanje zadovoljstva, iskustava i stavova građana, poslovne zajednice, korisnika sudova te zaposlenika u odabranim ustanovama pravosudnog sustava u kojima se realizira većina projekta.¹ Godine 2010. provedeno je inicijalno istraživanje, kojim se zabilježilo početno stanje prije početka realizacije projekta, provođenje jednog ili dva kontrolna istraživanja, tijekom perioda od pet godina, te je na kraju provedeno završno istraživanje kojim se omogućila evaluacija učinaka projekta. Na međunarodnom natječaju, posao provođenja inicijalnog istraživanja dobila je agencija Ipsos Puls d.o.o.

Problem negativne percepcije pravosudnog sustava konstantno je izražen, a manifestira se kako negativnim općenitim mišljenjem o funkcioniranju pravosudnog sustava, niskom kako apsolutnom tako i relativnom (u odnosu na npr. poreznu upravu, carinu, policiju i matične urede) razinom povjerenja u pravosudne institucije te niskom razinom očekivanja poštenog suđenja. U usporedbi s drugim institucijama pravosudne institucije su na vrhu prema percipiranoj proširenosti korupcije, a približno polovina građana korupciju

¹ Godine 2010. provedeno je inicijalno istraživanje, kojim se zabilježilo početno stanje prije početka realizacije projekta, provođenje jednog ili dva kontrolna istraživanja, tijekom perioda od pet godina, te je na kraju provedeno završno istraživanje kojim se omogućila evaluacija učinaka projekta. Na međunarodnom natječaju, posao provođenja inicijalnog istraživanja dobila je agencija Ipsos Puls d.o.o. 59% građana nema povjerenja u sudove, a 54% njih u državno odvjetništvo, 68% ima negativno općenito mišljenje o funkcioniranju pravosuđa, 51% smatra da prosječni građani ne mogu očekivati pošteno suđenje, 75% drži trajanje postupaka najvećim problemom pravosuđa Percepcija korupcije i promjena u pravosuđu: 40% percipira korupciju proširenom u institucijama pravosuđa, 51% smatra korupciju među sucima i u državnom odvjetništvu velikim problemom, 48% drži da suci i državni odvjetnici nisu neovisni od političkih pritisaka

vidi kao veliki problem. Međutim, jedan od glavnih izvora korupcije u pravosuđu je utjecaj politike - dvije trećine građana smatra ga velikim problemom, drugi je po važnosti uzrok visoke percipirane razine korupcije, a gotovo polovina građana smatra da suci i državni odvjetnici nisu neovisni od političkih pritisaka. U odnosu na rezultate istraživanja iz 2010. godine iskustva fizičkih osoba korisnika sudova su se blago pogoršala. Trenutačni društveni kontekst istraživanja (nepovjerenje u rad Vlade) je također dosta važan pa se tako može uočiti apatija jer je palo i opće povjerenje u rad institucija. U odnosu na prethodno istraživanje produžilo se vrijeme trajanja postupka te vrijeme koje je proteklo između dva ročišta. S druge strane, percepcija troškova je bolja jer za manje građana predstavlja previsoki trošak.

Državno odvjetništvo i sudovi u usporedbi s drugim institucijama spadaju u donju polovinu prema rangu povjerenja građana. Više od polovine građana navodi da uglavnom ne vjeruje sudovima i državnom odvjetništvu. Više od polovine smatra da prosječan građanin ne može očekivati pošteno suđenje ako bude stranka u postupku. Dojam približno polovine ispitanika tj. dominantan dojam u 2016. jest da stanje u pravosuđu općenito (ali i po pitanju trajanja sudskih postupaka te neovisnosti i profesionalnosti pravosuđa) ostaje isto. Dugotrajnost postupka i mogući politički utjecaj građani vide kao uzrok visoke percipirane razine korupcije. Način izvještavanja medija četvrti je po redu uzrok visoke percipirane razine korupcije i navodi ga trećina ispitanika. Najmanji broj ispitanika (17%) kao uzrok navodi nedostupnost imovinskih kartica pravosudnih dužnosnika. Većina ispitanika (59%) smatra da suci i državni odvjetnici (uglavnom ili uopće) nisu neovisni od političkih utjecaja u svom radu. Prema mišljenju zaposlenika uzrok visoke percipirane razine korupcije u pravosuđu su dugotrajnost postupka, način izvještavanja medija te mogućnost političkog utjecaja. Iz navedenog je razvidno pomanjkanje povjerenja u rad pravosudnih dužnosnika.

Unatoč tomu, promatrajući rad svih sudova u Republici Hrvatskoj, mogu konstatirati da se vidi napredak, napose kada je rad Ustavnog suda u pitanju. Ono na čemu zasigurno kao država možemo i moramo poraditi jest izgradnja povjerenja građana u rad sudstva, koji cilj će, između ostalog, biti postignut valjanim i argumentiranim obrazlaganjem sudskih odluka, kao jamstva pravičnog suđenja.

2. VLADAVINA PRAVA KAO KRUNSKO PRAVNO NAČELO

Govoriti danas o pravnoj državi, a da pri tomu prva asocijacija nije vladavina prava, je gotovo nezamislivo. Vladavina prava podrazumijeva

sustav vlasti utemeljen na poštovanju ustava, zakona i drugih propisa, od građana, ali i nositelja vlasti. Po definiciji Međunarodne komisije pravnik, vladavina prava nije samo formalna primjena pravnih instrumenata, nego također vladavina pravde i zaštita svih članova društva od pretjerane moći onih koji vladaju. Vladavina prava podrazumijeva i hijerarhiju propisa, gdje ustavna vladavina podrazumijeva da je svaki nositelj vlasti ograničen ustavom i zakonom. U teoriji se razlikuju formalna i materijalna vladavina prava.

„Formalna strana vladavine prava ističe njezin proceduralni značaj u kome se vladavina prava pojavljuje kao ključna za djelotvornost pravnog poretka i svodi se na formalno reguliranje pravila u propisima, ne uzimajući u obzir sadržaj propisa“²

Za formalnu vladavinu prava je dakle bitno da je norma i ponašanje koje se očekuje temeljem norme, predvidivo i sigurno. Prema materijalnoj vladavini prava bitni su vrijednosti i ciljevi koji se žale dostići. „Vladavina prava prema ovom shvaćanju postoji samo onda kada se pravni sustav gradi na određenom javnom moralu, odnosno na shvaćanju da treba praviti razliku dobrih od loših propisa u odnosu na njihov sadržaj. Sugerira se da vladavina prava stavlja na pijedestal moralne i vrijednosne sadržaje.“³

Definicija vladavine prava po UN-U glasi: „Za sustav UN-a, vladavina prava je načelo vladavine unutar koje su sve osobe, ustanove i entiteti, javni i privatni, uključujući i samu državu podložni zakonima koji su javno proglašeni, jednako se primjenjuju i štite od strane neovisnog sudstva, te koji su u skladu s međunarodnim pravilima i standardima ljudskih prava!“

O načelu vladavine prava u okviru Europske unije, imali smo prigodu puno naučiti na putu za punopravno članstvo u ovoj organizaciji. Već je u Preambuli Povelje o temeljnim pravima EU navedeno, između ostalog, da se Unija temelji na načelima demokracije i vladavine prava, dakle demokracija je neodvojiva od vladavine prava. Među najvažnije ciljeve Vijeća Europe također možemo uvrstiti vladavinu prava. Tako je Venecijanska komisija u Izvješću o vladavini prava iz 2011. god. utvrdila, kao nužne elemente vladavine prava:

-zakonitost; uključujući transparentan, odgovoran i demokratski proces donošenja zakona

-pravna sigurnost ili pravna izvjesnost

-zabrana arbitrarnosti

² Lauc, Z., Načelo vladavine prava u teoriji i praksi, Pravni vjesnik god.32, br. 3-4, 2016., str. 51.

³ Ibid.

-pristup pravdi pred neovisnim i nepristranim sudovima, uključujući sudski nadzor administrativnih akata

-poštivanje ljudskih prava

-zabrana diskriminacije i jednakost pred zakonom.

Upravo iz gore navedenog proizlazi važnost vladavine prava. Ne možemo dakle govoriti o demokratskoj državi ukoliko aspekt vladavine prava nije dosegao najviše standarde. Vladavina prava u praksi podrazumijeva demokratski proces donošenja propisa, primjenom kojih dolazi do pravne sigurnosti. Građanima je osiguran pristup neovisnim sudovima koji će, bez arbitrarnog djelovanja primjenjivati propise, uz poštovanje najviših standarda ljudskih prava, uvažavaju načelo jednakosti svih pred zakonom. Pravo na pošteno suđenje inkorporirano je u članak 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda.⁴ U Republici Hrvatskoj, člankom 3. Ustava Republike Hrvatske⁵, vladavina prava svrstana je u ustavnu kategoriju.

3. STANJE STVARI PO PITANJU VLADAVINE PRAVA U HRVATSKOJ

Ustav Republike Hrvatske utvrđuje, kao najviše vrednote, i vladavinu prava, pa se u članku 3. navodi:

“ Sloboda, jednakost, nacionalna ravnopravnost i ravnopravnost spolova, mirotvorstvo, socijalna pravda, poštivanje prava čovjeka, nepovredivost vlasništva, očuvanje prirode i čovjekova okoliša, vladavina prava i demokratski višestranački sustav najviše su vrednote ustavnog poretka Republike Hrvatske i temelj za tumačenje Ustava. “

Temeljni zahtjev vladavine prava su pravna sigurnost, pravna izvjesnosti pravnapredvidljivost, kao i pravičnost suđenja, koje je pak povezano s načelom stvarne djelotvornosti individualne pravne zaštite.

⁴ Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj. Presuda se mora izreći javno, ali se sredstva priopćavanja i javnost mogu isključiti iz cijele rasprave ili njezinog dijela zbog razloga koji su nužni u demokratskom društvu radi interesa morala, javnog reda ili državne sigurnosti, kad interesi maloljetnika ili privatnog života stranaka to traže, ili u opsegu koji je po mišljenju suda bezuvjetno potreban u posebnim okolnostima gdje bi javnost mogla biti štetna za interes pravde.

⁵ Ustav Republike Hrvatske, N.N. br.56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14

Članak 29. st. 1. Ustava daje jamstvo pravičnog suđenja, navodeći:

„Svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično i u razumnom roku odluči o njegovim pravima i obvezama, ili o sumnji ili optužbi zbog kažnjivog djela.“

Pojedine odluke sudova u RH često odudaraju od ovih standarda, o čemu bi trebalo voditi računa prije nego veći broj predmeta završi na Ustavnom sudu, pa i na Europskom sudu za ljudska prava. U tom smislu, zadaća Ustavnog suda je ispitati postojanje eventualnih povreda u postupcima koji su prethodili ustavnosudskom postupku, te na temelju istog ocijeniti da li su ti postupci, promatrani kao jedinstvena cjelina, bili vođeni na način koji bi strankama u postupku osigurali pravično suđenje.

Na teret koji Ustavni sud nosi po pitanju zaštite vladavine prava ustavni suci su upozoravali iranije: „...Općenito gledano, treba reći da je u mnogim europskim postsocijalističkim tranzicijskim državama, kakva je i Republika Hrvatska, upravno na ustavno sudstvo prebačena zadaća rješavanja teških ustavnih konflikata čiji se društveno-ekonomski uzroci crpe iz bliže i dalje prošlosti...Naročit je rezultat tih procesa stanje „juridizacije“, u kojem se političke odluke sve više prebacuju na pravnu razinu, te se više n odlučuje politički u predstavničkim tijelima, već se interpretacije svode na pravnu razinu..⁶

Stajališta Ustavnog suda u Republici Hrvatskoj, naročito u posljednje vrijeme, u mnogome su usuglašena sa stajalištima Europskog suda za Ljudska prava.

„...nije, naime, dovoljno da se kršenja prava na pristup sudu a posteriori sankcioniraju na razini Ustavnog suda već taj problem treba rješavati a priori na onoj razini na kojoj nastaje, što konkretno znači na razini sudstva..⁷

Upravo na ovu temu želim ukazati na evidentan napredak sudovanja, kako po pitanju obrazlaganja presuda, tako i po pitanju ujednačavanja sudske prakse od strane nižestupanjskih sudova. Naime, svjedokom sam činjenice da već drugostupanjski sudovi, ne čekajući intervencije Vrhovnog suda Republike Hrvatske, usuglašavaju praksu po identičnim pravim pitanjima, pa i na području istog suda, što je za svaku pohvalu.

⁶ Šarin, D., Aspekti prava na pravično suđenje-pravo na pristup sudu kroz jurisprudenciju Ustavnog suda Republike Hrvatske, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 53, 3/2016., str. 729.-762.

⁷ Jelušić, M., Šarin, D., Vladavina prava i uloga Ustavnog suda Republike Hrvatske u izvršavanju upravnih i upravnosudskih odluka, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 52, 1/2015., str. 175.-201.

Tako je Županijski sud u Splitu, u odluci broj GŽ R-518/16 od 30 svibnja 2017. god. navodi:

„...preinačuje se presuda Općinskog suda u Osijeku... na način da se sudi:

Odbija se kao neosnovan tužbeni zahtjev koji glasi:nalaže se tuženiku...

...U odnosu na potraživani dodatak na otežane uvjete rada kada je tužitelj prekovremeno radio, na koji dodatak ima pravo u slučaju redovnog rada, potraživanje tužitelja nije osnovano...“

„...Imajući u vidu drukčiji praksu ostalih županijskih sudova po identično pravnom pitanju (pravo na dodatak na plaću na otežane uvjete rada kada tužitelji rade prekovremeno), kao i drukčiji praksu samog Županijskog suda u Splitu, u slijedećoj odluci, koja je uslijedila nakon samo par mjeseci, sud ističe...“

„ ...Nadaje, prema pravnom shvaćanju suda prvog stupnja, što prihvaća i ovaj drugostupanjski sud, tužiteljici pripada pravo na dodatak na plaću za posebne uvjete rada, neovisno o tome je li rad ostvaren u redovnom radnom vremenu ili kao prekovremeni...“⁸

S aspekta vladavine prava u Republici Hrvatskoj, a u svjetlu presude ESLJP u predmetu Beaumartin v. Francuska⁹, vrlo je interesantno „pismo“ koje ministar zdravstva Republike Hrvatske piše ministru pravosuđa Republike Hrvatske, u vrijeme vođenja više stotina istovjetnih predmeta zdravstvenih radnika protiv bolnica, i to u vrijeme egzistiranja više desetaka pravomoćnih presuda i isto toliko predmeta koji se nalaze na rješavanju pred Vrhovni sudom Republike Hrvatske po izvanrednim revizijama.

Tako ministar zdravstva piše ministru pravosuđa:

„...*Protiv zdravstvenih ustanova svakodnevno se pokreću tužbe radi razlike plaća za prekovremeni rad, a temeljene na zahtjevu da na prekovremene sate treba obračunati i dodatke na plaću, što nije u skladu s odredbama Kolektivnog ugovora...želimo ukazati na neophodnost ujednačavanja sudske prakse...“*

Zauzimanjem pravnog stajališta pojedinih sudova dolazi do ozbiljnog proširivanja i povećavanja materijalnih prava radnika koja nisu kao takva ugovorena Kolektivnim ugovorom. Državno odvjetništvo, a budući je dopis

⁸ Županijski sud u Splitu, broj: GŽ-5718/2016 od 30. svibnja 2017. god. Županijski sud u Splitu, broj: GŽ R-1170/2016 od 18. siječnja 2018. god.

⁹ Predmet Beaumartin v. France, Europski sud za ljudska prava, br. 15287/98, presuda od 25.10.1994.

i njima dostavljen na znanje, u parničnom postupku u kojemu sudjeluje kao umještač-dakle stranka, po istom pravnom pitanju koje je predmetom i ovog dopisa, isti dostavlja u spis, prvostupanjskom sudu na znanje. Osnovano se može postaviti pitanje načela trodiobe vlasti, te obveze zakonodavne i izvršne vlasti da se ne miješaju u djelovanje sudova!

Odredba o nezavisnosti i nepristranosti temelji se na načelu diobe vlasti te se ni zakonodavna ni izvršna vlast ne smiju miješati u djelovanje sudova. U predmetu Beaumartin protiv Francuske, ESLJP je utvrdio: „Samo tijelo koje ima punu jurisdikciju i zadovoljava mnogobrojne zahtjeve, između kojih je i zahtjev nezavisnosti od izvršne vlasti, a i nezavisnost od stranaka u postupku, može se nazvati sudom u smislu čl. 6.“

Pravo na pošteno suđenje iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava je upravo kroz rad Europskog suda za ljudska prava razvijeno i do kraja definirao. Tako je i zabrana arbitrarnog postupanja iznjedrena kao element prava na pošteno suđenje upravo kroz rad Europskog suda.

„...Ovo pravo je kroz praksu Europskog suda za ljudska prava postupno razvijano i šireno. Po današnjem stanju prakse suda u Strasbourgu, a uzimajući u obzir sistematiku iz suvremenih komentara i doktrinarnih tumačenja Konvencije, može se navesti sljedeće elemente ili aspekte prava na pošteno (pravično, fair) suđenje:

- Pravo na pristup sudu (access to court);
- Pravo na pravnu pomoć (legal aid and advice);
- Pravo na procesnu ravnopravnost (equality of arms, „jednakost oružja“)
- Pravo na javno i kontradiktorno suđenje (public hearing)
- Pravo na saslušanje (fair hearing)
- Pravo na dokaz (right to proof)
- Pravo na javnu objavu presuda (public pronouncement of judgments)
- Pravo na sud ustanovljen zakonom (tribunal established by law)
- Pravo na nezavisnost i nepristranost u suđenju (impartiality and independence)
- Pravo na suđenje u razumnom roku (reasonable time)
- Pravo na učinkovitu ovrhu presuda (effective enforcement)
- Zabrana arbitrarnog postupanja (arbitrariness)¹⁰

¹⁰ Uzelac, A., Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Europskog

Iz različite prakse Ustavnog suda proizlaze standardi koje sudovi naše zemlje, donoseći odluke i obrazlažući ih, moraju doseći. Tako se nameće obveza Republike Hrvatske da stvori stabilan pravni okvir, tj. obveza da propisi moraju biti jasni, a primjena prava prihvatljiva i izvjesna.

„o tome da zahtjevi pravne sigurnosti i vladavine prava iz članka 3. Ustava traže da pravna norma bude dostupna adresatima i za njih predvidljiva, tj. takva da oni mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i obaveze kako bi se prema njima mogli ponašati. To je stajalište izrazio u osloncu na stajalište Europskog suda, prvi put formulirano u predmetu *Sunday Times (No.1) protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (presuda, 26. travnja 1979., zahtjev br. 6538/74, § 49.), u kojem je navedeno:

»19.5. .. Europski sud (je) odredio da zbog načela pravne izvjesnosti ‘moraju biti zadovoljena dva zahtjeva koja proizlaze iz izraza ‘propisan zakonom’. Prvo, zakon mora biti svima dostupan na odgovarajući način: građaninu mora biti omogućeno saznanje o tome što je pravno pravilo koje će se u danim okolnostima primijeniti na dotični slučaj. Drugo, norma se ne može smatrati ‘zakonom’ sve dok nije formulirana dovoljno precizno da građaninu omogući da prema njoj uskladi svoje ponašanje: njemu se mora omogućiti – po potrebi, uz odgovarajući savjet – da predvidi, do stupnja koji je razuman u danim okolnostima, posljedice koje njegovo ponašanje može uzrokovati’...

...Ustavni sud smatra nespornim da adresati pravne norme ne mogu stvarno i konkretno znati svoja prava i dužnosti te predvidjeti posljedice svojeg ponašanja ako pravna norma nije dovoljno određena i precizna. Zahtjev za određenošću i preciznošću pravne norme predstavlja »jedan od temeljnih elemenata načela vladavine prava« (presuda Europskog suda u predmetu *Beian protiv Rumunjske*, 6. prosinca 2007., zahtjev br. 30658/05, § 39: »... *constituel’undesélémentsfondamentaux de l’Etat de droit*«) i ključan je za postanak i održanje legitimiteta pravnog poretka. On osigurava da demokratski legitimirani zakonodavac samostalno zakonom razrađuje temeljna prava i slobode, da izvršna i upravna vlast raspolažu jasnim zakonskim i podzakonskim regulatornim mjerilima za svoje odluke te da sudbena vlast i sudovi mogu provoditi kontrolu zakonitosti pravnog poretka (presuda njemačkog Saveznog ustavnog suda 1 BvR 370/07 od 27. veljače 2008., § 209). Kad se taj zahtjev ne poštuje, neodređeni i neprecizni zakoni ustavnopravno nedopušteno delegiraju dijelove ovlasti zakonodavca na subjektivno rješavanje od upravnih i sudbenih vlasti.“

Ustavni sud podsjeća da zahtjev za određenošću i preciznošću pravne

suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60., 2010., str. 101.-148.

norme nije samo semantički zahtjev koji traži da se odnos između njezina adresanta i adresata odvija uz što manje komunikacijske neodređenosti. Ti su zahtjevi temeljna mjerila za normativnu regulaciju svih slučajeva u kojima odgovor na pitanje iznalaženja i tumačenja mjerodavnog prava ne bi bio jednoznačan.

„...Ustavni sud napominje da se zahtjevi za određenošću i preciznošću pravne norme moraju smatrati sastavnim dijelom načela vladavine prava na području svih grana prava jer bi njihovo zanemarivanje ugrozilo druge sastavnice načela pravne sigurnosti kao dijela načela vladavine prava, osobito zahtjeve za jedinstvenom primjenom prava te poštovanjem učinaka pravomoćnih presuda i drugih odluka tijela državne i javne vlasti...“

Pozitivni smisao zahtjeva za određenošću i preciznošću pravne norme, međutim, nije ispunjen ako građani, kao savjesne i razumne osobe, nagađaju o njezinu smislu i sadržaju, a njezini se primjenjivači često razilaze u njezinu tumačenju i primjeni u konkretnim slučajevima. Prijeporna tumačenja neke pravne norme, koja rezultiraju neujednačenom praksom upravnih i sudskih tijela, predstavljaju sigurnu naznaku pogrešaka i nedostataka u njezinoj određenosti.

Negativni smisao zahtjeva za određenošću i preciznošću pravne norme upućene tijelu državne vlasti znači da njezin izričaj mora vezati to tijelo tako da mu ne dopušta postupanje izvan svrhe određene njezinim sadržajem. To je važno i za postupanje tijela državne i javne uprave i za postupanje tijela sudbene vlasti. Prva smiju postupati samo na temelju dovoljno jasnih zakonskih mjerila koja ih pravno vezuju ili im pak dopuštaju određeni stupanj slobodne prosudbe (najčešće u obliku diskrecijske ocjene). U suprotnom bi ono ugrozilo slobodu građana od samovolje i zlouporabe državne vlasti, posebice u slučajevima mjera i radnji koje se poduzimaju prema njima bez njihova prethodnog znanja. Druga moraju kontrolirati zakonitost akata i postupanje primjenjivača pravnih normi na temelju jasnih i preciznih pravnih mjerila. Pri tome, nedostaci u preciznosti pravne norme mogu onemogućiti nadzor nad primjenom načela razmjernosti, odlučnog za ustavnopravno ograničenje prava ili slobode građana (članak 16. stavak 2. Ustava).¹¹

Pravo na pravično suđenje i vladavinu pravaposebno je apostrofirano u slijedećoj odluci:

„... Ustavni sud na kraju podsjeća da se pravo na pravično suđenje mora tumačiti u svjetlu vladavine prava kao najviše vrednote hrvatskog ustavnog poretka. S vladavinom prava usko je povezano načelo pravne sigurnosti

¹¹ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-I-722/2009, od 6. travnja 2011. god

koje je presudno za izgradnju povjerenja u sudski sustav. S druge strane, s pravičnošću suđenja u smislu članka 29. stavka 1. Ustava usko je povezano načelo djelotvornosti individualne pravne zaštite..¹²

Povreda prava na pravično suđenje pred redovitim sudovima kad obrazloženje sudskih odluka ne sadržava relevantne razloge za oduku, pojašnjena u slijedećoj odluci:

„...Ustavno i konvencijsko pravo na pravično suđenje jamči zaštitu od arbitrarnosti u odlučivanjusudova i drugih državnih tijela. Obrazloženja sudskih odluka odnosno odluka drugih nadležnih tijela koja ne sadrže relevantne i dostatne razloge za ocjenu kakva je odlukom dana, upućuju na zaključak o arbitrarnosti...“¹³

Posebno značajna za pravnu praksu je odluka Ustavnog suda, koja se poziva na argumentzdravog razuma:

„...Ustavni sud ističe da se objektivni pravni poredak u društvu utemeljenom na vladavini prava ne može graditi ni zaštita ustavnih prava pojedinaca zasnivati na razlozima koji ne počivaju na argumentu “zdravog razuma”. Stoga svako tumačenje mjerodavnog prava mora imati uporište u zdravom razumu i pravnoj logici jer bi u protivnom moglo imati apsurdne učinke u odnosu na ostvarivanje i zaštitu pojedinačnih prava. Takav način tumačenja i primjene mjerodavnog prava posljedično se ne može drukčije nazvati nego arbitrarnim...“¹⁴

Selektivno tumačenje pravne norme također upućuje na arbitrarnost:

„...Stječe se dojam da su Državna komisija i Visoki upravni sud članak 72. st. 2. ZUP-a selektivno tumačili te potpuno zanemarili veznik „ili“ i drugi dio odredbe....Pri tome za svoj pristup nisu dali nikakvo obrazloženje pa su ostali nejasni razlozi zbog kojih smatraju...Ustavnom sudu ne preostaje ništa drugo nego utvrditi da je navedeno selektivno tumačenje mjerodavne zakonske odredbe, polazeći od jasnog sadržaja stavka 2. članka 72. ZUP-a, neprihvatljivo. Ono upućuje na arbitrarnost u tumačenju i primjeni mjerodavnog prava...“¹⁵

¹² Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III1942/2010 i U-III-1943/2010, od 8. srpnja 2013. god.

¹³ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-609/2014, od 30. ožujka 2016. god.

¹⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III- U-III-5184/2013 od 8. prosinca 2016. god.

¹⁵ Ustavni sud Republike Hrvatske, U-III-4459/2012, od 21. travnja 2016.god.

4. PRIMJERI

KRŠENJA NAČELA VADAVINE PRAVA U ZEMLJAMA EUROPSKE UNIJE I HRVATSKE S ASPEKTA PRESUDA EUROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA-ARBITRARNOST

Ovo je možda dobro mjesto da se osvrnem na institut „četvrtе instance“. Sukladno ovom načelu, Europski sud za ljudska prava u pravilu se ne upušta u ocjenu da li je nacionalni sud na pravilan način primijenio nacionalne propise, i jesu li pravna i faktična pitanja riješena u skladu s tim propisima. Ovo načelo nije apsolutno, Sud će ga prekoračiti kada se u postupku pojavi očigledno arbitrarno ili nerazumno postupanje. Stoga je bitno zaključiti da pitanje pravičnosti nije jednako pitanju da li je odluka nacionalnog suda „ispravna“.

U ovom kontekstu držim bitnim osvrnuti se i na načelo „jednakosti oružja“, što podrazumijeva da svakoj stranci u postupku treba dati mogućnost da se očituje, te da niti jedna strana ne bude dovedena u podređen položaj.

U kontekstu ovog načela želim istaknuti situacije s kojima sam se često susretala tijekom odvjjetničke prakse, zastupajući radnike velikih ustanova. Nerijetko se dešavalo da sudovi tužitelju-radniku ne priznaju troškove predprocesnog vještačenja, unatoč činjenici da je tužitelj bio fizička osoba koja ne raspolaže financijskim znanjima, a tuženik pravna osoba sa odjelom za financijske poslove i 20-tak zaposlenih samo na poslovima financija. Tužitelj je morao angažirati financijskog vještaka da bi uopće mogao postaviti određiv tužbeni zahtjev, te je isti trošak, po uspjehu tužitelja u parničnom postupku, trebao biti dosuđen kao predprocesni trošak.¹⁶

Stranka u postupku ima pravo na obrazloženu sudska odluku. Stranka treba biti upoznata o stavovima suda, o činjenicama i pravnim stavovima na osnovu kojih je sud donio odluku. Ukoliko odluka suda nije valjano obrazložena, ugroženo je i još jedno pravo iz čl. 6. Konvencije-strankama je onemogućen pristup sudu zbog nemogućnosti djelotvornog korištenja pravnog lijeka, jer samo temeljem obrazložene sudske odluke će viša instanca suda moći ispitati ispravnost odluke.

4.1. OBRAZLOŽENA PRESUDA U PRAKSI USLJP

Presude ESLJP su odluke iz kojih pravosuđe država članica Europske

¹⁶ vidi Mišević, S., Predprocesni parnični trošak, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2015. god., str., 683.-690.

unije (ali i onih koje će to tek postati) zasigurno mogu puno učiti.

Stoga ću u ovom radu najprije analizirati pojedine odluke ESLJP koje se tiču arbitarnosti, a onda se osvrnuti i na odluke ESLJP koje se tiču odluka hrvatskih sudova, ali i na odluke koje bi tek mogle postati predmetom preispitivanja ESLJP. Pravo na obrazloženu sudsku odluku služi očuvanju povjerenja javnosti u objektivni i transparentan pravosudni sustav. Tamo gdje takvo povjerenje nije još ni izgrađeno (a ako se osvrnemo na rezultate istraživanja u Hrvatskoj s početka ovog rada, bit će jasno da Hrvatska ulazi u ovu kategoriju), sudovi imaju dodatnu odgovornost i obvezu! Upravo je pravo na obrazloženu presudu jamac zaštite pojedinca od proizvoljnog (arbitrarnog) presuđivanja.

ESLJP smatra da ispravna djelatnost u smislu prava na obrazloženu odluku podrazumijeva da u odluci, od strane nacionalnog tribunala, moraju na adekvatan način biti izloženi razlozi na kojima je odluka zasnovana.¹⁷

Dobro obrazloženje podrazumijeva:

1. Odluka mora jasno pokazati strankama da su saslušane i upravo obrazloženje ukazuje na to da li su stranke imale pravično suđenje
2. Dobro obrazložena odluka omogućava žalbu protiv odluke-odluka koja ne sadrži valjano izložene razloge, ne daje strankama mogućnost da je valjano ospore
3. Kao što strankama omogućava ulaganje pravnog lijeka, obrazložena odluka omogućava i revizijskom tijelu provođenje postupka kontrole
4. Samo obrazložena odluka omogućava javnosti razmatranje djelovanja i odlučivanja sudova i javnih vlasti.¹⁸

Opetovano podsjećam da bi nacionalni sudovi o svemu gore navedenom trebali voditi računa već kod donošenja prvostupanjske odluke. Revizijski nacionalni sudovi mogu u potpunosti podržati razloge navedene u nižestupanjskim odlukama, odnosno, mogu primijeniti određenu pravnu odredbu kako bi odbili pravni lijek kojim se ističu pravni nedostaci koji nemaju nikakvu šansu da uspiju u žalbenom postupku.

¹⁷ predmet *Suominen v. Finland*, Europski sud za ljudska prava, br. 37801/97, stavak 36., 1. , presuda od srpanja 2003.)

¹⁸ Pravo na obrazloženu presudu, praksa ESLJP, B. Spaić i G. Dajović, Področica 2016., str. 28.-49.

Međutim, ESLJP je u pojedinim odlukama odstupio od načelnog stava da revizijski sud može odbiti žalbu tako da bezrezervno podrži razloge navedene u odlukama nižih sudova. Ova iznimka se dešava u slučaju kada je niži sud odluku zasnovao na proturječnoj i nezakonitoj argumentaciji. Tada se revizijski sud mora izjasniti o tim neodgovarajućim, proturječnim i nekonzistentnim razlozima, neovisno tomu da li odluku potvrđuje ili ukida.¹⁹

Dakle, kad god je prigovor stranke da je argumentacija nižestupanjskih sudova neodgovarajuća, nekoherentna ili proturječna, revizijski sud je obavezan ispraviti manjkavosti argumentacije nižestupanjskih sudova. Valja imati na umu da pojedina nacionalna zakonodavstva propisuju i strože obveze kada je u pitanju obveza obrazlaganje sudskih odluka, od onih koje nameće ESLJP.

Tako Ustav Španjolske precizira: „Presude sadrže iskaze o razlozima na kojima su zasnovane i bit će javno izrečene.“

Bitno je za naglasiti da valjano obrazložena odluka sudova ne bi smjela imati neodređene pravne pojmove, jer isti, ukoliko nisu na odgovarajući način razrađeni u odluci, normativnim aktima ili u sudskoj praksi, imaju ograničeno djelovanje, te odluka ne bi smjela biti u potpunosti zasnovana na njima.

Kao što je već upozoreno, zadatak ESLP nije interpretacija nacionalnog zakonodavstva, izuzev u slučaju „očigledne arbitrarnosti“. Tako je ESLJP više puta upozorio na obvezu nacionalnih sudova da samom odlukom učine jasnim da su sva suštinska pitanja razmotrena.²⁰

ESLJP značajnu ulogu pripisuje sudskoj praksi na nacionalnom nivou, u kontekstu čl. 6. st. 1. Konvencije, iz čega onda proizlaze i određene obveze državnih tijela. Iz raznih presuda ESLJP proizlazi slijedeće:

- državne vlasti, uključujući tu i tribunale, moraju primjenjivati domaće zakonodavstvo na predvidiv i ustaljen način;

-u sudskoj praksi na nacionalnom nivou ne smije postojati duboke i dugotrajne razlike u presuđivanju povodom sličnih slučajeva

-primjena pravnih normi mora biti ujednačena, te moraju egzistirati mehanizmi za rješavanje eventualne neujednačenosti.

- praksa najviših sudova u zemlji mora biti konzistentna u najvećoj mogućoj mjeri, uz maksimalno poštivanje principa pravne sigurnosti (presuđivanje u skladu s prethodnim odlukama najviših sudova u slučajevima koji su vrlo slični).

¹⁹ Predmet Hirvisaari v. Finland, Europski sud za ljudska prava, br. 49684/99, ECHR, presuda od 27. septembra 2001.

²⁰ Predmet Boldea V Romania, Europski sud za ljudska prava, br. 19997/02 od 15. veljače 2007.

4.2. OBRAZLOŽENE PRESUDE U PRAKSI ESLJP PROTIV REPUBLIKE HRVATSKE

Veliku udio postupaka pokrenutih protiv Republike Hrvatske pred ESLJP odnosi se na povredu prava na pošteno suđenje. Pravo na pošteno suđenje iz čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava je upravo kroz rad Europskog suda za ljudska prava razvijeno i do kraja definirao.

Tako je ESLJP donosio presude protiv Republike Hrvatske radi povrede načela „jednakosti oružja“, pa je tako sudio:

„...Sudje utvrdio da je Općinski sud u Opatiji stoga, sjedne strane, odbio saslušati i jednog od šest svjedo kako je je predložila podnositeljica dokje, s druge strane, saslušao još četiri svjedoka koje su predložili tuženi, iako je, pov lastitom na vodu, činjenično stanje do tad već bilo utvrđeno...“ Stimuvezi, Sudjeutvrdio kako, iako nije njegov zadatak preispitivati diskrecijsku ocjenu suda o tome koje će se dokazi izvesti, u ovom slučaju odbijanje dokaznih prijedloga podnositeljice nije bilo u skladu s jednakosti oružja, kao jednom od zahtjeva koncepta pravičnog suđenja (vidi *Eskbataniv.Sweden*, presuda od 26 svibnja 1988., Serija A br.134, st.14, t.30), te kak o posebnu važnost valja posvetiti povećanju senzibiliteta javnosti na poštenu distribuciju pravde (vidi *Borgersv Belgium*, presuda od 30. listopada 1991., Serija A br. 214-B, st. 31, t. 24). Imajućina umu navedena razmatranja, Sud je utvrdio kako podnositeljica u ovom slučaju nije imala pravično suđenje u toliko što je sud odbio saslušati i jednog od šest svjedoka koje je podnositeljica predložila na način koji je proturječan argumentima kojima je taj isti sud ipak dopustio saslušanje dodatna četiri svjedoka tuženih. Stoga je došlo do povrede članka 6.. ESLJP također je utvrđivao kako su presudama hrvatskih sudova povrijeđena načela pravne sigurnosti, upozoravajući na nedosljednost u odlučivanju:

U svjetlu gore navedenog, Sud smatra da postojanje dviju proturječnih odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske u istom predmetu nije uskladu s načelom pravne sigurnosti. Uloga višega suda je upravo rješavati proturječnosti u sudskoj praksi, izbjegavati nedosljednosti i osigurati jedinstvenu primjenu zakona. Stoga je donošenjem novog rešenja o istome pitanju u istome postupku, suprotnog odprethodnog rešenja, bez ikakvog upućivanja na prethodno rešenje ili davanja obrazloženja za drukčije shvaćanje, Vrhovni sud Republike Hrvatske u ovome predmetu sâm postao izvor nesigurnosti.

Upravo po pitanju nedosljednosti u odlučivanju, ali i pravu na pristup sudu, ESLJP je i ovih dana, 15. ožujka 2018. god. donio odluku protiv Republike Hrvatske, u kojoj je ustvrdio: „...Niži sudovi ni Vrhovni sud RH nisu na taj način iznijeli niti jednu tvrdnju koja bi mogla opravdati

zašto su odstupili od zaključaka donesenih u predmetima koji su identični podnositeljvom. Navedene su činjenice dovoljne da Sud dođe do zaključka da način na koji su domaći sudovi primijenili mjerodavno domaće pravo nije bio predvidiv za podnositelja zahtjeva koji je razumno očekivao da će se odlučivati o osnovanosti tužbenog zahtjeva. Takvo stanje stvari koje je u suprotnosti s dobro ustaljenom sudskom praksom najvišeg suda u državi povrijedilo je načeli pravne sigurnosti i dovelo do uskraćivanja pravde, što je umanjilo samu bit podnositeljevog prava na pristup sudu, a koje je zajamčeno člankom 6. stavkom 1. Konvencije...“²¹

ESLJP odlučivao je i o povredi načela prava na pošteno suđenje općenito. Tko je suđeno:

„...Sud u ovom predmetu primjećuje da su na završnom ročištu pred Općinskim sudom u Zagrebu 12. lipnja 2007., na kojem su tražile naknadu troškova postupka, podnositeljice zahtjeva podnijele pisani specificirani zahtjev za naknadu troškova u iznosu od 14.786,40 HRK...“ Dakle, one su ispunile zahtjeve mjerodavnog domaćeg prava, odnosno da svaki zahtjev za naknadu troškova postupka mora biti specificiran i dostavljen najkasnije na kraju završnog ročišta prije donošenja odluke o troškovima (vidi stavak 22. ove presude i članak 164. Zakona o parničnom postupku).

47. Nakon što je njihov zahtjev za naknadu troškova postupka odbijen od strane Općinskog suda u Zagrebu s obrazloženjem da su samo djelomično bile uspješne u postupku, podnositeljice zahtjeva osporile su tu odluku pred Županijskim sudom u Zagrebu tvrdeći da je prvostupanjski sud napravio pogreške u procjeni njihovog prava na naknadu troškova postupka (vidi stavke 10. i 12. ove presude).

48. Budući da je Županijski sud u Zagrebu prihvatio tvrdnje podnositeljica zahtjeva da je prvostupanjski sud pogrešno ocijenio njihov uspjeh u postupku koji se odnosi na naknadu troškova, presudivši da im ti troškovi u stvari trebaju biti nadoknađeni, istaknuo je da je jedini razlog zbog kojeg im troškovi ne mogu biti nadoknađeni bio taj što podnositeljice zahtjeva nisu podnijele specificirani zahtjev za naknadu troškova (vidi stavak 13. ove presude). Iz toga slijedi da Županijski sud u Zagrebu očigledno nije uzeo u obzir specificirani zahtjev za naknadu troškova podnositeljica zahtjeva od 12. lipnja 2007. (vidi stavak 46. ove presude).

49. U takvim okolnostima i u nedostatku odgovarajuće procjene predmeta od strane Ustavnog suda, Sud ne može drugo nego zaključiti da

²¹ Predmet Gregurić v. Republika Hrvatska, Presuda Europskog suda za ljudska prava, br. 45611/13 od 15. ožujka 2018.

je jedini razlog za odbacivanje zahtjeva podnositeljica za naknadu troškova postupka očigledna pogreška u nalazima Županijskog suda u Zagrebu koji je zanemario specificirani zahtjev za naknadu troškovima postupka podnositeljica zahtjeva koji je podnesen na ročištu 12. lipnja 2007. (vidi stavak 9. ove presude i usporedi prethodno citirani predmet *Dulaurans*,

§ 38.). Time je propustio provesti pravilno i razumno ispitivanje podnesaka podnositeljica zahtjeva i sukladno tome nije osigurao pravo podnositeljica zahtjeva na pošteno suđenje, kako je propisano člankom 6. § 1. Konvencije.

50. Stoga je došlo do povrede članka 6. § 1. Konvencije.-24

U jako velikom boju slučajeva, ESLJP je odbacio prijedloge stranka, utvrđujući očitu neosnovanost zahtjeva.²²

Sud je utvrđivao da je povrijeđeno pravo na pošteno suđenje kada je povrijeđen razuman rok za donošenje odluke-²³

Pravo na pristup sudu je također načelo o kojem je ESLJP i ranije donosio odluke protiv Republike Hrvatske:

„...Budući da je podnositelj podnio svoju ustavnu tužbu

Ustavnom sudu 11. listopada 2008. godine, dakle u roku od trideset dana, Sud bilježi da je Ustavni sud očito pogriješio i pogrešno izračunao rokove kad je utvrdio da je podnositeljeva ustavna tužba nedopuštena kao nepravovremena...“²⁴Niz aktualnih prvostupanjskih i drugostupanjskih odluka hrvatskih sudova u dogledno vrijeme mogu postati predmetom preispitivanja ESLJP.

Akterom sam (kao punomoćnik) velikog broja radnih sporova (cca 1.000) u kojima se čeka odluka Vrhovnog suda po izvanrednim revizijama. Držim da je pravosudni sustav Republike Hrvatske ponovno na ispitu zrelosti na temu vladavine prava, neovisnosti sudstva i prava na pošteno suđenje.

²² Predmet *Bjedov v. Republika Hrvatska*, Presuda Europskog suda za ljudska prava, br. 42150/09 od 29.5.2012.

²³ Predmet *Brezec v. Republika Hrvatska*, Presuda Europskog suda za ljudska prava br. 7177/10 od 18.7.2013.

²⁴ Predmet *Ćosić v. Republika Hrvatska*, Presuda Europskog suda za ljudska br. 28261/06 od 15.1.2009

5. DE LEGE LATA - PREPORUKE ZA UNAPRJEĐENJE TEMELJEM DOSADAŠNJIH ISKUSTAVA

Temeljem dosadašnjih razmatranja, dolazi se do pravila koja se tiču obrazlaganja presuda po najvišim standardima europskog sudovanja. Pri tomu bi već prvostupanjski sudovi trebali isto imati na umu, razmišljajući već kod donošenja prvostupanjske odluke kako predmet može biti preispitivan na ESLJP, kada su zahtjevi stranaka takvi da se tiču prava i sloboda zajamčenih Konvencijom. Pri tomu treba imati na umu da pravo na obrazloženu odluku nije obveza samo sudova, kako redovitih tako i ustavnih, nego svih tijela javne vlasti koji odlučuju u raznim postupcima. Kako bi se zasnovalo, a kasnije i zadržalo povjerenje javnosti u pravosuđe, odluke sudova moraju biti jasno formulirane, razumljive prosječnom građaninu. Pravo na obrazloženu odluku imaju prvenstveno stranke u postupku, ali i šira javnost, jer upravo od valjano obrazložene odluke ovisi povjerenje stranke i javnosti u rad pravosuđa. Sudovi su dužni obrazlagati svoje odluke, navodeći odgovarajuće i dovoljne razloge za odluku. Razlozi će biti odgovarajući, kada su zasnovani na važećim nacionalnim aktima, te ukoliko stranka može efektivno koristiti pravni lijek protiv odluke. Obrazloženje presude se ne smije svesti na fraze „tužitelj nije dokazao“, bez valjane analize činjenica. Također, obrazloženje presude se mora odnositi na sam predmet spora. Ukoliko je u odluci riječ o tomu da je nekom državnom mjerom ugroženo ljudsko pravo ili samo postoji bojazan da bi ljudsko pravo bilo ugroženo, obrazloženje odluke mora sadržavati analizu proporcionalnosti. Pravni pojmovi koji nisu određeni do kraja, ukoliko nisu dovoljno razrađeni u odluci, normativnim aktima ili praksi, ne mogu biti temelj za odluku. Neophodno je da sva ključna pitanja pojedinog predmeta budu razmotrena, i to se mora vidjeti iz obrazloženja odluke. Ukoliko stranke u podnescima iznose stavove koji su odlučni za ishod spora, obrazloženje odluke mora izričito sadržavati odgovor i stav suda o istim stavovima. Sudovi su obvezni primjenjivati nacionalno zakonodavstvo na predvidiv i uobičajen način, a sve kako se u praksi nacionalnih sudova ne bi pojavile duboke i dugotrajne razlike u presuđivanju povodom istih ili sličnih predmeta. Primjena supstantivno sličnih normi u predmetima sa istom ili sličnom činjeničnom građom i strankama i sličnim pozicijama, mora biti ujednačena, a ukoliko tomu nije tako, mora postojati mehanizam za ujednačavanja prakse, što je upravo zadaća revizijskog suda. Ukoliko odluka nižestupanjskih sudova nije valjano obrazložena, postavlja se upit postupanja višestupanjskih sudova po žalbama, pa se može dovesti u pitanje pravo stranke na pristup sudu. Sto se revizijskog suda tiče, njegova uloga je ispraviti manjkavosti u argumentiranju nižestupanjskih sudova, ukoliko je razlog podnošenja revizije navod da je

obrazloženje nižestupanjske presude neodgovarajuće ili proturječno. Također, revizijski sud se treba izjasniti o bitnim navodima iz podnesaka koji su bili predmetom rasprave na prvostupanjskom sudu, neovisno o tomu da li izričito navedeni u pravnom lijeku, jer se šutanja revizijskog suda ne može smatrati odbijanjem prigovora iz podneska. Nužno je da najviši sudovi u državi imaju konzistentnu praksu, uz poštivanje principa pravne sigurnosti, koja podrazumijeva u najvećem mogućem broju slučajeva presuđivanje u skladu sa ranijim odlukama najviših sudova u sličnim ili istim predmetima. Ukoliko dolazi do odstupanja od sudske prakse, ovo odstupanje mora biti valjano i argumentirano obrazloženo. Kada nacionalno pravosuđe bude zadovoljavalo većinu navedenih standarda što se tiče zabrane arbitrarnosti sudskih odluka, moći ćemo govoriti o povećanju povjerenja građana u pravosudni sustav Republike Hrvatske.

**СВЈЕДОК САРАДНИК ПРАВОСУЂА У КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ
DE LEGE LATA DE LEGE FERENDA**

UDK:343.143(497.6)

Review paper

Апстракт: *Постоје различите врсте свједока, те је стога и значај њихових свједочења различит. Најпрецизније информације могу дати саизвршиоци и лица из њиховог окружења, те је свједочење тих лица свакако најзначајније у кривичном поступку. Та лица углавном одбијају да свједоче, било због тога што и сама подлијезу кривичном прогону, родбинских и других веза, страха од освете и тешко их је приволити на сарадњу са органима кривичног гоњења. Различити су модалитети којима органи кривичног гоњења обезбјеђују сарадњу таквих лица, као што су давање имунитета од кривичног гоњења и склапање споразума о свједочењу између таквих свједока и органа кривичног гоњења. У Босни и Херцеговини кривично процесно законодавство на свим нивоима, предвиђа могућност давања имунитета свједоку, те постоји институт заштићеног свједока, али када је у питању свједочење лица која су учествовала у извршењу кривичног дјела, тренутно је једино у Федерацији БиХ предвиђена могућност споразума између починиоца кривичног дјела и тужилаштва о свједочењу, гдје то лице постаје свједок сарадник правосуђа. У досадашњој пракси у Босни и Херцеговини, примјена имунитета од кривичног гоњења свједока и заштите свједока је показала потребу за квалитетнијим и прецизнијим нормативним уређењем, а у циљу побољшања ефикасности и економичности кривичног поступка, неопходно је у кривично процесно законодавство увести и разрадити норме којима би се обезбиједила могућност свједочења лица која су учествовала у извршењу кривичних дјела, а која избјегавају да свејдоче. Прецизнијим и квалитетнијим уређењем предметне материје, по угледу на државе у окружењу, допринијело би се ефикасности, ефективности и економичности кривичних поступака, прије свега кривичних поступака у вези са кривичним дјелима организованог криминала и корупције.*

Кључни речи: *Свједок сарадник правосуђа, имунитет, заштићени свједок, свједочење окривљеног, кривично гоњење*

* студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Новом Саду

Увод

Да би се у кривичном поступку недвосмислено утврдило да је одређено дјело кривично дјело и да је одређено лице извршилац тог кривичног дјела, органи кривичног гоњења морају обезбиједити доказе који ће бити изведени у доказном поступку пред судом, како би од почетних сазнања (основа сумње) подигли степен извјесности до недвосмисленог. Недвосмислено утврдити да је одређени догађај одређено кривично дјело, утврдити ко је извршилац тог кривичног дјела, ко су евентуални саучесници и помагачи и утврдити све остале релевантне чињенице значи у потпуности расвијетлити кривично дјело. Да би доказао да је заиста почињено кривично дјело и да је одређено лице починилац тог кривичног дјела тужилац у кривичном поступку предлаже и изводи различите врсте доказа, као што су материјални докази попут трагова са лица мјеста (трагови биолошког поријекла, трагови оружја и др.) и лични докази, односно искази лица која могу дати битне чињенице о кривичном дјелу, извршиоцу и/или другим доказима о кривичном дјелу или извршиоцу. Лица која могу дати исказе о кривичном дјелу, извршиоцима и другим битним чињеницама за кривични поступак су свједоци.

Главни процесни субјекти су окривљени и тужилац, а свједок је споредни процесни субјект. Кривичног поступка нема без тужиоца и окривљеног (оптуженог), док кривични поступак може бити вођен и окончан без потребе да се позивају и саслушавају свједоци, посебно када се ради о упрошћеним процесним формама.

Постоји низ одредница које дефинишу свједока у кривичном поступку, а не само познавање релевантних чињеница о којима могу дати исказ. И окривљени даје исказ о правно релевантним чињеницама у вези конкретног кривичног дјела, али у другом својству и према другим правилима. Свједоци могу да свједоче о чињеницама које су њима лично познате, односно које су они непосредно видјели, чули, направили, израдили, урадили и др. Свједоци такође могу да свједоче и о чињеницама које су сазнали од других лица. Такве свједоке називамо "свједоци по чувењу". Сва лица која се могу испитати као свједоци се питају одакле им је познато оно о чему свједоче, па тако, ако су сазнања свједока непосредна ради се о тзв. оригинарним свједоцима, а ако су сазнања свједока посредна у питању су тзв. деривативни свједоци.¹ Свакако да су за кривични поступак интересантнији, поузданији и значајнији искази

¹ Шкулић, М., Бугарски, Т., Кривично процесно право, Правни Факултет Универзита у Новом Саду, 2015., стр. 272.;

свједока који су непосредним чулним опажањем сазнали одређене чињенице у односу на свједоке који су одређене чињенице сазнали из казивања других лица. Сви процесни субјекти могу да предложе одређена лица као свједоке у поступку, а суд ће да одлучи да ли је потребно те свједоке позвати да свједоче или не, односно да ли су њихови искази релевантни за расвјетљавање кривичног дјела.

Свједок је физичко лице, које по правилу није главни процесни субјект, које се позива да пред надлежним органом поступка и у прописаној форми да лаички исказ о правно релевантним чињеницама у циљу њиховог доказивања.² Свједоци се могу и сами појавити код органа кривичног гоњења и окривљеног и истима предочити да располажу са одређеним сазнањима и да могу дати правно релевантне чињенице за вођење поступка. Процесни субјекти предлажу суду извођење доказа, па тако и предлажу да се у току поступка позову и саслушају као свједоци одређена лица. По предлогу странака суд одлучује која ће лица позвати у својству

Даље, свједок је у обавези да приликом свједочења да истинит и тачан исказ. Уколико се утврди да свједок није дао истинит и тачан исказ, пријети му кривични прогон због почињеног кривичног дјела давања лажног исказа или лажног свједочења. Кривично материјалним законодавством се уређује и прописује кривично дјело, чије биће се састоји у томе да свједок у поступку није свједочио истинито и тачно. Тиме се, прописаношћу таквог поступања као кривичног дјела и запријеђеном санкцијом, покушава утицати на свједоке да у поступку поступају савјесно и да не избјегавају свједочити, те да о ономе што свједоче дају истинити исказ. Окривљени је лице против кога се води кривични поступак, односно лице за које постоје основи сумње или основана сумња да је починило одређено кривично дјело.

Окривљени је физичко лице против кога се води кривични поступак због постојања доказа на којима се темељи основана сумња да је то лице учинило кривично дело које је предмет поступка, а при том окривљени у кривичном поступку има право на одбрану и дужност присуствовања поступку, а на њега се, током целог кривичног поступка, све до његовог евентуалног правноснажног окончања судском одлуком којом се утврђује кривица, односи претпоставка невиности.³

² Бркић, С., Кривично процесно право 1, Правни факултет Универзитет Нови Сад, 2014., стр. 331.;

³ Шкулић, М., Кривично процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011., стр. 182.;

Дакле, окривљени је лице за које је извјесно да је починило кривично дјело. Израз окривљени користимо за одређење починиоца кривичног дјела у кривичном поступку, с тим што се починиоц кривичног дјела, у зависности од тога којим степеном извјесности да је он починио кривично дјело располажемо, означава као осумњичени, оптужени и осуђени.

Починитељ казног дјела може битисамо једна особа, међутим могуће је да упочињењу једног или више казних дјела судјелује и више особа. У том случај уговоримо о материјалном казно правном судиоништву у казном дјелу. То је посебно чест случај упредметима казних дјела организираног криминалитета. Наиме, организирани криминалитет као најтежи облик савременог криминала по дефиницији подразумјева да у њему судјелује, на овај или на онај начин, већи број особа.⁴

Кривични закон разликује појединачног починитеља казног дјела и судионика. Појединачни починитељ казног дјела је особа која властитим чињењем или нечињењем или посредством друге особе почини казно дјело, док су судионици упочињењ у казног дјела су починитељи, потицатељи и помагатељи.⁵

Супочинитељи казног дјела судвије иливише особа које на темељу заједничке одлуке почине казно дјело тако да свака од њих судјелује упочињењу или на други начин битно придонеси почињењ указног дјела.⁶

Потицатељ је особа која врши психички утјецај (наговарањем, изражавањем жеље, заповједи, молбом, пријетњом, обећањем награде, указивањемна повољну прилику) на главног починитеља како бига се навело да донесе одлуку о почињењу казног дјела.⁷

Помагатељ је особа која врши било какво подупирање главног починитеља у почињењу казног дјела, олакшавањем, интезивирањем или убрзавањем његовог почињења.⁸

Код одређених кривичних дјела, као што су кривична дјела организованог криминала и тероризма, те кривична дјела привредног криминала и корупције, готово да је немогуће обезбиједити квалитетне материјалне доказе и уопште доказе за вођење кривичног поступка без

⁴ Хорватић, Ж., Новоселец, П., Казно право-опћи дио, Министарство унутарњих послова, Загреб, 2001., стр. 339.;

⁵ Ibid, стр. 340.;

⁶ Ibid, стр. 353.;

⁷ Ibid, стр. 357.;

⁸ Ibid, стр. 360.;

информација које ће дати починиоци тих кривичних дјела. Међутим, веома је тешко приволити та лица да дају такве информације, било због тога што и она сама подпадају под кривични прогон, због њихове оданости и припадности одређеним групама, било због страха од освете и сл.

У одређеним случајевима, током прикупљања доказа и током кривичног поступка поједини извршиоци кривичних дјела изражавају спремност да дају одређене информације које би помогле у откривању и доказивању тога или других кривичних дјела, у замјену за одређене погодности у виду ослобађања од даљег кривичног прогона, ублажавања кривичне санкције или других погодности.

У многим кривичнопроцесним системима су развијени и користе се такви механизми свједочења извршилаца кривичних дјела. Посебно су такви механизми развијени у Сједињеним Америчким Државама и Италији, а и у другим кривично процесним системима. Од држава из окружења Босне и Херцеговине, посебно су такви механизми развијени у Хрватској и Србији. Окривљени, односно извршиоци кривичног дјела који пристану да свједоче у корист оптужбе, односно да сарађују са органима кривичног гоњења се различито називају: крунски свједоци (Хрватска, САД, В. Британија), свједоци сарадници (САД), покајници (Италија) и сл.

У различитим правним системима се на различите начине одређује могућност примјене тих механизма и могућност пружања уступака тим лицима, сходно националним Уставима и законодавству.

У Босни и Херцеговини су, с обзиром на њену сложену структуру, у употреби четири закона о кривичном поступку.⁹ Ни једним од тих закона о кривичном поступку није предвиђена могућност сарадње окривљеног са органима кривичног гоњења, односно није прописана могућност склапања споразума о сарадњи у кривичном поступку између извршиоца кривичног дјела и јавног тужиоца. Само је у Федерацији Босне и Херцеговине¹⁰ Законом о сузбијању корупције и организираног

⁹ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине – ЗКП БиХ, *Службени гласник Босне и Херцеговине*, бр. 3/03., 32/03., 36/03., 26/04., 63/04., 13/05., 48/05., 46/06., 76/06., 29/07., 32/07., 53/07., 76/07., 15/08., 58/08., 12/09., 16/09., 93/09., 72/13., Закон о кривичном поступку Федерације БиХ – ЗКП ФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 43/98, Закон о кривичном поступку Републике Српске – ЗКП РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 53/12. и 91/17. и Закон о кривичном поступку Брчко Дистрикта БиХ (пречишћен текст) – ЗКП БДБиХ, бр. 01.3.-05-1123/13 од 09. октобра 2013. године;

¹⁰ Федерација БиХ је један од два конститутивна територијална ентитета Босне и Херцеговине;

криминала¹¹, предвиђен механизам свједока сарадника правосуђа, о чему ће касније бити ријечи. Овдје ћемо само напоменути да се претходно наведени закон о сузбијању корупције и организованог криминала у ФБиХ још не примјењује.

ДОСАДАШЊА ПРАКСА У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ ПОГЛЕДУ САРАДЊЕ ПОЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЈЕЛА СА ТУЖИЛАШТВОМ

С обзиром да у Босни и Херцеговини ни једним законом о кривичном поступку, као што је већ наведено, није предвиђена било каква могућност склапања споразума о сарадњи у кривичном поступку између починилаца кривичних дјела или припадника организованих криминалних група са јавним тужиоцем, тако тим законима није предвиђена ни било каква могућност давања имунитета од кривичног гоњења починиоцу кривичног дјела који би пристао да свједочи у корист оптужбе, нити давање било каквих уступака таквом лицу.

Сва четири закона о кривичном поступку прописују споразумијевање о признању кривице,¹² али само као упрошћену форму кривичног поступка у циљу убрзавања кривичног поступка, без било какве клаузуле о евентуалној сарадњи починиоца кривичног дјела који призна кривицу са јавним тужиоцем.

Такође сва четири закона о кривичним поступцима прописују овлашћење јавног тужиоца да може дати имунитет од кривичног гоњења свједоку кога саслушава, како би исти одговорио и на питања која би га могла изложити кривичном гоњењу. Тако на примјер, члан 149. Закона о кривичном поступку Републике Српске прописује право свједока да не одговара на поједина питања ако би га истинит одговор на та питања могао изложити кривичном гоњењу, те даје овлашћење јавном тужиоцу да може дати имунитет од кривичног гоњења свједоку како би исти одговорио на та питања.

У ранијем периоду, с обзиром да закони о кривичним поступцима, а ни други закони, не дају могућност и овлашћење јавним тужиоцима да склапају споразуме о сарадњи са починиоцима кривичних дјела који би пристали да свједоче против саучесника, јавни тужиоци су у одређеним

¹¹ Службене новине Федерације БиХ, број 59/14 од 23. јула 2014.;

¹² Нпр. члан 246. Закона о кривичном поступку Р. Српске;

случајевима прибјегавали, незаконито, комбинацији одредби о споразуму о признању кривице и давања имунитета свједоку.

Овдје ћемо као примјер навести приказ одлуке Врховног суда Р. Српске.¹³ Врховни суд Републике Српске је дана 25.10.2016. године, одлучујући по жалби браниоца оптуженог Д.К. укривичном предмету против именованог због кривичног дјела донио Рјешење о уважавању жалбе, укину оп ресуду Окружног суда у Добоју, те врати о предмет поменутом суду на поновно суђење.

У жалби на пресуду је наведено да је првостепена пресуда заснована, између осталог и на исказу свједока Р.К. са којим је главни окружни тужилац у Добоју дана 13.09.2012. године закључио споразум о имунитету којим му даје имунитет од кривичног гоњења, а за узврат се осумњичени Р.К. обавезује да свједочи у том кривичном предмету против саизвршилаца у извршењу кривичног дјела разбојништва Д.К. и П.Ј, иако је Р.К. прије тога, у два наврата и то 22.08.2012. и 23.08.2012. године испитан у својству осумњиченог, те је именовани усвојству осумњиченог био обухваћен наредбом о споровођењу истраге Окружног тужилаштва у Добоју од 23.08.2012. године. Након склопљеног споразума о имунитету између главног тужиоца и Р.К., именовани је дана 13.09.2012. саслушан у својству свједока и записник о саслушању именованог као свједока јекориштен у кривичном поступку против оптуженог Д.К.

Разматрајући претходне наводе из жалбе, вијеће Врховног суда Републике Српске се упустило у мери ту ми поставило питање да ли је записник о саслушању свједока Р.К. од 13.09.2012. године прибављен на законит начин, обзиром да се у конкретном случају осумњиченом против кога се већ води истрага да је имунитет од кривичног гоњења и он се потом саслушава у својству свједока, да би се тај исказ користи о за заснивање осуђујуће пресуде. Вијеће Врховног суда је разматрајући претходно питање констатовало да тужилац има овлашћење да неком лицу да имунитет од кривичног гоњења исходно томе да примјени на чело опортунитета кривичног гоњења чиме се одступа од начела легалитета као правила, те дато овлашћење тужиоца произилази из члана 43. став 2. тачкав) Закона о кривичном поступку РС, гдје је констатовано право тужиоца да даје имунитет у складу са чланом 149. ЗКПРС. Вијеће даље констатује да је чланом 149. ЗКПРС давање имунитета од стране тужиоца строго ограничено на законом прописане случајеве и да је тужилац овлашћен да својом одлуком да имунитет свједоку који има

¹³ Детаљније видјети Рјешење Врховног суда Р. Српске, број 13 0 К002132 16 Кж, од 25.10.2012. године;

право да не одговара на поједина питања која би га могла изложити кривичном гоњењу, те да тужилац није овлашћен да даје имунитет од кривичног гоњења лицу које има својство осумњиченог или оптуженог у кривичном поступку да би оно свједочило. Вијеће Врховног суда је утврдило да је давањем имунитета осумњиченом поступљено супротно одредбама члана 149. став 3., у вези са чланом 43. став 2. тачкав) ЗКПРС, због чега се осумњичени није ни могао саслушати у својству свједока, тако да записничко саслушању именованог у предметном кривичном поступку представљане законит доказ на коме се не може заснивати пресуда.¹⁴

Велико вијеће Уставног суда Босне и Херцеговине је на сједници одржаној 14. маја 2015.¹⁵, усвојило апелацију Д.М, утврдио да постоји повреда члана III/3е) Устава Босне и Херцеговине и члана 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, укинуло Пресуду Суда Босне и Херцеговине број Х-Кж-06/193 од 26. јануара 2011. године и предмет вратило на поновно одлучивање Суду БиХ. Апелант Д.М. је у поднешеној апелацији навео да је Наредбом тужилаштва БиХ о спровођењу истраге од 18.03.2008. године, он, заједно са још шест других лица, међу којима је и Ц.М., осумњичен да су починили кривична дјела организованог криминала у вези са другим кривичним дјелима. Тужилаштво БиХ је 15.05.2018. године са Ц.М склопило споразум о имунитету, те је у споразуму, између осталог наведено да осумњичени Ц.М., уколико потпише споразум има обавезу да саопшти потпуну истину о свему што га се пита. Истог дана, 15.05.2008. године Тужилаштво БиХ је наредбом обуставило истрагу против Ц.М. Након доношења наредбе о обустављању истраге, Тужилаштво је Ц.М. саслушало у својству свједока. На основу изјаве свједока Ц.М. Провостепено вијеће Суда БиХ је оцијенило да је Д.М. заједно са још четири лица починио кривична дјела која им се оптужницом стављају на терет. Одлучујући о наводима из апелације да је апеланту повријеђено право на правично суђење незаконитим прибављањем и кориштењем изјаве свједока Ц.М. који је свједочио након што је добио имунитет од кривичног гоњења у замјену за свједочење. Велико вијеће је у поступку одлучивања анализирано квалитет доказа, укључујући и то бацају ли околности под којима су докази прибављени сумњу на њихову вјеродостојност. Такође, наведено

¹⁴ Кршић, Ж., *Immunity of Witnesses and the Principles of Legality and Opportunism in Criminal Procedural System of Bosnia and Herzegovina*, Међународни научни скуп "Дани Арчибалда Рајса", 2017., Том 1, стр. 181. до 192.;

¹⁵ Детаљније видјети Одлуку Уставног суда БиХ о допустивости и меритуму у предмету број АП 1185/11, објављена у Службеном гласнику БиХ број 46/15;

је да у вези питања да ли је у конкретном случају требало одступити од принципа легалитета према ком тужилаштво има обавезу да кривично гони починиоце кривичних дјела, да Уставни суд запажа да је један од начина који користе савремене државе за успјешнију борбу против извршилаца тешких кривичних дјела стварање законских механизма који дозвољавају да тужилац под одређеним условима одступи од принципа легалитета кривичног гоњења. Велико вијеће Уставног суда је утврдило да околности под којима је прибављен спорни доказ (свједочење свједока Ц.М.) изазивају основану сумњу у његову вјеродостојност.¹⁶

У првом случају је Врховни суд Републике Српске донио долуку у којој јасно и недвосмислено закључује да је заснивање пресуде на свједочењу свједока, коме је од стране тужиоца дат имунитет од кривичног гоњења да би свједочио, а које лице је раније у истрази било осумњичено за извршење кривичног дјела, битна повреда кривичног поступка, те да је такав доказ незаконит. Из овакве одлуке Врховног суда произилази да је у предметном случају тужилац погрешно одступио од обавезне примјене начела легалитета кривичног гоњења као правила и супротно одредбама Закона о кривичном поступку примјенио начело опортунитета кривичног гоњења као изузетак. У конкретном случају начело опортунитета кривичног гоњења се евентуално могло примјенити из разлога цјелисходности у интересу заштите друштвене заједнице од најтежих облика криминала. У другом случају, Велико вијеће Уставног суда БиХ се није дубље упуштало у оцјену законитости и правилности поступања тужиоца који је лицу које је раније имало статус осумњиченог у истом кривичном предмету, дао имунитет од кривичног гоњења у замјену за обећање да ће свједочити против осталих осумњичених у том предмету, потом дони наредбу о обустави истраге против тог лица, након чега га је саслушао у својству свједока. Велико вијеће Уставног суда БиХ је пресуду Суда БиХ која је заснована на свједочењу претходно наведеног свједока укинуло и вратило на поновно одлучивање, наводећи да исказ свједока који је добио имунитет од кривичног гоњења није поткријепљен и другим доказима, а околности конкретног случаја изазивају основану сумњу у његову вјеродостојност и тачност. У одлуци је Уставни суд запазио да је један од начина који користе савремене државе за успјешнију борбу против извршилаца тешких кривичних дјела стварање законских механизма који дозвољавају да тужилац под

¹⁶ Кршић, Ж., *Immunity of Witnesses and the Principles of Legality and Opportunism in Criminal Procedural System of Bosnia and Hercegovina*, Међународни научни скуп "Дани Арчибалда Рајса", 2017., Том 1, стр. 181. до 192.;

одређеним условима одступи од принципа легалитета кривичног гоњења. Претходно наеденим запажањем је указано на потребу успостављања нових механизма у кривично процесном праву БиХ, за борбу против организованог и најтежих облика криминала.¹⁷

Мишљења сам да су и у једном и у другом случају, поступајући тужиоци усљед непостојања квалитетних механизма у кривично процесним системима у БиХ (попут склапања споразума о признању кривице са клаузулом о сарадњи окривљеног) и немогућности да на други начин обезбиједи квалитетне личне и материјалне доказе, покушали да се послуже такозваним “криминалистичким лукавством” и да угледајући се на праксу поступања органа кривичног гоњења у државама у окружењу и другим државама, одступе од начела легалитета и примјене начело опортунитета кривичног гоњења оправдано разлосима вишег, државног интереса – доказивања најтежих кривичних дјела која изазивају знатно узнемирење јавности.¹⁸

САРАДНИК ПРАВОСУЂА У ФЕДЕРАЦИЈИ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ

Као што је већ наведено, у Федерацији Босне и Херцеговине је Законом о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ прописана могућност котиштења сарадника правосуђа у кривичном поступку.¹⁹ Законодавац је приликом припреме и предлагања претходно наведеног закона увидио потребу за увођењем таквог механизма у кривичнопроцесни систем у посебним поступцима за кривична дјела корупције и организираног криминала. Међутим, иако је наведени закон усвојен у Парламенту Федерације БиХ и објављен у Народним новинама Федерације БиХ, почетак његове примејне се и даље одлаже, те се исти закон не примјењује. Овдје ћемо указати на основна обиљежја сарадника правосуђа према Закону о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ.

Чланом 12. Закона о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ прописано је да у циљу ефикаснијег процесуирања кривичних дјела из члана 25. став 1.²⁰ тог закона посебни

¹⁷ Ibid;

¹⁸ Ibid;

¹⁹ Члан 12. до 19. Закон о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ;

²⁰ Став (1) члан 25. Закона о сузбијању корупције и организираног криминала у

замјеник главног федералног тужиоца може од главног федералног тужиоца захтијевати да се одређеној особи додијели статус сарадника правосуђа.

Даље је ставом (2) истог члана Закона прописано ко се може саслушати у својству сарадника правосуђа, те је прописано да се у том својству може саслушати особа која је постала припадник групе за организовани криминал: а) против које је поднесен службени извјештај, донесена наредба о провођењу истраге или се води кривични поступак за кривична дјела из члана 25. став 1. тог закона учињена у оквирима групе за организовани криминал и б) ако је исказ те особе важан за откривање и доказивање кривичних дјела учињених у оквирима групе за организовани криминал или њихових учинилаца, односно за спречавање кривичних дјела групе за организовани криминал.

Захтјев за додјелу статуса сарадника правосуђа, главни федерални тужилац може поднијети најкасније до почетка главног претреса против особе којој се даје статус сарадника правосуђа.

Федерацији БиХ гласи: "Посебни одјел суда је стварно и мјесно надлежан за кривична дјела:

а) удруживање ради чињења кривичних дјела из члана 340. Кривичног закона Федерације БиХ, организовани криминал из члана 342. Кривичног закона Федерације БиХ, укључујући тиме сва кривична дјела која је учинила група за организовани криминал,

б) кривична дјела тероризма из главе ХВИИИ Кривичног закона Федерације БиХ,

ц) кривична дјела против уставног поретка Федерације БиХ из главе ХВ Кривичног закона Федерације БиХ,

д) кривична дјела подмићивања и кривична дјела против службене и друге одговорне дужности из главе ХХХИ Кривичног закона Федерације БиХ, кривична дјела против привреде, пословања и сигурности платног промета из главе ХХИИИ Кривичног закона Федерације БиХ и кривична дјела из области пореза из главе ХХИИ Кривичног закона Федерације БиХ, уколико је учинилацових кривичних дјела службена или одговорна особа изабрана или именована од Парламента Федерације БиХ, Владе Федерације БиХ или Високог судског и тужилачког вијећа БиХ, или је Влада Федерације БиХ у поступку њиховог именовања дала своју претходну сагласност, као и у свим другим случајевима када вриједност захтијеване, обећане или прибављене имовинске користи или штете причињене учињењем ових кривичних дјела прелази износ 100.000,00 КМ,

е) кривична дјела против правосуђа из главе ХХИХ Кривичног закона Федерације БиХ, и то: давањем лажног исказа из члана 348. Кривичног закона Федерације БиХ, спречавање доказивања из члана 349. Кривичног закона Федерације БиХ, повреда тајности поступка из члана 350. Кривичног закона Федерације БиХ, одавање истовјетности заштићеног свједока из члана 352. Кривичног закона Федерације БиХ и повреда закона од судије из члана 357. Кривичног закона Федерације БиХ, ако су учињена у вези са кривичним дјелима из тачке а) до д) овог члана.

О додјелјивању статуса сарадника правосуђа одлучује главни федерални тужилац и то у року од осам дана од подношења захтјева. Главни федерални тужилац ће у својој одлуци којом додјелује статус сарадника правосуђа навести да против сарадника правосуђа неће бити предузето кривично гоњење најкасније до правоснажног окончања кривичног поступка против припадника групе за организирани криминал, те може у одлуци о давању статуса сарадника правосуђа навести да ће евентуална штета особама коју је сарадник правосуђа проузроковао својим кривичним дјелима бити надокнађена из средстава прикупљених примјеном посебног прописа који уређује одузимање незаконито стечене имовине у Федерацији Босне и Херцеговине.

Уколико је особа за коју посебни замјеник главног федералног тужиоца тражи статус сарадника правосуђа већ правоснажно осуђена у другом кривичном поступку и налази се на издржавању казне, главни федерални тужилац може тој особи додијелити статус сарадника правосуђа ради откривања, разјашњавања и доказивања кривичних дјела из члана 25. став 1. Закона, уз тражење претходног мишљења суда који је изрекао правоснажну пресуду. За већ правоснажно осуђену особу, посебни замјеник главног федералног тужиоца може Комисији за увјетни отпуст осуђених особа предложити доношење одлуке о увјетном отпусту и прије истека рока из члана 45. Кривичног закона Федерације БиХ, али тај рок не може бити мањи од једне петине изречене казне, а може и Федералном министарству правде поднијети и ницијативу за приједлог за помиловање особе којој је додијељен статус сарадника правосуђа. Поред наведеног за већ осуђену особу се може поднијети захтјев за премјештај у други казнено поправни завод. Особа којој је додијељен статус сарадника правосуђа може бити увјетно отпуштена, помилована или премјештена у другу казнено поправну установу, тек након што на главном претресуда исказу својству свједока сарадника правосуђа.

Чланом 14. Закон о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ прописан је начин успостављања обавезе о свједочењу, односно давању изјаве о свједочењу, те исти гласи:

“(1) Након што се сарадник правосуђа изчлана 12. став 2. Овога закона изјаснида ће у односуна кривична дјела из члана 25. став 1. овога закона одговорати као свједок и на питања иако је вјероватно да тиме излаже себе или блиску особу кривичном гоњењу, посебни замјеник главног федералног тужиоца ће прибавити писану изјаву којом се та особа обавезује: а) да ће као свједоку кривичном поступку говорити

истину и да неће ништа што му је познато о кривичном дјелу из члана 25. став 1. овога закона и његову учиниоцу прешутјети, б) да ће као свједок у кривичном поступку исказивати истину и да неће ништа што му је познато о другом кривичном дјелу и његову учиниоцу прешутјети, ц) да ће као свједок у кривичном поступку исказивати истину и да ништа што му је познато о прибављеној имовинској или другој користи или приходу, предметима, прибављеној имовини или другој околности у вези с кривичним дјелима из члана 25. став 1. овога закона неће прешутјети и) да јој ништа друго осим онога што ће исказати као свједок није познато у вези с било којим другим околностима тач. а. до ц. овога члана. (2) Одлуком главног федералног тужиоца којом је одређеној особи додијељен статус сарадника правосуђа одредитће се да се изписа из двоје записници о њезиним ранијим исказима које је дала усвојству осумњиченог, односно оптуженог, и те изјаве се не могу користити као доказу кривичном поступку, изузев у случајевима предвиђеним у члану 18. овог закона. (3) Након што главни федерални тужилац особи из става 2. Овог члана додијели статус сарадника правосуђа, тужилац Посебног одјела тужилаштва ће саслушатиту особу у својству свједока и о томе сачинити записник који се може користити као доказ на главној расправи.”

Законом о сузобајњу корупције и организираног криминала у Федерациј БиХ је у члану 15. одређено коме не може бити додијељен статус сарадника правосуђа. Тако према одредбама тог члана Закона, статус сарадника правосуђа не може бити додијељен особи која је осумњичена или оптужена да је учинила једно или више кривичних дјела убиства из члана 166. Кривичног закона Федерације БиХ, тероризма из члана 201. Кривичног закона Федерације БиХ, узимања талаца из члана 200. став 2. Кривичног закона Федерације БиХ, силовања из члана 203. Кривичног закона Федерације БиХ, сполног односа с немоћном особом из члана 204. Кривичног закона Федерације БиХ, сполног односа с дјететом из члана 207. Кривичног закона Федерације БиХ, те организатору групе за организираног криминал и подстрекачу на учињење кривичног дјела из члана 25. став 1. тог закона у циљу да противпотакнуте особе буде покренут кривични поступак за то дјело.

Главни федерални тужилац ће одбити захтјев за давање статуса сарадника правосуђа ако његов исказ није у интересу откривања и кривичног прогона других припадника групе за организираног криминал и ако није вјероватно да ће та особа свој потпуни и релевантан исказ дати у кривичном поступку или је вјероватно да ће ускратити обавијести

важне за откривање или спречавање других кривичних дјела и чланова групе за организовани криминал, односно разјашњење околности под којима су она учињена.

Уколико сарадник правосуђа да нетачан или лажан исказ, одговараће за давање лажног исказа.

Посебни замјеник главног федералног тужиоца ће затражити од главног федералног тужиоца да укине статус сараднику правосуђа, ради наставка или покретања кривичног поступка ако сарадник правосуђа није изнио све чињенице и околности или је дао лажни исказ, ако сарадник правосуђа прије правоснажног окончања кривичног поступка учини ново кривично дјело из члана 25. став 1. предметног закона и ако је сарадник правосуђа у року двије године након добијања тог статуса постао припадник групе за организовани криминал и у њеним оквирима учинио кривично дјело из члана 25. став 1. Закона о сузбијању корупције и организованог криминала у Федерацији БиХ.

Сарадник правосуђа који је дао исказ у складу са обавезама из члана 14. Закона о сузбијању корупције и организованог криминала у ФБиХне може се кривично гонити и за кривично дјело из члана 25. став 1. тачка а) истог закона, а главни федерални тужилац ће одустати од кривичног гоњења.

На сарадника правосуђа се могу примјенити правила о заштити свједока и њима блиских лица из Закона о кривичном поступку и посебних закона о заштити свједока и њима блиских лица у кривичним поступцима.

ЗАКЉУЧАК

Обезбиједити доказе о почињеном кривичном дјелу је тежак и сложен процес, посебно код кривичних дјела организованог криминала, корупције, тероризма и других тешких кривичних дјела. Истражиоцима и органима кривичног гоњења је за потпуно расвјетљавање кривичног дјела неопходно да прибаве материјалне доказе који директно успостављају узрочно – посљедичну везу између почињеног кривичног дјела и одређеног лица као починиоца тог дјела. Поред материјалних доказа или у недостатку истих, неопходни су квалитетни искази свједока који ће својим исказима открити евентуалне материјалне доказе, починиоце кривичних дјела и њихове саизвршиоце. Искази свједока су посебно значајни код

кривичних дјела организованог криминала, тероризма и корупције, гдје је без исказа свједока готово немогуће у потпуности расвијетлити кривично дјело. Код тих кривичних дјела искази свједока су потребни и како би се утврдила повезаност неког лица са почињеним кривичним дјелом, са организованом криминалоном групом која је починила то кривично дјело или веза налогодаваца и наручилаца извршења дјела са починиоцима и организованом криминалном групом. Такве информације углавном могу дати само непосредни припадници организоване криминалне групе и саизвршиоци. Таква лица је неопходно приволити на сарадњу, с обзиром да они због тога што и њима пријети кривични прогон избјегавају да свједоче, или избјегавају да свједоче због страха од освете саизвршилаца или налогодаваца извршења или због посебних осјећаја припадности одређеним групама. Да би органи кривичног гоњења могли да приволе таква лица на свједочење, неопходно је да исти располажу законом датим овлашћењима да тим лицима могу дати одређене погодности у виду имунитета од кривичног гоњења, умањења кривичне санкције, обезбјеђења статуса заштићеног свједока за то лице и њему блиска лица, умањење већ изречене кривичне санкције, помиловање и сл. У многим кривичнопроцесним системима су таква овлашћења дата органима кривичног гоњења и у кривично процесно право су уведени механизми попут споразума о свједочењу окривљеног и осуђеног свједока, крунски свједок, покајник, сарадник правосуђа и сл. Посебно су такви механизми разрађени у Сједињеним Америчким Државама и Италији, али и у многим другим државама. У окружењу Босне и Херцеговине, такви механизми су посебно разрађени у Хрватској и Србији. Органи власти у Босни и Херцеговини би морали сагледати упоредно правном анализом законске одредбе које уређују ту област у наведеним државама и те механизме уврстити у спектар мјера за борбу против организованог криминала, корупције и тероризма, као и других тешких кривичних дјела. У Босни и Херцеговини ниједним важећим законом о кривичном поступком није прописана могућност давања имунитета од кривичног гоњења или других уступака починиоцима кривичних дјела који би пристали да сарађују са органима кривичног гоњења и да свједоче против других починилаца. Због недостатка ефикасних механизма, у ранијем периоду су органи кривичног гоњења прибјегавали импровизацији постојећих одредби о имунитету свједока и споразума о признању кривице, што је доводило до незаконитог поступања и ослобађајућих пресуда починиоцима кривичних дјела.

Једино је у Федерацији Босне и Херцеговине Законом о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ

из 2014. године прописана могућност примјене сарадника правосуђа у откривању и доказивању кривичних дјела организованог криминала и корупције. Међутим, тај закон, иако је усвојен још шрије четири године се и даље не примјењује и стално се одлаже почетак примјене истога. Претходно наведеним законом је доста прецизно разрађена могућност кориштења сарадника правосуђа у кривичним поступцима против починилаца кривичних дјела корупције и организованог криминала, те су тужиоцима дата овлашћења да могу починиоцима кривичних дјела обећати имунитет од кривичног гоњења, захтијевати умањење кривичне санкције, помиловање или премјештање у другу установу за извршење кривичних санкција у замјену за свједочење против саивршилаца. Такође је предметним одредбама доста прецизно уређена контрола извршења обавеза од стране сарадника правосуђа и његова одговорност у случају неизвршавања преузетих обавеза.

Предметне одредбе Закона о сузбијању корупције и организираног криминала у Федерацији БиХ, заједно са упоредно правном анализом уређења тих питања у другим државама, могле би и морале би бити разрађене и уведене у комплетан кривичнопроцесни систем Босне и Херцеговине у циљу повећања ефикасности и ефективности истога у кривичним поступцима против организованог криминала, корупције, тероризма, привредног криминала и других тешких кривичних дјела.

**THE WITNESS ASSOCIATE OF THE JUDICIARY IN CRIMINAL
PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA - DE LEGE
LATA, DE LEGE FERENDA**

There are different types of witnesses, and therefore the significance of their testimonies is different. The most accurate information can be provided by co-perpetrators and persons from their surroundings, and the testimony of these persons is certainly the most significant in criminal proceedings. These people mostly refuse to testify, either because they themselves are subjected to criminal prosecution, for family and other relations, fear of revenge, and it is difficult to agree to cooperate with the prosecuting authorities. There are various modalities that the prosecuting authorities use to provide for the cooperation of such persons, such as the granting of immunity from criminal prosecution and the conclusion of an agreement on testimony between such witnesses and prosecuting authorities. In Bosnia and Herzegovina, criminal procedural legislation at all levels envisages the possibility of granting immunity to the witness, and there is a protected witness institution, but when it comes to the testimony of persons who participated in the commission of the criminal offense, only the Federation of BiH has the possibility of making an agreement between the perpetrator of the criminal acts and prosecutors' offices on the testimony, where this person becomes witness associate of the judiciary. In previous practice in Bosnia and Herzegovina, the application of immunity from the prosecution of witnesses and the protection of witnesses has shown the need for better and more precise normative regulation, and in order to improve the efficiency and cost-effectiveness of criminal proceedings, it is necessary to introduce and develop norms to provide the possibility of witnessing persons who participated in the commission of criminal offenses, who avoided to testify. A more precise and better quality regulation of the subject matter, on the basis of the neighboring countries, would contribute to the efficiency, effectiveness and cost-effectiveness of criminal proceedings, primarily the criminal procedures related to the criminal offenses of organized crime and corruption.

Key words: *Witness associate of the judiciary, immunity, protected witness, testimony of the defendant, criminal prosecution.*

ЗАДОЛЖИТЕЛНА НАСПРОТИ ДОБРОВОЛНА МЕДИЈАЦИЈА ВО ТЕОРИЈАТА И ПРАКСАТА ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

UDK: 005.574(497.7)

Review paper

Медијацијата претставува вон судски начин на решавање на спорни односи. Иако не е спорно местото на медијацијата во правните системи во Светот, сепак во научните кругови и практичната работа на медијаторите, најпрво се поставува прашањето дали е тоа постапка која што би требала да остане доброволна во својата примена или пак постапката за медијација треба да биде задолжителна во обид? Второто прашање кое што е предмет на дебата е во кои спорови оваа постапка за решавање на спорни прашања може да биде дозволена?

Медијацијата е еден од неколку начини на решавање на спорни односи предвидена како постапка за вон судско решавање на спорови. Во Република Македонија постојат и други начини на вонсудско решавање на спорните односи како што се: арбитража и помирвање во работните спорови и избран суд арбитража при решавање на стопански спорови. Иако е воспоставена во македонскиот правен систем уште во 2006, кога е донесен првиот Закон за медијација, може да се заклучи дека сеуште не се искористува севкупниот потенцијал на оваа постапка. Во Република Македонија определувањето на медијацијата е дадена во Законот за медијација и тоа гласи: *„Медијација е секое посредување, без оглед на неговиот назив, при решавање на спорниот однос во постапка на медијација во коешто на страните во спорниот однос им се овозможува истиот да го решат по пат на преговарање, на мирен начин со помош на еден или повеќе лиценцирани медијатори (во натамошниот текст: медијатор), со цел да се постигне заедничко прифатливо решение изразено во форма на писмена спогодба.“*¹ Иако сфатена како

* Асистент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, ilijamanasiev@gmail.com

¹ Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), Член 2

“неформална“ постапка, медијацијата содржи елементи кои што ја определуваат формата во која што се одвива, како што е на пример предвиденото прифатливо решение во форма на писмена спогодба, како и потапувањето на лиценцираниот медијатор во постапката. Секое друго постапување на посредници или пак форма на преговарање помеѓу страните каде што страните ќе дојдат до взаемно прифатливо решение без постоење на овие два формални елементи нема да може да го прифатиме како постапка за медијација.

Опсегот на спорови во кои што медијацијата во Република Македонија може да бидат решавани во постапка за медијација е релативно широк. Имено согласно Законот за медијација во Република Македонија: *„Медијацијата се применува особено во имотноправни, семејни, работни, трговски, потрошувачки, осигурителни спорови, спорови од областа на образованието, заштитата на животната средина, спорови во врска со дискриминацијата, како во други спорни односи каде што медијацијата одговара на природата на спорните односи и може да помогне за нивно разрешување.“*² Од сите погоре наведени спорови кои што се подобни за решавање во постапка за медијација, само за трговските спорови е предвиден задолжителен обид. Што се однесува пак до терминологијата во измените и дополнувањето на законот за парнична постапка се користи термин “стопански“ наместо “трговски“ спорови, кој што е термин употребен во Законот за медијација. Во оваа насока во предлог измените и дополнувањата се вели дека: *„Во стопанските спорови за парично побарување чија што вредност не надминува денари, а по кои постапката се поведува со тужба пред суд, странките се должни, пред поднесувањето на тужбата да се обидат спорот да го решат по пат на медијација.“*³ Оваа должност е првиот задолжителен обид за постапка за медијација која што претходи на судска постапка. Мора да се нагласи дека ова не значи задолжитено решавање на спорниот однос во постапка за медијација, туку само обид да се реши спорот во посредство на еден или повеќе медијатори. Оттаму ова законско решение не го попречува пристапот до судството доколку постапката за медијација е неуспешна.

Ваквиот став е во согласност и со *ПРЕПОРАКА П (2002)10 НА КОМИТЕТОТ НА МИНИСТРИ ДО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ ЗА МЕДИЈАЦИЈАТА ВО ГРАЃАНСКИ СПОРОВИ, донесена од КОМИТЕТ НА МИНИСТРИ на Советот НА ЕВРОПА*, каде на земјите членки им

² Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), Член 1 став 2

³ ЗАКОН ЗА ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА ЗАКОНОТ ЗА ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година, член 47 став 2

се препорачува: „*Да овозможат решавање на граѓански спорови со медијација секогаш кога е можно;*“⁴ Иако оваа препорака не се однесува на задолжителен обид за медијација, туку на постапката за медијација воопшто, сепак дополнителен чекор за поголема искористеност на постапката за медијација е задолжителниот обид. Дотолку повеќе што задолжителниот обид не е спротивен ниту на одредбите на Европската Конвенција за човекови права, особено на членот 6 кој што се однесува на правото на фер судење. Токму според овој член се водат бројни постапки пред Европскиот Суд за човекови права, а за што веќе има и пресуди кои што се однесуваат на задолжителен обид за вон судско решавање на спор пред постапка во суд.⁵ Дополнителен аргумент дека не се повредува правото на фер судење пред надлежен суд, како и тоа дека не се попречува пристапот до правдата е и тоа што доколку постапката за медијација во задолжителниот обид е неуспешна, може да се поднесе тужба.

Во оваа смисла во Република Македонија, се одредува дека: „*При поднесување на тужбата тужителот е должен да приложи писмен доказ издаден од медијатор дека обидот за решавање на спорот по пат на медијација не успеал.*“⁶ Што се однесува до овој доказ, во праксата на медијацијата во првичниот период по оваа законска измена се појави не воедначена судска пракса во однос на писмените докази издадени од медијатор. Имајќи во предвид дека по измените на Законот за медијација, се вовеле лиценцирање на медијаторите, со полагање на испит во три дела, се појави ситуација на постоење на “медијатори“ без лиценца и медијатори со лиценца. По одреден период дел од судовите на територијата на Република Македонија, при доставување на доказот за неуспешен обид за медијација бараа и доставување на лиценца за медијатор со цел за утврдување дали се работи за постапка која што се водела пред медијатор, кој што можел да постапува согласно Законот за медијација во Република Македонија од 2013 година.

Исто така по стапувањето на сила на **ЗАКОН ЗА ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА ЗАКОНОТ ЗА ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА**

⁴ ПРЕПОРАКА П (2002)10 НА КОМИТЕТОТ НА МИНИСТРИ ДО ЗЕМЈИТЕ ЧЛЕНКИ ЗА МЕДИЈАЦИЈАТА ВО ГРАЃАНСКИ СПОРОВИ, донесена од КОМИТЕТ НА МИНИСТРИ на Советот НА ЕВРОПА

⁵ Види Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 18 March 2010 (references for a preliminary ruling from the Giudice di Pace di Ischia – Italy) – Rosalba Alassini v Telecom Italia SpA (C-317/08), Filomena Califano v Wind SpA (C-318/08), Lucia Anna Giorgia Iacono v Telecom Italia SpA (C-319/08) and Multiservice Srl v Telecom Italia SpA (C-320/08) (*‘Alassini’*).

⁶ ЗАКОН ЗА ИЗМЕНУВАЊЕ И ДОПОЛНУВАЊЕ НА ЗАКОНОТ ЗА ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА Сл. Весник на Р. Македонија, бр.124 од 23.07.2015 година, Член 47, став 3;

23.07.2015 година, Судовите ги отфрлаат тужбите кој кои што недостасува доказ дека претходно била сроведена неуспешна постапка за медијација. Овие измени како и воспоставената пракса овозможија бројот на постапки во задолжителен обид за медијација пред поведување на судска постапка значително да се зголеми бројот предмети во постапка за медијација.

Една од формите за задолжителен обид во Република Македонија, а притоа со доброволно договарање на истата е можна, ако за тоа се договориле двете страни како претходна постапка пред поведување на судска постапка доколку има спорен однос. Имено во Законот за медијација се вели дека: *„Страните може во меѓусебниот облигационен договор да внесат одредби со кои се обврзуваат во случај на спор, да се обидат спорниот однос да го решат по пат на непосредно преговарање или медијација пред започнувањето на судската или друга постапка за правна заштита.“*⁷ Ваква одредба во договорите би требало да јасно да ја изрази спремноста за користење на медијација и да ја замени одредбата која што долго време пред постоење на постапката за медијација се користеше, а се користи и денес а која вообичаено гласи: *„Во случај на спор страните ќе се обидат спорот да го решат по мирен пат“*. Ова од причини што доколку не се наведе соодветната постапка за медијација, одредбата е нејасна и страните може да имаат различно разбирање на мирниот начин на решавање на спорот, кој што може да биде истовремено: преговарање, помирување, арбитража, рана неутрална оценка или пак рана стручна проценка, како форми на вонсудско решавање на спорови.

1. Доброволно користење на постапката за медијација во Република Македонија

Со оглед на фактот што медијацијата во суштина е доброволна постапка, страните во било која фаза од спорниот однос може доброволно да ја започнат, активно да се вклучат или да се откажат од постапката за медијација. Доброволноста на страните во постапката, мора да биде поткрепена со писмена согласност за отпочнување на постапката. Од ова правило е предвиден само еден исклучок: *“освен во спорните односи каде што со посебен закон започнувањето на постапка за медијација е предвидена како услов за водење на судска или друга постапка.“*⁸ Кога

⁷ Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), Член 3

⁸ Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), член 6 став 1

медијацијата е предвидена како услов за водење на друга постапка, доброволноста на страните да учествуваат во оваа постапка не е спорна поради фактот што тие можат слободно да одлучат дали ќе учествуваат во обидот за спогодбено решавање на спорниот однос во постапка за медијација или не.

Страната до која што е упатено барање за спроведување на постапка за медијација, доброволно може да одлучи дали ќе се вклучи во постапката за медијација или пак ќе го игнорира барањето за постапката за медијација која што е иницирана. Според Законот за медијација во Република Македонија предвидени се соодветни рокови и тоа: *„Ако страната која поканила друга страна на медијација не добие одговор за прифаќањето на поканата за медијација најдоцна во рок од 15 дена од денот на испраќањето на поканата или во друг пократок рок кој е утврден со поканата, се смета дека предлогот за поведување на постапка на медијација не е прифатен.“*⁹ Предвидените рокови во овој случај се доволни страната до која што е упатено барањето за отпочнување на постапка за медијација, да се информира за предметот на спорот, како и да се советува и да одлучи дали да се вклучи во оваа постапка.

Со оглед на доброволноста на постапката, како и фактот што освен доброволна постапка за медијација во Република Македонија постои и задолжителен обид за медијација во стопанските спорови, се одредува дека: *„Кога со посебен закон е предвидено започнување на постапка на медијација како услов за водење на судска или друга постапка, односно ако страните при склучување на деловниот договор се обврзале спорот да се обидат да го решат со медијација пред започнување на судска или друга постапка, постапката за медијација започнува со поднесување на покана за медијација.“*¹⁰ Вака поставениот начин на одредување на отпочнувањето на постапката на медијација, им овозможува на страните во постапката за медијација, или во судска парнична постапка полесно временски да се ориентираат доколку се работи за течење на временски рокови за застареност или пак побарување на камати.

Исклучително важно за да создадат волја страните е страните во постапката да бидат информирани дека постои таква можност за решавање на спорни односи. Токму затоа една од препораките на Советот на Европа е: *„Државите треба да прибираат и дистрибуираат детални*

⁹ Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), Член 15 став 5

¹⁰ Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), Член 15 став 6

информации за медијацијата во граѓанските спорови, вклучително и за, *inter alia*, трошоците и ефикасноста на медијацијата.“¹¹ Во Република Македонија, можеме да потврдиме дека се постапува по оваа препорака поради тоа што се предвидува информирање на страните за постапката за медијација и тоа во неколку форми. Во најширока смисла во интерес на информирањето предвидено е: „Судот или друг орган, кој со посебен закон е обврзан на страните да им укаже на можноста за користење на медијацијата, е должен да ги обезбеди потребните информации до страните за можностите на медијацијата.“¹² Оваа одредба се применува на тој начин што по поднесувањето на тужба и доставување на поканата, во медијабилните спорови, стои напомена дека соодветниот спор може да се реши во постапка за медијација. Информирањето на страните за можноста од користење на медијацијата е достапно и при отпочнувањето на парничната постапка.

Доколку страните во постапката не се согласиле на постапка за медијација пред почнувањето на првостепената постапка, можат да изберат доброволно да се вклучат во постапката и откако ќе ја започнат парничната постапка во судот. Во овој случај постои можност каде што: „Судот во текот на првостепената постапка им препорачува на страните спорот да го решат во постапка на медијација и истата ја нотира во записникот од рочиштето.“¹³ Имајќи го во предвид авторитетот на судот како и формалноста на судската постапка, ова е можност страните во спорот доброволно да се согласат предметот на тужбеното барање да се обидат да го решат во рок од 45 дена вон судски во постапка за медијација, по што доколку не успеат да дојдат до взаемна спогодба, да го вратат спорниот однос повторно во судско разгледување. Со оглед на спецификата на споровите во кои што е предвидена можноста за медијација, упатувањето на судијата, доколку за тоа има согласност на странките во спорот, може да асе случи независно од тоа во која фаза е судската постапка. Во ваков случај судијата ја прекинува постапката и ги упатува страните во постапка на медијација. Оваа можност за доброволност при упатувањето на страните во постапка за медијација од страна на судот, го осигурува правото на страните во постапката доброволно да учествуваат и да располагаат со своите барања повторно во постапка за медијација независно од тоа дали

¹¹ ПРЕПОРАКА П (2002)10 НА КОМИТЕТОТ НА МИНИСТРИ ДО ЗЕМЛИТЕ ЧЛЕНКИ ЗА МЕДИЈАЦИЈАТА ВО ГРАЃАНСКИ СПОРОВИ, донесена од КОМИТЕТ НА МИНИСТРИ на Советот НА ЕВРОПА

¹² Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), Член 6 став 2

¹³ Закон за медијација (Службен весник на Република Македонија, бр. 188/13, 148/15, 192/15 и 55/16), член 29, став 1

обидот пред поведување на судска парница бил неуспешен. Ваквото решение овозможува Судот да се растерети од обемиот број на судски предмети, а истовремено преку судскиот авторитет на страните да им влее доверба за постапката за медијација, како соодветна постапка за решавање на спорни односи, во која што и трошоците на постапката се поекономични, во однос на судските трошоци на кои што се изложени страните.

2. Компаративен преглед на користење на постапката за медијација во соседните држави (Република Србија, Република Бугарија и Република Грција)

Постапката за медијација во соседните држави на Република Македонија е предвидена да се користи исто така како вонсудски начин на решавање на спорните односи. Разликата во нормирањето на постапката за медијација произлегува од различната правна традиција на државите, како и разликата во однос на членството во Европската Унија на две од соседните држави како што се Република Грција и Република Бугарија. Предмет на овој труд е анализа на доброволноста на постапката во рамките на системот на вонсудско решавање на спорови во постапка на медијација во соодветните држави.

Во **Република Србија**, наместо термин “медијатор“ се користи термин “посредник“, соодветно на тоа наместо постапка на медијација се употребува терминот постапка за посредување. Во рамките на спорови кои што се медијабилни во Република Србија се смета дека посредувањето е соодветно во : *„...во имотноправните спорови чијашто цел е исполнување на обврската на чинење, други имотноправни спорови, во семејните, економски спорови, управни предмети, спорови од областа на заштитата на животната средина, во потрошувачките спорови, како и во сите други спорни односи, во кои посредувањето одговара природата на спорните односи и може да им помогне на нивното разрешување.“*¹⁴ Дополнително на овие медијабилни спорови, исто така посредувањето во Република Србија е дозволено и *„...во кривични и прекршочни работи во врска со имотно-правните барање и барање за надомест на штета, како и во работните спорови, ако со посебна закон не е поинаку пропишано.“*¹⁵

¹⁴ Закон о посредовању у решавању спорова (Службен гласник РС, 55/2014, член 3, став 2

¹⁵ Закон о посредовању у решавању спорова (Службен гласник РС, 55/2014, член 3, став 3

Што се однесува пак до доброволноста на постапката предвидено е дека: **„Постапката за посредување се спроведува доброволно, врз основа на изречното согласност на страните, освен во спорните односи во кои со посебна закон се води постапка за посредување предвидена како услов за водење на судски или друг процес.“**¹⁶ На овој начин се воспоставува почитување на начелото на доброволност на постапката за медијација, која што може да се спроведува во оние спорови во кои што оваа постапка е допуштена. Иако предвидена е како услов за водење на судски или друг процес, задолжителен обид за медијација во Република Србија не е предвиден за ниту еден вид на спорно односи кои што може да се решаваат во постапка за медијација, како што е тоа случај со задолжителниот обид за медијација во стопанските спорови во Република Македонија.

За упатувањето на страните во спорот во постапка за медијација од страна на суд или некој друг орган предвидено е дека: **„Судот или друг орган, кој е во согласност со посебен закон, е должен да им укаже на можноста за посредување, да се дадат сите потребни известувања, заради целосно информирање на страните за можноста за посредување.“**¹⁷Евидентно е дека иако постои обврска за укажување, но без обврска за забележување на упатувањето на записникот кој што го води Судијата. Авторитетот на судиите во однос на решавањето на спорниот однос и негово упатување во постапка на медијација е еден од клучните фактори, страните во постапката за медијација да се обидат да го решат спорот надвор од судот.

Во Република Бугарија: **„Предмет на медијација може да бидат граѓански, комерцијални, работни, семејни и административни спорови поврзани со правата на потрошувачите и други спорови помеѓу физичките и / или правните лица, вклучувајќи ги и оние кои се прекугранични спорови.“**¹⁸ Освен во овие спорови, според законот во Република Бугарија, исто така медијацијата е предвидена да се користи како ефикасен начин на решавање на споровите и во кривичната постапка, со посебни одредби. Во случајот на медијацијата во Република Бугарија и нејзиното нормирање, мора да се земе во предвид фактот дека Република Бугарија е членка на Европската Унија, па оттаму ќе се применуваат дополнително и актите на Европската Унија кои што се однесуваат на

¹⁶ Закон о посредовању у решавању спорова (Службен гласник РС, 55/2014, член 9, став 1

¹⁷ Закон о посредовању у решавању спорова (Службен гласник РС, 55/2014член 9, став 2

¹⁸ Закон за медијација во Република Бугарија, Објавен, Службен весник бр. 110 / 17.12.2004, изменет и дополнет, С.Г. бр. 86 / 24.10.2006, дополнет, SG бр. 9 / 28.01.2011, изменет и дополнет, С.Г. бр. 27 / 1.04.2011, член 3, став 1

постапката за медијација.

Упатувањето на страните преку судот или друг орган не е нормирано во Законот за медијација, но што се однесува до начелото на доброволност во постапката за медијација предвидено е дека „*Страните ќе имаат еднакви можности да учествуваат во процесот на медијација. Тие ќе учествуваат во процесот на своја слободна волја и може да се повлечат во секое време.*“¹⁹ Можноста од повлекување од постапката за медијација го дополнува значително начелото на доброволност не само да се вклучи страната во постапката, туку и слободно да одлучи да го искористи истото начело да се повлече од постапката за медијација, без притоа потреба да го аргументира донесениот став.

Во Република Грција, аналогно и на случајот на Република Бугарија, како членки на Европската Унија, освен националното законодавство кое што се однесува на медијацијата, се применуваат и актите кои што се однесуваат на вонсудското решавање на спорите во ЕУ.

Што се однесува пак до задолжителниот обид за медијација, во Република Грција за разлика од другите анализирани држави на Балканскиот полуостров, има широк опсег на спорови во кои обидот е за медијација е задолжителен. Имено според најновите измени на Законот бр. 4512/2018, постапката за медијација во однос на задолжителен обид се применува за соодветни спорово кои што се однесуваат на: Семејни работи, особено износот на надоместоци, старателство на деца итн; Спорови кои произлегуваат од користењето или работењето на сопственоста на недвижен имот (станбени згради и сл.) ; Спорови кои произлегуваат од сообраќајни незгоди; Спорови во врска со полисите за осигурување на автомобил; Спорови во врска со порамнувањето на долгот; Медицински случаи на небрежност; Берзански спорови; Прашањата кои што се поврзани со интелектуалната сопственост. Истовремено корисниците на правна помош се исклучени од задолжителниот обид за медијација.

Со цел да им овозможи квалитетна и ефикасна постапка за медијација, капацитетот во Република Грција го овозможуваат приближно 2000 медијатори кои што се сертифицирани за соодветната постапка на посредување. Овој превземен чекор е секако мотивиран и од временскиот застој на предмети кои што се водат во судовите во Република Грција каде што периодот кој во просек еден предмет е во прва инстанца во

¹⁹ Закон за медијација во Република Бугарија, Објавен, Службен весник бр. 110 / 17.12.2004, изменет и дополнет, С.Г. бр. 86 / 24.10.2006, дополнет, SG бр. 9 / 28.01.2011, изменет и дополнет, С.Г. бр. 27 / 1.04.2011, член 5

судот изнесува 610 дена.²⁰ За разлика од оваа постапка, според истиот извор постапката за медијација во просек временски се одвива од 5 до 75 дена.

Заклучни согледувања

Во согласност со она што беше наведено претходно во овој труд, може да се заклучи дека медијацијата е соодветна постапка, која што се води вон судот за спорови каде што страните во спорот слободно располагаат со своите барања и права. Исто така таа не е ограничена само на прашања од граѓанската материја, туку се однесува во посебни случаи и на материјата од казненото право.

Постапката за медијација во различен вид на спорови е задолжителна во обид единствено во Република Македонија и во Република Грција. Со оглед на тоа што Република Грција е членка на Европската Унија, задолжителниот обид за медијација не е во спротивност со правото на ЕУ, па оттаму е постапка која што би можела да се имплементира и прошири со сличен опсег на спорови и во Република Македонија, која што исто така претендира да стане полноправна членка на Европската Унија.

Задолжителниот обид не претставува спречување на граѓаните за пристап до правдата со оглед на тоа што во постапката за медијација, доколку медијацијата е неуспешна во обид или пак во текот на активна медијација, страните може слободно да одлучат спорниот однос да го решаваат во судска постапка. Исто така задолжителниот обид не значи присилување на страните во спорот да го решат истиот во постапка за медијација. Задолжителноста се однесува само на можноста странките во спорот да водат постапка во која што се обидуваат со посредство на трета неутрална страна медијатор да дојдат до взаемно прифатливо решение.

Некои од придобивките за задолжителниот обид за медијација се дека: страните во спорот се обидуваат да го решат спорот на доброволен начин во постапка во која што во секој момент доколку одлучат да се откажат од постапката, доколку сметаат дека тоа не одговара на нивните интереси и права. Обидувајќи се спорот да го решат во постапка за медијација, тие овозможуваат соодветна доверливост на постапката, што не е случај со судската постапка, каде што е дозволена јавност

²⁰ <http://www.eodid.org/en/services/mediation/>

во парницата. Особено голема придобивка за страните во спорот во постапката за медијација е што тие ја задржуваат неформалноста на однесувањето, но и комуникацијата и добрите деловни, пријателски или роднински односи, што не е случај со судската постапка каде што вообичаено ги судираат ставовите и ги нарушуваат своите односи. Задолжителниот обид со оглед на тоа што постапката за медијација доколку се спогодат страните може да заврши со писмена спогодба и на тој начин да го решат спорот во постапка која што временски помалку трае, за разлика од повеќе степената судска постапка, која што поради големиот обем на предмети во судовите, вообичаено трае подолго.

Во Република Македонија подобно е да се предвиди задолжителна медијација во спорите кои што се однесуваат на надомест на штета според Законот за задолжително осигурување на сообраќајот. Промената би требало да биде во членот 5 кој што се однесува на Право за поднесување на барање за надомест на штета, а предвидено е дека:

„(1) Оштетеното лице има право да поднесе барање за надомест на штета директно до одговорното друштво за осигурување.

(2) Оштетеното лице може да поднесе тужба за надомест на штета до надлежен суд само доколку претходно поднело барање за надомест на штета до одговорното друштво за осигурување.

(3) Друштвото за осигурување не може спрема оштетеното лице да истакне приговор што врз основа на законот или договорот за осигурување би можело да го истакне спрема осигуреното лице поради непридржувањето кон законот, условите на осигурување или кон договорот за осигурување. ⁴²¹ Со оглед на тоа што осигурителните компании како трговски друштва имаат претежна цел да остварат профит од својата работа, соодветно на тоа е да преговараат за помал надомест на штета со осигуреникот, со цел да не се одлеваат средства од добивката на компанијата. Дотолку повеќе што во овие преговори за надомест на штета, осигурителните компании имаат значително поголема моќ и капацитет од аспект на стручни служби во однос на преговарањето и одлучувањето во врска со барателот за надомест на штета. Со цел во овие постапки да се гарантира еднаквоста на страните, доброволноста на постапката за надомест на штета, како и соодветно располагање со интересите и потребите на барателот, соодветно е да биде вклучено трето неутрално лице медијатор, кој што за својата работа поседува соодветна лиценца, а

²¹ Закон за задолжително осигурување во сообраќајот (Службен весник на РМ бр. 88/2005, 70/2006, 81/2008, 47/2011, 135/2011, 112/14 и 145/15), Член 5

притоа е обучен за балансирање на моќта и посредување во постапка која што може да резултира со взаемно прифатлива спогодба.

За таа цел сметам дека следнава промена на истоимениот член од Законот за задолжително осигурување во сообраќајот би била соодветна со следниве предлог промени: „ (1) Оштетеното лице има право да поднесе барање за надомест на штета во постапка за медијација.

(2) Оштетеното лице може да поднесе тужба за надомест на штета до надлежен суд само доколку претходно поднело барање за надомест на штета во постапка за медијација.

(3) Друштвото за осигурување не може спрема оштетеното лице да истакне приговор што врз основа на законот или договорот за осигурување би можело да го истакне спрема осигуреното лице поради непридржувањето кон законот, условите на осигурување или кон договорот за осигурување.“²² Со ваквата промена, бројот на предмети кои што би можеле да бидат решени во постапка за медијација би се зголемил, а со тоа и веројатноста во значителен број од нив да се дојде до взаемно прифатлива спогодба, која што би превенирала спорниот однос да продолжи во судска парница.

Соодветни промени во однос на задолжителниот обид за медијација во Република Македонија би можеле да се предложат во врска со споровите како што се семејните, потрошувачките како и споровите кои што се водат по приговор на страната до нотарот во врска со платен налог.

На овој начин на граѓаните ќе им биде олеснет начинот на пристап до соодветна постапка која што е во се поголем тренд, доброволна и временски предвидена во помал рок. Истовремено за другата страна ќе има единствено обврска да се обиде во постапка за медијација да го реши спорот, на економичен начин за разлика од високите судски трошоци, кои што се на товар на страните во парницата.

²² Предлог за промена на став 1, 2 и 3 од член 5 на Закон за задолжително осигурување во сообраќајот (Службен весник на РМ бр. 88/2005, 70/2006, 81/2008, 47/2011, 135/2011, 112/14 и 145/15)

MANDATORY VS. VOLUNTARY MEDIATION IN THEORY AND PRACTICE IN REPUBLIC OF MACEDONIA

The aim of this paper is to confront the two mainstream views on mandatory vs. voluntary use of mediation as an out of court dispute resolution. In order to maintain the academic level of the paper in the first part the term mediation will be defined, thus making the difference between mediation and the other alternative dispute resolution mechanisms. In this part maintaining the scientific objectivity some arguments pro and contra will be presented in favour of the two confronting concepts.

The second part of the paper focuses on theoretical and legal framework of mediation in an regional context, since the legislation of mediation has specifics in every country. In order to maintain broader objectivity of the legal framework having in mind that most of the countries in Europe want to become members of the European Union, the legislation concerning mediation will be discussed in the context of mediation in the European Union directives.

The third part concerns the use of mediation in practice, and how the concept works when the parties can use to follow mediation process, with or without obligation to use it. Since mediation can be used in various dispute resolution some data is analyzed in Republic of Macedonia as a focus of this paper. At the end of the paper the conclusions are presented on the basis of the argumentation and the practice of mediation, with notes on how to improve the mediation procedure and usage in the future.

ЗАШТИТА НА ПРАВАТА НА ДОВЕРИТЕЛИТЕ ВО МАКЕДОНСКОТО НАСЛЕДНО ПРАВО: ДЕКОР ИЛИ ЧЕКОР КОН ВЛАДЕЕЊЕО НА ПРАВОТО

UDK: 347.65/.68(497.7)
Original research paper

Апстракт: *Македонското наследноправно законодавство нема претрпено поголеми реформи повеќе од седум децении. Тоа е причината поради која постојното наследно право, во голема мера, се базира на принципите и решенијата од поранешниот социјалистички правен поредок и покрај промените во економскиот, правниот и политичкиот систем. Во услови на пазарна економија кога приватната сопственост има исклучително значење, ваквите решенија создаваат големи проблеми во практиката и во сферата на наследувањето. Старите решенија и правните празнини ја усложнуваат постапката за намирување на доверителите и ја обременуваат оставинската постапка создавајќи правна несигурност. И покрај тоа што законодавецот донесе одредени решенија за заштита на доверителите, тие никогаш не заживеаа во праксата. Поради тоа, евидентна е потребата од донесување на подробни и прецизни законски решенија со цел да се надминат проблемите поврзани со наследувањето на имотните обврски и остварување на правата на доверителите, со цел да не бидат само декор туку чекор кон владеењето на правото.*

Клучни зборови: *наследување, имотни обврски, извршување, наследно-правни реформи.*

Од донесувањето на Сојузниот Закон за наследувањето¹ во пеесеттите години на минатиот век, па до денес, македонското наследноправно законодавство нема претрпено позначајни промени,² освен што законодавецот ја расцепка наследноправната материја од еден

* Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијана Први“, УКИМ - Скопје

¹ „Службен лист на СФРЈ“ бр. 20/55, 12/65 и 42/65.

² Повеќе за ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби трејд, Скопје, 2016, стр. 9-10.

во повеќе прописи.³ Со осамостојувањето на Република Македонија и донесувањето на Уставот⁴ од 1991 година беа востановени значајни промени во општественото,⁵ правното,⁶ економското и политичкото уредување кои се одразија и во сферата на наследувањето. Во новиот либерално-демократски поредок повеќе немаше место за ограничување на слободата на пазарот, претприемништвото и приватната сопственост,⁷ како што тоа беше случај во минатото.⁸ И покрај овие промени, во

³ Сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година, за разлика од важечкиот Закон за наследувањето од 1996 година, во својата содржина ги вклучуваше не само материјалноправните туку и формалноправните одредби со кои се уредуваа наследноправните односи. Имено, тој во својата содржина ги вклучуваше наследноправните договори, постапката за расправање на оставината, составување на судски тестамент и чување на тестамент.

⁴ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09 и 13/09.

⁵ За промените во општеството и нивното влијание на наследните односи види повеќе кај: Љиљана Спировиќ Трпеновска, Мицковиќ Дејан, Ристов Ангел, „Современите тенденции во наследното право“ *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Никола Матовски*, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, 2010.

⁶ За ова види поопширно кај Светомир Шкариќ, *Уставно право*, Осмо издание, Култура, Скопје, 2015, стр. 359-392.

⁷ Во претходниот социјалистички правен поредок приватната сопственост, во однос на другите видови сопственост (државна, општествена), беше маргинализирана и со закон ограничена по обем. Врз основа на тоа, на одреден вид ствари (станбен и деловен простор, земјоделско земјиште и др.) граѓаните можеа да стекнат право на сопственост само во обемот и границите определени со закон. Ваквата состојба во однос на ограничувањето на сопственоста по обем беше променета со Уставните (сојузни и републички) измени во периодот 1988/89 година. Најпрвин, со амандманот 35 на Уставот на СРМ, беа укинати ограничувањата во поглед на сопственоста на станбени згради и деловен простор и средствата за работа, додека во однос на земјоделското земјиште земјишниот максимум кој може да биде во сопственост беше покачен од 10 ха на 30 ха. Подоцна, со амандманот 59 беше востановен сопственичкиот плурализам и конечно земјишниот максимум во поглед на земјоделското земјиште беше укинат и како резултат на неефикасноста на општествената сопственост беше предвидена нејзина трансформација. Во законската регулатива, како резултат на сојузните Уставни измени, ограничувањата на приватната сопственост беа укинати со измените и дополнувањата на Законот за основните сопствено-правни односи во 1990 година („Службен лист на СФРЈ“ бр. 36/90). Уставот на Република Македонија од 1991 година, со својот либерално-демократски концепт, не предвидува ограничувања по обем во однос на приватната сопственост. „*Се гарантира сопственоста и наследувањето*“, чл. 30 ст. 1 од Устав на Република Македонија.

⁸ За целите и правците на ограничувањето на приватната сопственост повеќе види кај: Асен Групче, *Граѓанско право втор дел – Стварно право*, Култура Скопје, 1976, стр. 125-149. Исто види и кај Родна Живковска, *Стварно право, книга I*, Европа 92, Скопје, 2005, стр. 55-62; Групче Асен, „Кон физиономијата на новиот Закон за сопственост и други стварни права“, *Зборник во чест на Асен Групче*, Универзитет „Св. Кирил и

Законот за наследувањето⁹ од 1996 година, законодавецот во голема мера ги презеде решенијата од поранешните наследноправни прописи од времето на социјализмот.¹⁰ Духот на овие решенија не соодветствува на воспоставените капиталистички односи во кои повеќе нема простор за привилигирање на должниците.¹¹ Во таа смисла, тие создаваат бројни проблеми во праксата со кои се нарушува принципот на правна сигурност во имотноправните односи.¹²

Поминаа повеќе од седум години откако во декември 2010 година, со Одлуката на Владата на Република Македонија, беше формирана Комисијата за изготвување на Граѓански законик на Република Македонија.¹³ Најголема заслуга за идејата за кодификација на македонското граѓанско право како и за нејзината реализација има познатиот цивилист професорот Гале Галев, кој е именуван за претседател на Комисијата за изготвување на Граѓанскиот законик.¹⁴ Во својата повеќегодишна работа Комисијата за наследно право, континуирано, изготви пет работни верзии на Нацртот на Книга 4 – Наследноправни односи, предвидувајќи бројни реформи во насока на подобрување на законската регулатива за надминување на постојните проблеми.¹⁵ Една од клучните реформи е подобрувањето на правната заштита на доверителите во наследувањето.¹⁶

Методиј“ Правен Факултет, Скопје, 2001; Дабовиќ Анастасовска Јадранка, „Правото на сопственост како гарантирано економски и социјално право на човекот и граѓанинот на Република Македонија“, *Слободите и правата на човекот и граѓанинот во Република Македонија*, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Правен факултет – Скопје, Скопје, 1996.

⁹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

¹⁰ Види Закон за наследувањето „Службен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78.

¹¹ За ова подробно види кај: Ангел Ристов, „Актуелните проблеми во извршувањето на побарувањата на доверителите во македонското семејно и наследно право“, *Семинар на извршители 30 мај – 2 јуни 2013 Драч Албанија*, Комора на извршители на Република Македонија, 2013; Ангел Ристов, „Актуелни прашања и дилеми поврзани со остварувањето на побарувањата во имотно-правните односи во македонското право“ *Меѓународен семинар на извршители*, Сандански, Р. Бугарија, 7 – 10 мај 2015.

¹² Повеќе за ова види кај: Асен Групче, *Имотно (граѓанско право) Опит дел*, Второ изменето и дополнето издание, Култура, Скопје, 1983, стр. 32; Ангел Ристов, „Правната сигурност како клучен фактор за владеење на правото“, *Правник*, бр. 295-296, Здружение на правниците на Република Македонија, Скопје, 2016.

¹³ Одлука на Владата на Република Македонија „Службен весник на Република Македонија“ бр. 4/2011.

¹⁴ Повеќе за идејата и концептот на Граѓанскиот законик на Република Македонија види кај Гале Галев, *Проект за изработка на Граѓански законик на Република Македонија*, Скопје, 2009.

¹⁵ Види Работна верзија на Комисија за изготвување на Граѓанскиот законик на Република Македонија, Книга 4 – Наследноправни односи, Скопје, септември 2017.

¹⁶ Повеќе за ова види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното*

Од првичната работна верзија, пред неколку години, беа организирани повеќе јавни дебати и дискусии со пошироката правничка јавност, како и со нотарите извршителите кои ги посочија проблемите со кои се соочуваат.¹⁷ Нивните ставови и мислења Комисијата ги имплементира во предложените решенија. Сепак, и покрај овие напори летаргијата на законодавецот по однос на кодификацијата на граѓанското право и понатаму продолжува! Дали ќе биде донесен Граѓанскиот законик останува да покаже иднината, доколку законодавецот го разбере неговото големо значење за правниот живот.¹⁸ Се дотогаш, старите решенија и правните празнини во наследното законодавство и понатаму остануваат да ја усложнуваат оставинската постапка и намирувањето на доверителите, создавајќи правна несигурност и дополнителни финансиски трошоци за доверителите.¹⁹ Поради тоа, останува отворено прашањето дали постојните законски решенија реално овозможуваат заштита на доверителите или се само „декор“ во законодавството. Направената анализа на постојните законски решенија и востановената пракса, накрајот ќе ни овозможи да добиеме одговор на поставеното прашање.

2. Проблеми при наследувањето на обврските на оставителот

Во секојдневнието чести се случаите кога извршниот должник ќе умре без да ги исполни своите обврски кон доверителот. Извршителот, во ваков случај, е должен да ја прекине постапката на извршување се до моментот кога оставината правосилно ќе биде расправена од страна на нотарот. Практиката покажува дека во голем број на случаи матичарот не го известува судот за смртта на оставителот, не доставува смртовница или пак смртовницата не содржи целосни податоци. Тоа е причината поради која судот по службена

право..., стр. 203-212.

¹⁷ Советување – „Новините и дилемите во семејното и наследното право“ Нотарска комора на Република Македонија, Скопје, 16 ноември 2013; Семинар на извршители, Комора на извршители на Република Македонија, Охрид, 13-15 декември 2013.

¹⁸ Повеќе за ова види кај Гале Галев, Зошто на Република Македонија и е потребен Граѓански законик, *Меѓународна научна конференција Реформите во правото: чекор поблиску до владеење на правото*, Iuridica Prima, Неготино, 27-29 септември 2017.

¹⁹ За ова повеќе види кај: Ангел Ристов, Законот за наследување од аспект на практичната примена на членот 30 став 3 од Законот за извршување, *Меѓународен семинар на извршители*, Сандански март 2018; Ангел Ристов, „Актуелни прашања и дилеми поврзани со остварувањето на побарувањата во имотно-правните односи во македонското право“ *Меѓународен семинар на извршители*, Сандански, Р. Бугарија, 7 – 10 мај 2015.

должност не ја поведува оставинската постапка. Многу често, смртовниците содржат нецелосни податоци кои им создаваат големи проблеми на нотарите во спроведувањето на оставинската постапка. Загубата на блиското лице, традицијата и обичаите ги попречуваат матичарите да ги добијат неопходните информации за да ја состават смртовницата. Се почести се и случаите кога и самите наследници немаат интерес да ја покренат оставинската постапка, знаејќи дека оставителот има долгови. Присутни се и ситуации кога намерно се инсценираат спорни прашања помеѓу наследниците и се започнуваат парници помеѓу нив, се со цел да се оневозможат доверителите да ги остварат своите побарувања од оставината. Од друга страна, Законот за вонпарнична постапка²⁰ сеуште не предвивува можност оставинската постапка да биде поведена на предлог на доверителите и извршителот, како лица кои имаат правен интерес. И покрај ова, во последниве години доставените предлози според професорот Арсен Јаневски се сметаат за „иницијатива“ судот по службена должност да поведе оставинска постапка. Ваквата тешка состојба законодавецот се обиде да ја надмине со донесувањето на одредбата од чл. 30 ст. 3 од Законот за извршување²¹ од 2016 година, со која се предвиде можноста да биде назначен старател на оставината на умрениот должник. Со тоа законодавецот сакаше да ја премости состојбата кога ниту судот, ниту наследниците не ја поведуваат оставинската постапка. Како и дали таа се применува во практиката, како што законодавецот замислил, најдобро знаат нотарите и извршителите!

Друг важен проблем е фактот што наследниците во оставинската постапка не ги пријавуваат долговите на оставителот, со исклучок на оние што се запишани во јавна книга. Како резултат на тоа се создаваат проблеми кои го отежнуваат извршувањето. Освен во однос на поведувањето на оставинската постапка извршителите и доверителите се соочуваат и со проблеми кога наследниците не сакаат да го спроведат оставинското решение во Катастарот на недвижностите. Со ваквиот проблем се соочува и Управата за јавни приходи која не може да си ги наплати јавните давачки.

3.Наследување на обврските на оставителот во наследното законодавство

Обврските на оставителот претставуваат составен дел на

²⁰ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 7/11.

²¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 72/2016.

оставината.²² Таа се состои од имотните права и обврски кои оставителот ги поседувал во моментот на смртта. Во таа смисла, оставината претставува збир од имотни права и обврски кои се изразливи и проценливи во пари. Со други зборови кажано, оставината се состои од разни видови на ствари (движни и недвижни) кои се подобни за пренесување во сопственост, стварни права, облигациони права, наследни права, и материјални права од правата на интелектуална сопственост (авторски и права од индустриска сопственост).

Согласно одредбите на ЗН, *можат да се наследуваат предмети и права што им припаѓаат на поединци (чл. 2)*. Ваквата одредба е непрецизна и неточна, поради што создава проблеми во практиката.²³ И покрај тоа што во наведената законската одредба законодавецот изрично не предвидува, во оставината задолжително влегуваат и имотните обврски што ги имал оставителот во моментот на својата смрт.²⁴ Имотот кој што оставителот го имал во моментот на неговата смрт ја сочинува *брuto вредноста на оставината*. Кога од брuto вредноста ќе се одземат долговите на оставителот, трошоците за попис и процена на оставината, како и трошоците за погребување на оставителот се добива *нето вредноста на оставината*. На таквата вредност на оставината треба да се додаде вредноста на позначајните подароци што ги направил оставителот 90 дена пред својата смрт и така се добива *пресметковната вредност на оставината*. Пресметковната вредност е основа за пресметување на

²² Во македонското наследно право и во правниот живот не постои единствен термин со кој се означува предметот на наследувањето, т.е. се она што во моментот на смртта на оставителот преминува на неговите наследници. Законодавецот во одредбите од Законот за наследувањето и Законот за вонпарнична постапка користи повеќе термини за означување на предметот на наследување, како што се: *оставина, наследство, оставинска маса* и *имот на умрениот*. Иако овие термини се различни тие по својата содржина се исти (освен терминот оставинска маса), бидејќи ги опфаќаат имотните права и обврски кои му припаѓаат на едно лице.

²³ Општопознато е дека не сите ствари и права кои што им припаѓаат на поединци (физички лица) можат да се наследуваат. Личните права, родителските права, правата на издршка не можат да се наследуваат. Можат да се наследуваат само имотните права на оставителот. Второ, не се наследуваат само правата на оставителот, туку и неговите имотни обврски кои ја сочинуваат пасивата на оставината. Трето, во законската одредба неправилно се говори за наследување на предмети (ствари), затоа што тие се предмет на стварните права. Да се наследуваат можат само стварни права (сопственост, залог, долготраен закуп на градежно земјиште и др.)

²⁴ За ова види повеќе кај Ангел Ристов, За потребата од потемелно уредување на оставината во македонското наследно право, *Зборник на трудови од Петта Меѓународна научна конференција, Општествените промени во глобалниот свет*, Штип, 2018, стр. 51-67.

големината на нужниот дел на нужните наследници.²⁵

За правилно распределување на оставината од клучно значење е да се определи што не влегува во рамките на оставината.²⁶ Во оставината не влегува делот што претходно се издвојува во полза на надживеаниот брачен другар (кој претставува негов дел во заедничкиот имот на брачните другари), потоа покуќнината, како и имотот што се издвојува од оставината во корист на лицата што живееле во заедница со оставителот и му помагале во стопанисувањето. Личните права и обврски кои се сврзани за личноста и својствата на оставителот не влегуваат во рамките на оставината, туку тие престануваат да постојат во моментот на смртта на оставителот. Во оставината, исто така, не влегува ниту оној дел од имотот на оставителот што е предмет на договор за распределување на имот за време на живот и договор за доживотна издршка.

Во нашето наследно право е прифатен принципот дека наследниците наследуваат *ex lege*, врз основа на што наследниците го стекнуваат наследството во моментот на смртта на оставителот. Во таа насока, ЗН предвидува дека: „Оставина на умреното лице преминува, по силата на законот, врз неговите наследници во моментот на неговата смрт“ (чл. 127). Тоа е моментот кога наследниците, покрај правата, ги наследуваат и обврските на оставителот. Но, се поставува прашањето кои обврски се наследуваат и во кој обем? Неспорно е дека се тоа само имотните обврски на оставителот, бидејќи како што претходно кажавме личните имотни обврски се гаснат со смртта на оставителот. Што се однесува до обемот на обврските, односно долговите за кои наследниците одговараат законодавецот подробно го уредува ова прашање во Законот за сопственост и други стварни права²⁷ (ЗСДСП), во делот Заедничка сопственост во наследничка заедница. Во одребите на членот 83 од ЗСДСП е предвидено дека: *Наследникот одговара за долговите на оставителот до висината на вредноста на наследениот имот. Наследникот кој се откажал од наследството не одговара за долговите на оставителот. Кога има повеќе наследници тие одговараат солидарно за долговите на оставителот и тоа секој до висината на вредноста на својот дел од наследениот имот, без оглед на тоа дали е извршена делба на наследството. Меѓу наследниците долговите се делат сразмерно со*

²⁵ Прашањето за бруто, нето и пресметковната вредност на оставината е теоретско прашање, кое во практиката речиси и да не се применува и поставува.

²⁶ Дефинирањето на оставината и нејзиниот состав претставува една од новините во реформите на македонското наследно право. Повеќе за ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право.*, стр. 93-105.

²⁷ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/01.

вредноста на имотот што секој од нив го наследил, ако со тестаментот поинаку не е определено.²⁸ Поаѓајќи од наведените одредби несомнено е дека наследниците одговараат за долговите на оставителот до висината на вредноста на наследениот имот. Законските одредби се доволно јасни и прецизни, меѓутоа во реалноста чести се случаите кога наследниците се заинтересирани само за наследувањето на правата, но не и на имотните обврски. Во таа смисла, искуството покажува дека се присутни бројни злоупотреби од страна на наследниците кои претходно ги посочивме.

Со цел да се заштитат доверителите, нашето законодавство предвидува решение според кое: „Доверителите на оставителот можат да бараат во рок од три месеци од отворањето на наследството оставината да се оддели од имотот на наследникот. Во тој случај наследникот не може да располага со предметите и правата од оставината ниту неговите доверители можат од нив да се наплатат, додека не се наплатат доверителите кои барале одделување. Доверителите на оставителот кои го барале ова одделување можат да ги наплатат своите побарувања само од средствата на оставината. На одделената оставина судот може да и постави старател.“ Тргувајќи од овие одредби логички е исправно мислењето според кое „доверителите можат да бараат наплата на долговите веднаш по отворањето на наследството, не чекајќи да се расправи оставината.“²⁹ Ваквото мислење поаѓа од прифаќањето на концептот на бруто и на нето оставина кое законодавецот го прави во рамките на ЗН. Имено законодавецот предвидува дека дури кога од

²⁸ Законските наследници на оставителот се должни да го вратат долгот што го направил оставителот и тие за долгот одговараат солидарно до висината на вредноста на својот дел од наследениот имот.

(Одлука на Врховниот суд на РМ, Рев. 484/97).

Одговорноста на наследникот, во смисла на (...) ЗН за наследување на долговите на оставителот до висината на вредноста на наследениот имот, се утврдува во текот на процесната постапка, а не во извршната постапка, бидејќи пресудата со која тој се задолжува да го плати долгот може да се движи само во рамките на вредноста на наследениот дел.

(Одлука на Врховниот суд на Македонија, Рев. 623/80 од 1.11.1980).

Наследникот одговара за долговите на оставителот до висината на наследениот имот независно од тоа што после спроведената постапка ја подарил наследената недвижност.

(Одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 781/82).

Сите наследници на оставителот солидарно одговараат за неговите долгови до висината на својот наследен дел, без оглед дали е извршена делба на наследството, па врз основа на тоа доверителот може со тужба да ги оствари своите права кои ги имал спрема оставителот, тужејќи ги сите негови наследници, како солидарни должници, или само некој од неговите наследници, бидејќи наследниците на оставителот не се нужни сопарничари.

(Одлука на Врховниот суд на Србија, Гж. 1426/79).

²⁹ Кирил Чавдар, *Коментар на Законот за наследувањето*, Академик, Скопје, 1996, стр. 290.

бруто вредноста ќе се одземат долговите на оставителот, трошоците за попис и процена на оставината, како и трошоците за погребување на оставителот се добива *нето вредноста на оставината*. Токму нето вредноста на оставината е предмет на распределба помеѓу наследниците. Затоа во случај кога доверителот ќе поднесе вакво барање доколку е возможно нотарот ќе биде должен да го издвои тој дел од ставината за да може доверителот/лите да се наплатат од него. Меѓутоа и покрај тоа што законските одредби се доволно јасни и концизни и се во прилог на доверителите, овие одредби во реалноста не се остваруваат според замислата на законодавецот од причини кои што претходно ги наведовме. Сепак, клучна причина е фактот што нашето законодавство не го познава институтот „лежечка оставина“ (*hereditas iacens*), со оглед дека наследството се стекнува во моментот на смртта на оставителот, а не во моментот на давањето на наследничката изјава.

Какво е досегашното искуство во поглед на наследувањето на обврските и остварувањето на правата на доверителите? И покрај постоењето на јасните решенија во поглед на остварувањето на правата на доверителите спрема оставителот, практиката ги видоизменила истите во друга насока. Досегашното искуство покажува дека ова решение никогаш вака не заживеало во практиката. Во случај кога должникот ќе почине постапката на извршување ќе биде запрена се додека не биде поведена и завршена оставинската постапка. Откако ќе го прифатат наследството наследниците ќе бидат обврзани да ги исполнат обврските спрема доверителите на оставителот. Меѓутоа, како што погоре наведовме поради погрешната примена на законските одредби, како и можноста за инсценирање на спорни прашања помеѓу наследниците, повторно доверителите можат да се соочат со неможноста ефикасно и брзо да ги остварат своите побарување. Со цел да се спречи доверителот да го оствари своето право, чести се и ситуациите кога наследниците кои ја повеле оставинската постапка, пред надлежниот нотар поднесуваат поднесок со кој го повлекуваат предлогот за поведување на оставинската постапка. Имајќи ја предвид вакавата ситуација ни се наметнува прашањето: Дали може наследниците да поднесат ваков предлог кога постапката за расправање на оставината е официјална и се поведува по службена должност? Согласно ЗВП судот покренува постапка за расправање на оставината по службена должност, веднаш штом ќе дознае за смртта на едно лице или за прогласувањето на едно исчезнато лице за умрено. Дали во овој случај приватниот интерес е позначаен од јавниот интерес? Дали може постапката за расправање на оставината како постапка која се поведува по службена должност откако ќе биде

поведена истата да биде запрена на барање на наследниците? Според мислењето на проф. Арсен Јаневски теоријата одговорот на ова прашање е негативен. Во таков случај доколку до нотарот биде поднесено барање или „предлог“ за повлекување на оставинската постапка, нотарот истиот треба да го одбие и да ја заврши започнатата постапка за распределба на оставината.

4. За не/примената на одредбите за заштита на доверителите кога должникот ќе почине од Законот за извршување

Бројните злоупотреби и тешкото остварување на правата на доверителот од оставината го натера законодавецот да превземе одредени чекори за надминување на ваквата состојба. Така, согласно чл.30 ст.1 од Законот за извршување: „Кога во текот на спроведувањето на извршувањето настапила смрт на странката или на нејзиниот законски застапник, извршувањето се прекинува.“ Во ваков случај кога извршителот ќе дознае за овој факт потребно е да се увери за истиот со извод од матичната книга на умрени. Оваа информација може да ја добие од наследниците или пак од Управата за водење матични книги. За прекилот на извршувањето извршителот е должен да ги извести наследниците на странката, ако се познати и ако е познато нивното живеалиште или престојувалиште, како и противната странка (чл. 30 ст.2). Најчесто во праксата, извршителот не е во можност да ги извести наследниците затоа што не ги познава или не му е позната адресата на живеење. Вистинските наследници ќе бидат познати откако правосилно ќе биде распределена оставината на оставителот во правосилното оставинско решение. Според законските одредби ако за расправање на оставината не е поведена постапка по службена должност, а наследниците во рок од 60 дена од денот кога настапила смртта на должникот, односно од денот на правосилноста на решението на судот за прогласување на исчезнатото лице за умрено, не поднеле предлог за расправање на оставина, или не е познато нивното живеалиште или престојувалиште, извршителот ќе побара од ЦСР без одлагање да им постави привремен старател на наследниците согласно Законот за семејство.³⁰ Оваа решение, за разлика од порано, претставува значаен исчекор за поголема заштита на доверителите.

И покрај тоа што законодавецот имал добра намера, да биде намирено

³⁰ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/10, 156/10, 39/12, 44/12, 38/14, 115/14, 104/15 и 150/15.

побарувањето на доверителот, лоцирајќи ги постојните слабости и правни празнини во законската регулатива, оваа решение тешко ќе може да се применува во практиката. Ова од причина што ЦСР како надлежен орган за старателство е преоптоварен и со други ингеренции во: сферата на социјалната заштита, постапката за посвојување деца, надзорот над вршењето на родителското право, давањето мислење до судот кому децата да бидат доверени на чување и воспитување, постапка на миреење на брачните партнери, одржувањето на контактите на детето со нестарателскиот родител, семејното насилство и др. Покрај ова, клучен проблем е и кадровската неекипираност и неможноста во помалите места да се одговори на оваа законска одредба. Следно прашање кое се поставува е дали со Законот за извршување се прават промени во рамките на поведувањето на оставинската постапка од Законот за вонпарничната постапка! Дали ваквото решение е издржано или пак измените треба да бидат направени и во овој закон. Понатаму, кое лице би прифатило да биде старател на наследниците без надомест, имајќи го во предвид доброволниот концепт на старателство во нашето право.³¹ Се поставуваат, исто така, и дилеми што доколку биде назначен старател, кои би биле неговите овластувања? Дали тој ќе може да ја покрене оставинската постапка? Дали тој истовремено ќе биде и управител на оставината? Дали во име на наследниците привремениот старател би можел да даде позитивна наследничка изјава? Дали со тоа нема да биде нарушено право на автономија на волјата едно лице да стане или да не стане наследник. Дали поставувањето на привремен старател не треба да го бара доверителот, наместо извршителот? Каква е досегашната соработка на извршителите со старателскиот орган? Какво е искуството на нотарите по однос на ова прашање?

Големиот број на поставени прашања и дилеми укажуваат на потребата од подробно уредување на ова прашање во нашето законодавство. Дотолку повеќе што од добиените сознанија од страна на извршителите се укажува на неусогласена примена на оваа одредба во практиката. Во одредени случаи ЦСР не постапува по барањето, додека во други не одговара на истото и не поставува старател. На тој начин проблемот не се разрешува, а доверителите и понатаму остануваат во неизвесност. Имајќи го во предвид изложеното, неминовно се наметнува заклучокот дека се неопходни добро осмислени системски и темелни решенија со цел да се оствари поголема заштита на доверителите во случај на смрт на должникот.

³¹ Повеќе за ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, Стоби трејд, Скопје, 2015, стр. 81.

5. Заштитата на доверителите во споредбеното право

Во споредбеното право, за разлика од македонското законодавство, се предвидуваат подетални одредби за заштита на интересите на доверителите. Така на пример во Граѓанскиот законик на Германија е предвидена одредба за јавна покана за пријавување на правата од оставината, според која: „оставинската постапка мора да биде проследена со јавна покана, за да се определат правата од наследството, во рок утврден за нивно пријавување. Природата на поканата и должината на рокот за известувањето се одредуваат според принципите со кои се регулира постапката за јавен повик. Поканата може да биде изоставена ако трошоците се несразмерно високи во однос на висината на имот.“³² Покрај ова, интересно е решението предвидено во чл. 1980, според кое: „ако наследникот дознал за несолвентноста или презадолженоста на оставината, тој мора без одлагање да поднесе барање за поведување на извршна постапка. Ако тој не ја исполни оваа обврска, тој е одговорен на доверителите за штетата што произлегува од оваа. Во оценување на адекватноста на имотот, обврските во форма на легати и налози не се земаат во предвид. Игнорирањето кое произлегува од невниманието е еквивалентно на знаењето за несолвентност или презадолженост. Тоа се смета за особено невнимание ако наследникот не пријави долгови на јавниот оглас за доверителите на оставината, и покрај тоа што имал причина да претпостави дека постојат непознати обврските на имот; јавен оглас не е потребен ако на трошоците на постапката се несразмерно високи во однос на висината на имот.“ Во Граѓанскиот законик на Литванија е пропишано дека: „1. Доверителите на оставителот имаат право во рок од три месеци од отворањето на оставината да истакнуваат побарувања кон наследниците кои го прифатиле наследството, кон извршителот на тестаментот или управителот на оставината. 2. Побарувањата треба да се истакнуваат без оглед на нивното доспевање или временско ограничување.“³³ Освен ова, во овој Граѓански законик се предвидува дека: „попис на оставината имаат право да бараат и доверителите на оставителот. Тие имаат и право да присуствуваат при пописот и процената на оставината или да овластат друго лице да присуствува. Судот има обрска да го достави пописот и процената на оставината

³² Член 1965 BGB.

³³ Член 5.63 од Граѓанскиот закон на Литванија.

на секое лице кое има правен интерес за тоа.³⁴ Мошне специфично решение за обезбедување на правата на доверителите е предвидено во Граѓанскиот законик на Шпанија според кое: „доверителите може да се противат на поделбата на оставината сè додека нивното побарување не е платено или обезбедено.“³⁵ Дотолку повеќе, во чл. 1083 е предвидено дека: „доверителите на еден или на повеќе сонаследници можат, на нивни трошок, да земат учество во поделбата на оставината за да спречат при поделбата да дојде до измами или повреди на нивните права.“ Освен ова решение, во споредбеното право заслужуваат внимание и одредбите од Граѓанскиот законик на Швајцарија, со кои се гарантира поголема заштита на доверителите на оставината преку можност да се спроведе ликвидација на оставината со цел да се намират долговите. Така во Граѓанскиот законик на Швајцарија е предвидено дека: „доколку доверителите на оставителот имаат оправдана причина да се сомневаат дека нивните побарувања ќе бидат подмирени, во рок од три месеци од смртта на оставителот или од прогласувањето на тестаментот, тие може да бараат официјална ликвидација на оставината.“³⁶ Швајцарскиот граѓански законик содржи и одредба според која: „официјалната ликвидација се спроведува од страна на надлежен орган или од еден или повеќе управители кои делуваат во име на на надлежниот орган. Таа почнува со попис и процена на оставината.“³⁷ Законодавецот подробно предвидува дека: „за остварување на ликвидацијата, бизнис активноста на оставителот се прекинува, неговите обврски се остваруваат, неговите побарувања се реализираат, неговите легати се дистрибуираат доколку е тоа можно, неговите права и обврски се детерминираат и неговите добра се претвораат во пари.“³⁸

Од поновите граѓански законици и Граѓанскиот законик на Украина содржи подробни одредби за заштита на правата на доверителите. Така во овој Законик е уредена обврската за презентирање на побарувањата на оставителовите доверители на наследниците, според која: „1. Наследниците ќе го известат доверителот за отворање на наследството на оставителот, ако им е познато за долговите на оставителот. 2. Во рок од шест месеци од денот кога доверителот оставителот дознал или можел да знае за отворањето на наследството, тој/таа ќе ги презентира своите побарувања на наследниците што го прифатиле наследството,

³⁴ Член 5.53.8 *Ibid.*

³⁵ Член 1082 од Граѓанскиот закон на Шпанија.

³⁶ Член 594 од Граѓанскиот закон на Швајцарија.

³⁷ Член 595, *Ibid.*

³⁸ Член 596, *Ibid.*

без оглед на датумот кога барањето е доставено. 3. Ако доверителот на оставителот не знаел или не можел да знае за отворање на наследството, тој/таа има право да ги презентира на наследниците што го прифатиле наследството во рок од една година од денот кога барањето било доставено. 4. Доверителот на оставителот, кој не успеал да го претстави своето побарување на наследниците што го прифатиле наследството во рамките на условите утврдени со ставовите 2 и 3 на овој член, ќе го изгуби ова право.³⁹ Покрај ова, во овој Граѓански законик темелно се уредува и начинот на кој наследниците имаат обврска да ги исполнат побарувањата на доверителите, врз основа на кој: „1. Наследниците ќе ги исполнат побарувањата на доверителите во целост во рамките на вредноста на наследениот имот. Секој од наследниците ќе ги задоволи лично побарувањата на доверителите во рамките на својот наследен дел. 2. Наследниците ќе ги исполнат побарувањата на доверителите со единечна исплата, освен ако поинаку не се договориле со договор наследникот и доверителот. Ако наследниците одбијат на да направат единечна исплата, судот ќе стави забрана на имотот на наследниците по барање на доверителите.“⁴⁰

И во Граѓанскиот законик на Унгарија се предвидува задолжително обврска за известување на доверителите. Така во овој Законик е предвидено дека: „(1) Ако постојат разумни основи да се претпоставува дека постојат непознати долгови на оставината, наследниците се овластени да побараат нотарот да ги извести доверителите на оставината да ги пријават своите побарувања. (2) Доверителот кој нема да го пријави своето побарување во рокот предвиден во огласот објавен од нотарот нема да има право да приговара на остварените исполнувања во однос на редот на исполнување и соодносот на исполнувањата на доверителите во иста категорија. Ако оставината е веќе распределена, погоре споменатиот доверител ќе биде овластен само да бара исполнување од сонаследниците во рамките на нивните наследени делови, освен ако, во двата случаи, наследниците биле свесни, знаеле за побарувањата на доверителот и покрај направениот оглас.“⁴¹

Во некои држави од Европа се предвидени и одредби со кои се обезбедува заштита и на правата на доверителите на наследниците. Во оваа смисла, во Францускиот граѓански законик предвидува дека: „доверителите на лице кое се откажува од наследство на штета на нивните права може да бидат овластени од судот да го прифатат наследството

³⁹ Член 1281 од Граѓанскиот закон на Украина.

⁴⁰ Член 1282, *Ibid.*

⁴¹ Член 681 од Граѓанскиот закон на Унгарија.

во име на нивниот должник.⁴² Слично решение е предвидени и во Граѓанскиот законик на Шпанија, според кој: „ако наследник се откаже од наследството на штета на неговите доверители, тие имаат право да бараат од Судот да ги овласти тие да ја прифатат оставината во негово име. Прифаќањето ќе биде во корист на доверители само во износ кој е неопходен да се оствари нивното побарување.“⁴³ Вакво решение предвидува и Граѓанскиот законик на Холандија кој пропишува дека: „кога наследник се откажал од наследство и со тоа очигледно ги повредил можностите за надоместувањето на долговите на еден од доверителите, судот може по барање на овој доверител, да нареди оставината на оставителот да биде распределена во интерес на доверителите на лицето кое се откажало од наследство, а доколку е неопходно и да назначи ликвидатор на истиот.“⁴⁴

Во македонското законодавство, одредбите кои се однесуваат на наследничката заедница и на одговорноста за долговите на оставителот во 2001 година беа пренесени од ЗН во ЗСДСП. Сметаме дека ваквата одлука на законодавецот е погрешна, поради тоа што се наруши систематиката и целовитоста на регулирањето на наследување. Освен тоа, и во споредбено право, овие прашања, поради нивното значење и природа, најчесто се регулираат во наследното право. Поради ова, сметаме дека во Граѓанскиот законик на Република Македонија, овие прашања треба да бидат уредени во делот за наследното право.

Направената анализа на постојното законодавство потврди дека е потребно подетално да се уреди прашањето за обезбедување на правата на доверителите од оставината. Во таа насока, законодавецот треба да предвиди законска обврска јавно да бидат повикани доверителите на оставината, за тие да ги пријават своите побарувања. Освен ова, потребно е и законски да се уреди можноста доверителите да ја покренат оставинската постапка, како и можноста да ја спречат поделбата на оставината сè додека не се остварат или обезбедат нивните побарувања. Исто така, треба да се предвиди решение со кое доверителите на наследникот кој се откажал од наследство, поради што нивните побарувања би биле загрозени, да имаат можност во негово име да ја прифатат оставината до износот на нивното побарување.

⁴² Член 788 Code Civil.

⁴³ Член 1001 од Граѓанскиот закон на Шпанија.

⁴⁴ Член 4:205 од Граѓанскиот закон на Холандија.



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!